

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

PRIMENA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST

Zbornik radova 34. Susreta
Kopaoničke škole prirodnog prava
Slobodan Perović



MEĐUNARODNA NAUČNA
KONFERENCIJA

Beograd, 2021. | Tom I

34.
godina



Izdavanje ove publikacije omogućilo je nemačko Savezno ministarstvo za privrednu saradnju i razvoj putem projekta Nemačko-srpske razvojne saradnje "Podrška Ministarstvu pravde u reformi Upravnog suda Srbije", koji sprovodi GIZ.



немачка
сарадња
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

Implemented by:

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Nalazi, stavovi, mišljenja i preporuke autora izneti u ovoj publikaciji ne odražavaju nužno stavove
Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Projekti i publikacije Kopaoničke škole prirodnog prava predstavljaju poseban interes za UNESCO jer one nesumnjivo doprinose unapređenju ljudskih prava i jačanju Međunarodnog prava. Njihov cilj u potpunosti odgovara tekućem procesu reformi ljudskih prava u okviru sistema OUN.

(Iz obrazloženja Odluke UNESCO o dodeli pokroviteljstva Kopaoničkoj školi prirodnog prava od 6. juna 2005.)

KOPAONIČKA ŠKOLA PRIRODNOG PRAVA – SLOBODAN PEROVIĆ
KOPAONIK SCHOOL OF NATURAL LAW – SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris Naturalis Copaonici

34. Susret

34th Meeting

**PRIMENA PRAVA
I PRAVNA SIGURNOST
APPLICATION OF LAW
AND LEGAL CERTAINTY**

Zbornik radova 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava
– Slobodan Perović

Proceedings of the 34th Meeting of Kopaonik School of Natural Law
– Slobodan Perović

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

Beograd, 22. decembar 2021

Belgrade, 22 December 2021

Tom I/Volume I



Beograd, 2021

PRIMENA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST
APPLICATION OF LAW AND LEGAL CERTAINTY

Zbornik radova 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
Proceedings of the 34th Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Međunarodna naučna konferencija, 22. decembar 2021.

International Scientific Conference, 22 December 2021

Izdavač/Publisher

Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović
Patrijarha Gavrila 12, Beograd

E-mail: office@kopaonickaskola.rs

www.kopaonikschool.org

Glavni i odgovorni urednik/Editor-in-Chief

JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ

Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
President of the Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Sekretar/Secretary

Andrea Nikolić

Uređivački odbor/Editorial Board

Prof. dr Đorđe Đorđević, Prof. dr Nataša Delić, Dr Hajrija Mujović, Mr Gordana Petković, Prof. dr Edita Kastratović, Dr Božidar Otašević, Prof. dr Milan Škulić, Prof. dr Olga Cvejić-Jančić, Prof. dr Dobrosav Milovanović, Prof. dr Zoran Lončar, Dr Christa Jessel-Holst, Prof. dr Dragor Hiber, Akademik prof. dr Zoran Rašović, Prof. dr Nikola Mojović, Ljubica Milutinović, Prof. dr Nina Planojević, Prof. dr Gordana Ilić-Popov, Akademik prof. dr Mirko Vasiljević, Dr Dragiša Slijepčević, Miroslav Nikolić, Jasminka Obućina, Dr Vladimir Čolović, Dr Mirjana Glitić, Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, Dr Thomas Meyer, Dr Nataša Hadžimanović, Akademik prof. dr Vitomir Popović, Prof. dr Stojan Dabić, Predrag Trifunović, Dimitrije Milić, Prof. dr Sanja Danković Stepanović, Prof. dr Gordana Stanković, Prof. dr Rodoljub Etinski, Akademik prof. dr Radovan Vukadinović, Dr Jelena Vukadinović Marković, Prof. dr Gordana Vukadinović, Prof. dr Saša Bovan, Prof. dr Vladan Petrov.

Međunarodni naučni odbor/International Scientific Committee

Xavier Blanc-Jouvan (Professor emeritus at the University of Paris I Panthéon-Sorbonne, France), Rajko Kuzmanović (President of the Academy of Sciences and Arts of Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina), Prof. dr Gian Antonio Benacchio (University of Trento, Italy), Prof. dr Francesca Fiorentini (University of Trieste, Italy), Zoran Rašović (Montenegrin Academy of Sciences and Arts, Montenegro), Vlado Kambovski (Macedonian Academy of Sciences and Arts, North Macedonia), Prof. dr Aleksandra Maganić (Faculty of Law, University of Zagreb), Dr Mateja Durovic (King's College London, UK).

Kompjuterska obrada/Pre-print
Miodrag Panić

Dizajn korica/Cover design
Uroš Živković

Tiraž/Number of Copies: 500

Štampa/Print

FUTURA, Novi Sad

ISBN-978-86-81956-08-3 (serija) / ISBN-978-86-81956-04-5

Radovi u ovom Zborniku podležu anonimnoj recenziji od strane dva recenzenta. Recenzije i spisak recenzenata dostupni su u arhivi Kopaoničke škole prirodnog prava. Ocene iznesene u člancima objavljenim u ovom Zborniku lični su stavovi njihovih autora i ne izražavaju stavove uredništva ni institucija u kojima su autori zaposleni.

Predgovor

Pripremajući Trideset četvrti susret koji je trebalo da se održi na Kopaoniku, u tradicionalnom terminu od 13. do 17. decembra 2021. godine, Kopaonička škola je, već drugi put za redom, suočena sa nemogućnošću organizovanja skupa u fizičkom prisustvu učesnika, usled aktuelne epidemiološke situacije. Iz tih razloga, ovogodišnji susret Kopaoničke škole organizovan je u formi *online* međunarodne naučne konferencije 22. decembra 2021. godine.

Zbornik pred nama sadrži radove dostavljene za Trideset četvrti susret Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović, pod stalnim naslovom „Pravda i pravo – Posvećeno osnivaču Kopaoničke škole prirodnog prava akademiku prof. dr Slobodanu Peroviću“, sa opštom temom ovogodišnjeg skupa „PRIMENA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST“. Tematska sadržina priloga raspoređena je prema Heksagonu Kopaoničke škole prirodnog prava: *Pravo na život, Pravo na slobodu, Pravo na imovinu, Pravo na intelektualnu tvorevinu, Pravo na pravdu i Pravo na pravnu državu*, a objavljeni radovi raspoređeni su prema odgovarajućim katedrama i sekcijama Kopaoničke škole.

Ovogodišnji opus Kopaoničke škole, predstavljen u četiri toma Zbornika radova na preko 2000 stranica teksta, okuplja 114 referata autora iz Srbije i inostranstva (preko deset stranih zemalja u koje, između ostalih, ulaze Italija, Austrija, Nemačka, Španija, Velika Britanija, Turska, zemlje regiona). Zbornik započinje osnovnim referatom Trideset četvrtog susreta – „Zaključenje ugovora i pravna sigurnost“, koji čini uvod za naučne radove posvećene pitanju primene prava i pravne sigurnosti, analiziranom sa aspekta različitih oblasti prava. Zbornik se zaključuje četvrtim tomom, čiju sadržinu čine radovi mladih učesnika Kopaoničke škole, dostavljeni na osnovu konkursa za nagradu „Profesor Slobodan Perović“. Sva četiri toma, u štampanoj i elektronskoj verziji, objavljuju se na vreme, uprkos teškim okolnostima koje prate 2021. godinu.

Rad Trideset četvrtog susreta Kopaoničke škole, u formi *online* međunarodne naučne konferencije, odvija se prema objavljenom Programu – putem plenarne sednice otvaranja susreta, dvadeset radnih sekcija i šest katedara Kopaoničke škole, na kojima, nakon uvodnih reči urednika sekcija, svaki autor ima priliku da izloži svoj rad i uključi se u diskusiju, kao i plenarne sednice kojom se susret zaključuje.

* * *

Kopaonička škola prirodnog prava, počev od decembra 2020. godine, objavljuje radove posvećene njenim decembarskim susretima u novom, posebnom izdanju naučnog zbornika kategorije M31, u nastojanju da ispuni najviši kvalitet i sve standarde koji se zahtevaju kad je reč o jednoj savremenoj naučnoj publikaciji. Izlazak ovog Zbornika iz štampe potvrđuje odlučnost Kopaoničke škole da, rukovođena snagom naučnog argumenta i slobodno izražene misli, ojačana naučnim opusom ovogodišnjeg skupa, istraje na putu daljeg razvoja i usavršavanja njenog naučnog integriteta i autoriteta. Sa tim mislima i tom sadržinom, predajemo ovaj Zbornik pravničkoj javnosti, u nadi da će ispuniti njena očekivanja.

Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić
Predsednik Kopaoničke škole
prirodnog prava – Slobodan Perović

OSNOVNI REFERAT

JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ

ZAKLJUČENJE UGOVORA I PRAVNA SIGURNOST PRIMENA MEĐUNARODNIH STANDARDARDA U SRPSKOM UGOVORNOM PRAVU

Rad je posvećen analizi pravila o zaključenju ugovora sa stanovišta vladajućih međunarodnih standarda u ovom domenu i njihove komparacije sa odgovarajućim rešenjima Zakona o obligacionim odnosima. Međunarodni standardi u oblasti zaključenja ugovora analizirani su pre svega u svetlu odgovarajućih pravila Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe, kao jedne od najšire prihvaćenih međunarodnih konvencija u domenu ugovornog prava, a pogled je učinjen i na rešenja drugih značajnijih međunarodnih dokumenata i projekata uniformnog ugovornog prava, kao što su UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora, Načela evropskog ugovornog prava i Nacrt zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo. Iz mnoštva pitanja relevantnih za zaključenje ugovora, u radu su izdvojena ona koja se čine najznačajnijim iz perspektive njihove komparativne analize sa rešenjima srpskog Zakona o obligacionim odnosima: pregovori, ponuda (sadržina ponude, upućenost ponude određenom licu, opozivost ponude), sadržina izjave o prihvatanju ponude i vreme zaključenja ugovora. Svako od njih u radu je posebno analizirano i ocenjeno u nastojanju pronalaženja onih rešenja koja doprinose ostvarenju višeg stepena pravne sigurnosti u pravnim odnosima koji nastaju povodom zaključenja ugovora, a istovremeno ne zatvaraju put autonomiji volje u ovoj oblasti.

Ključne reči: zaključenje ugovora, međunarodni standardi, pravna sigurnost, izvori uniformnog ugovornog prava, Zakon o obligacionim odnosima

Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović, redovni profesor Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Beogradu na kome predaje međunarodno privredno pravo, e-mail: jperovic@beotel.rs.

U V O D

Život ugovora počinje njegovim zaključenjem. Pravni odnosi koji nastaju povodom zaključenja ugovora pokreću brojna i često vrlo složena pitanja na koja strane mogu odgovoriti unapred, sporazumnim određenjem pravila koja će se u konkretnom slučaju primeniti. Tim putem, strane, na osnovu i u granicama načela autonomije volje, u velikoj meri određuju pravnu sudbinu nastanka ugovora. U slučaju kad se strane o ovim pitanjima ne izjasne ili kad je reč o pitanjima u pogledu kojih postoje zakonska pravila imperativnog karaktera, odgovor na njih sadržan je u rešenjima odgovarajućeg zakona ili drugog izvora koji se u konkretnom slučaju primenjuje. Ova rešenja treba da odgovore na dve, naizgled suprotstavljene težnje – da obezbede što viši stepen pravne sigurnosti, a da istovremeno ne zatvore put autonomiji volje strana koje zaključuju ugovor. Kad je reč o zaključenju ugovora međunarodnog karaktera, ove težnje dobijaju još jednu, posebnu dimenziju. Ona se ogleda u poznavanju razlika koje se u kontekstu zaključenja ugovora javljaju u uporednom pravu i s tim u vezi pravilnim i adekvatnim izborom merodavnog prava. Svaki od pomenutih činilaca pojedinačno i svi oni zajedno determinišu opšte crte nastanka ugovora.

Međunarodni standardi u domenu zaključenja ugovora sadržani su u međunarodnim konvencijama koje se odnose na oblast ugovornih odnosa,¹ kao i u drugim međunarodnim dokumentima čija se zajednička misija ogleda u izjednačavanju pravila u ovoj materiji.² Izrađeni pod okriljem UN i drugih međunarodnih organizacija, ovi dokumenti su široko prihvaćeni na globalnom nivou i primenjuju se sa sve većim uspehom.³ Od međunarodnih konvencija relevantnih za oblast ugovornih odnosa, poseban značaj ima Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe usvojena 1980. godine⁴ (u daljem tekstu: Bečka konvencija ili Konvencija) koja predstavlja jednu od najšire prihvaćenih konvencija u domenu

¹ Međunarodne konvencije kojima se ostvaruje unifikacija materijalnog prava iz oblasti ugovornih i privrednopravnih odnosa koje je Srbija ratifikovala navedene su u Jelena S. Perović Vujačić, *Ugovor o međunarodnoj prodaji robe – Komparativna studija rešenja Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe i Zakona o obligacionim odnosima*, Službeni glasnik, Beograd, 2021, 24.

² Međunarodni standardi u domenu ugovornih odnosa izraženi su i u čitavom nizu drugih međunarodnih instrumenata – model zakona, tipskih ugovora i opštih uslova ugovora, jednobraznih pravila, pravnih vodiča, model ugovora, model klauzula i sl. Detaljno o sredstvima unifikacije i harmonizacije ugovornog prava, Jelena Perović, *Međunarodno privredno pravo*, Beograd, 2020, 357–374.

³ V. J. S. Perović Vujačić, *Ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, op. cit., 15–16.

⁴ Eng. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, franc. *Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)*.

ugovornog prava i najznačajniji instrument unifikacije prava u ovoj oblasti.⁵ Bečka konvencija je ostvarila značajan uticaj na nacionalne zakone novijeg datuma koji uređuju ugovor o prodaji, kao i na ostale dokumente i projekte uniformnog ugovornog prava, kao što su UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora (u daljim izlaganjima: Načela UNIDROIT),⁶ Načela evropskog ugovornog prava⁷

⁵ Za upoznavanje sa ovom Konvencijom potrebno je poći od: *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Fourth Edition (ed. by Ingeborg Schwenzer), Oxford University Press, 2016, (u daljim navođenjima: *Schlechtriem & Schwenger Commentary*, 2016); *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) A Commentary* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), Second Edition, C. H. Beck Hart Nomos, 2018 (u daljim navođenjima: *Commentary*, Kröll/Mistelisl/Perales Viscasillas, 2018); *Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention* by Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell, Giuffrè, Milan, 1987 (u daljim navođenjima: *Commentary*, C. M. Bianca, M. J. Bonell, 1987); Karl H. Neumayer, Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises Commentaire* (ed. F. Dessemontet), CEDIDAC, Lausanne, 1993; John O. Honnold, *Uniform Law on International Sales*, Third edition, Kluwer Law International, 1999; Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises Droit uniforme, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin, L.G.D.J*, Paris, 2000. U domaćoj literaturi, na primer: Mladen Draškić, *Međunarodno privredno ugovorno pravo*, Beograd, 1990; Mladen Draškić, Maja Stanivuković, *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Beograd, 2005; Aleksandar Goldštajn, *Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe u strukturi prava međunarodne trgovine*, Zagreb, 1980; Jelena Vilus, *Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, Zagreb, 1981; Vitomir Popović, Radovan Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo – posebni deo: Ugovori međunarodne trgovine*, Banjaluka – Kragujevac, 2010; Milena Đorđević, *Obim naknade štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 2012. godine, dostupno na: <http://doiserbia.nb.rs/phd/fulltext/BG20120622DJORDJEVIC.pdf>, 04.11.2021, posebno 1–30; J. S. Perović Vujačić, *Ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, op. cit.; Jelena Perović, *Bitna povreda ugovora Međunarodna prodaja robe*, Beograd, 2004, posebno 28–110.

⁶ Načela UNIDROIT usvojena su pod okriljem Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava UNIDROIT iz Rima 1994. godine, nakon čega su u više navrata novelirana. U Preambuli Načela predviđeno je da se Načelima utvrđuju opšta pravila za međunarodne trgovinske ugovore. Načela se obavezno primenjuju kad su se ugovorne strane sporazumele o njihovoj primeni na ugovor. Načela se mogu primeniti kad su se ugovorne strane sporazumele da se na njihov ugovor primenjuju „opšta pravna načela“, „lex mercatoria“ i slično, kao i onda kad ugovorne strane nisu predvidele merodavno pravo za njihov ugovor. Načela mogu biti korišćena za tumačenje ili dopunu instrumenata međunarodnog uniformnog prava, kao i za tumačenje i dopunu domaćeg prava. Najzad, Načela mogu poslužiti kao model nacionalnim i međunarodnim zakonodavcima. Komentar Načela UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, UNIDROIT, Rome, 2016.

⁷ Načela evropskog ugovornog prava pripremila je Komisija za evropsko ugovorno pravo (CECL). Načela se primenjuju kao opšta pravila ugovornog prava u Evropskoj uniji. Primenjuju se obavezno onda kad su se ugovorne strane sporazumele da ona čine sastavni deo ugovora ili kad su ih predvidele kao pravo koje će biti primenjeno na njihov ugovor. S druge strane, Načela mogu biti

i Nacrt zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo (u daljim izlaganjima: Nacrt zajedničkog okvira).⁸

Značaj Bečke konvencije, posmatran sa stanovišta njene prihvaćenosti na međunarodnom nivou, uticaja na dalji razvoj uniformnog prava, primene u sudskoj i arbitražnoj praksi i kontinuiranog razvoja pravne nauke, obavezuje na poznavanje ove Konvencije od strane nacionalnih zakonodavaca, sudija, arbitara i pravnih teoretičara koji se bave pravom međunarodne prodaje i ugovornim pravom uopšte, kao i poslovnih ljudi angažovanim u sferi međunarodne trgovine. Kad je reč o srpskom pravu, ova obaveza ima poseban značaj: usvajanjem Bečke konvencije, u pravni sistem Srbije uvedena su dva različita pravna režima za ugovor o prodaji – jedan koji se primenjuje na međunarodnu prodaju (Bečka konvencija) i drugi koji se odnosi na prodaju sa isključivo unutrašnjim obeležjima (Zakon o obligacionim odnosima). Ovakav paralelizam pravila relevantnih za ugovor o prodaji nalaže dobro poznavanje, pre svega od strane sudija i arbitara, rešenja usvojenih u Bečkoj konvenciji. Pored toga, potrebno je da Konvencija bude analizirana u svetlu komparacije njenih pravila sa odgovarajućim rešenjima Zakona o obligacionim odnosima.⁹

U ovom radu, međunarodni standardi u oblasti zaključenja ugovora analizirani su pre svega u svetlu pravila Bečke konvencije, a pogled je učinjen i na rešenja Načela UNIDROIT, Načela evropskog ugovornog prava i Nacrta zajedničkog okvira. Iz mnoštva pitanja relevantnih za zaključenje ugovora, u radu su izdvojena ona koja se čine najznačajnijim iz perspektive njihove komparativne analize sa rešenjima srpskog Zakona o obligacionim odnosima: pregovori (I), ponuda – sadržina ponude, upućenost ponude određenom licu, opozivost ponude (II), sadržina izjave o prihvatanju ponude (III) i vreme zaključenja ugovora (IV). Svako od njih u radu je posebno analizirano i ocenjeno, u nastojanju pronalaženja onih rešenja

primenjena ako su se ugovorne strane sporazumele da se na njihov ugovor primene „opšta pravna načela“, „lex mercatoria“ i slično ili ako ugovorne strane nisu izabrale neko pravo ili pravna pravila kao merodavna za svoj ugovor. Načela se mogu primeniti i onda kad u merodavnom pravu odnosno u merodavnim pravnim pravilima nema rešenja za određeno pravno pitanje koje se postavilo u sporu. Komentar Načela, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, prepared by the Commission of European Contract Law (eds. Ole Lando and Hugh Beale), Kluwer Law International The Hague/London/Boston, 2000.

⁸ Nacrt zajedničkog okvira (*Draft Common Frame of Reference*), pripremljen od strane Studijske grupe za evropski Građanski zakonik (*Study Group on a European Civil Code*) i Istraživačke grupe o privatnom pravu Evropske zajednice (*Research Group on EC Private Law – Acquis Group*). V. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009.

⁹ J. S. Perović Vujačić, *Ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, op. cit., 26.

koja doprinose ostvarenju višeg stepena pravne sigurnosti u pravnim odnosima koji nastaju povodom zaključenja ugovora, a istovremeno ne zatvaraju put autonomiji volje u ovoj oblasti.

I. PREGOVORI

Opšti pogled

Zaključenju ugovora, posebno onih iz sfere međunarodnog poslovnog prometa, najčešće prethode pregovori u okviru kojih strane ispituju mogućnosti zaključenja ugovora, razmenjuju gledišta, određuju uslove od značaja za ugovor koji će eventualno zaključiti i uopšte, diskutuju o pitanjima relevantnim za konkretan ugovorni odnos. Pregovori su od suštinskog značaja za ugovor s obzirom da od njihovog toka i ishoda zavisi kako sâmo zaključenje ugovora tako i njegova sadržina, a samim tim i njegovo izvršenje. Pored toga, pregovori mogu imati važnu ulogu prilikom tumačenja ugovora.¹⁰

Kad je reč o pregovorima za zaključenje ugovora *međunarodnog karaktera*, brojne i značajne razlike u odgovarajućim rešenjima u uporednom pravu,¹¹ a posebno one koje postoje između evropsko-kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema, mogu da ugroze pravnu sigurnost pregovaračkih strana¹² budući da najčešće vode različitim ishodima spora u pogledu predugovorne odgovornosti, u zavisnosti od prava koje se u konkretnom slučaju primenjuje. Razume se, to se odnosi i na strane iz Srbije, koje, u sporu proisteklom iz pregovora za zaključenje ugovora, mogu biti suočene sa primenom nekog stranog prava ili pak, pravilima uniformnog ugovornog prava čija se rešenja mogu razlikovati od odgovarajućih rešenja srpskog Zakona o obligacionim odnosima.

Iz tih razloga, za ostvarenje višeg stepena pravne sigurnosti u odnosima strana u pregovorima međunarodnog karaktera, potrebno je utvrditi osnovne razlike u pravnom uređenju pregovora u uporednom pravu, pre svega one koje postoje

¹⁰ V. J. Perović, *Međunarodno privredno pravo*, op. cit., 219; Jelena Perović, Milena Đorđević, „Negotiations of Contracts from Perspective of Legal Certainty in International Business Transactions“, *Ekonomika preduzeća*, November-December 2013, Beograd, 2013, 427–438; Jelena Perović, „Pregovori za zaključenje ugovora u međunarodnom poslovnom prometu“, *Pravo i privreda*, br.1–4, Beograd, 2009, 495 i dalje.

¹¹ V. Fabio Bortolotti, *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts A Practical Guide*, ICC International Chamber of Commerce, 2013, 110.

¹² Strane u međunarodnim pregovorima dolaze iz različitih pravnih sistema i kulturnih sredina u kojima su prisutna, na samo različita rešenja, već i različita gledišta i iskustva u pogledu pregovora.

između evropsko-kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema, a zatim učiniti osvrst na odgovarajuća pravila uniformnog ugovornog prava u cilju njihove komparacije sa rešenjima srpskog Zakona o obligacionim odnosima koja se odnose na pregovore za zaključenje ugovora.

Uporedno pravo

U uporednom pravu široko je prihvaćeno da se na pregovore primenjuju dva osnovna načela: *sloboda pregovaranja* i *načelo savesnosti i poštenja*. Načelo slobode pregovaranja znači da pregovori ne obavezuju na zaključenje ugovora i svaka strana ih može prekinuti kad god hoće. Sloboda pregovaranja zasniva se na opštem načelu *slobode ugovaranja* koje, između ostalog, podrazumeva i slobodu odlučivanja o tome da li zaključiti ili ne zaključiti ugovor. Prema tome, svaka strana je slobodna da odluči da li će zaključiti ugovor o kome se vode pregovori i u principu može odustati od pregovora bez pravnih posledica.¹³ Ipak, sloboda pregovaranja nije apsolutna. Pregovori se moraju voditi u savesno, korektno i u cilju zaključenja ugovora. U zemljama evropsko – kontinentalnog pravnog sistema, ovaj zahtev proističe iz *načela savesnosti i poštenja*,¹⁴ prema kome se pregovori moraju voditi u dobroj veri¹⁵ i ne smeju biti korišćeni za ostvarenje nedopuštenih ili nemoralnih ciljeva.¹⁶ Najopštije rečeno, pregovori se mogu slobodno voditi i prekinuti kad god

¹³ Izuzetak u tom pogledu predstavljaju ugovori koje određene kategorije subjekata po zakonu moraju zaključiti. Više o tome, Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990, 173 i dalje. Ipak, u domenu međunarodnog poslovnog prometa ovi ugovori su retki, zavise od pravila konkretnog merodavnog prava i predstavljaju izuzetak u odnosu na opšte pravilo o slobodi odlučivanja o zaključenju ugovora.

¹⁴ O ulozi načela savesnosti i poštenja u pregovorima v. na primer, Jean-François Romain, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Des atteintes à la bone foi, en général, et de la fraude, en particulier* («*Fraus omnia corrumpit*»), Bruxelles, Brylant, 2000, 854–865; Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz, Denis Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2002, 237–293; Denis Philippe, „La bonne foi dans la formation du contrat“, „Rapport belge“, *La bonne foi, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XLIII, Litec, Paris, 1992, 61 i dalje.

¹⁵ Rémy Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, Paris, 1996, 31, gde se ističe sledeći stav francuske sudske prakse: „*Négotiations doivent être menées de bonne foi: si chaque partie reste libre de conclure ou pas le contrat définitif, elle engagera sa responsabilité si elle a rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement des pourparlers avancés*“. Stavovi francuske sudske prakse u pogledu ovog pitanja, Joanna Schmidt-Szalewski, „La période précontractuelle en droit français“, *Révue internationale de droit comparé*, 42-2, Année 1990, 545–566.

¹⁶ V. François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil Les obligations*, Dalloz, Paris, 1996, 143 i dalje.

to pregovaračke strane žele ali ukoliko jedna strana pri tome postupa nesavesno i time prouzrokuje štetu drugoj strani, po pravilu je odgovorna za štetu koju je prouzrokovala.¹⁷

U pogledu odgovornosti za štetu koju jedna strana prouzrokuje drugoj strani nesavesnim vođenjem pregovora, a koja se označava kao *predugovorna odgovornost (culpa in contrahendo)*, u uporednom pravu vlada velika neujednačenost, kako u domenu zakonskog uređenja, tako i u stavovima sudske prakse^{18,19} dok je doktrina²⁰ izgradila čitav niz različitih koncepcija o pravnoj prirodi predugovorne

¹⁷ V. J. Perović, *Međunarodno privredno pravo*, op. cit., 260.

¹⁸ Uporedno-pravni pregled zakonskih rešenja i stavova sudske prakse u pogledu pravnog uređenja pregovora, H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, *ibidem*.

¹⁹ Stavovi švajcarske sudske prakse u pogledu ovog pitanja, *Les grands arrêts du droit des obligations* (Édité par Pascal Pichonnaz), Schulthress éditions romandes, 2021, 223.

²⁰ Osnov teorije o *culpa in contrahendo* postavio je nemački pravnik Rudolf fon Jering (*Rudolf von Jhering*) u studiji „Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen“, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 4, 1861. Prema ovoj koncepciji, obaveza postupanja sa potrebnom pažnjom (*diligentia*) ne odnosi se samo na ispunjenje punovažno zaključenih ugovora, već i na predugovorne odnose. Strana koja nije postupala sa potrebnom pažnjom tokom pregovora, odgovorna je za *culpa in contrahendo*, koja predstavlja „ugovornu nepažnju u posebnom pravcu“. Iz tih razloga, stepen nepažnje u toku zaključenja ugovora potrebno je izjednačiti sa stepenom nepažnje prilikom neizvršenja ugovornih obaveza. Ipak, Jeringova teorija ograničena je na slučaj u kome je, usled nesavesnosti jedne pregovaračke strane, zaključen rušljiv ili ništav ugovor i ne obuhvata pitanje nesavesnog prekida pregovora. S druge strane, poseban značaj Jeringove koncepcije ogleda se u uspostavljanju razlike između pozitivnog ugovornog interesa koji se sastoji u naknadi štete zbog neispunjenja obaveze iz punovažno zaključenog ugovora i negativnog ugovornog interesa koji se odnosi na štetu koju ugovorna strana trpi usled poništaja ugovora. Osnovna polazišta Jeringove teorije izvršila su snažan uticaj na dalji razvoj pitanja predugovorne odgovornosti, posebno u nemačkoj, austrijskoj i švajcarskoj sudskoj praksi. Jeringovoj teoriji o *culpa in contrahendo* doktrina je posvetila veliki broj studija i analiza. U tom smislu, na primer: Friedrich Kessler, Edith Fine, „Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study“, *Harvard Law Review*, vol. 77, no.3, 1964, 401–409; Yoav Ben-Dror, „The Perennial Ambiguity of *Culpa in Contrahendo*“, *American Journal of Legal History*, vol. 27, issue 2, 1983, 142–198; Pierre Tercier, *Le droit des obligations*, Schulthess Médias Juridique SA, Genève-Zurich-Bâle, 2009, 135–147; Eugen Bucher, *Law of Contracts, Introduction to Swiss Law*, Chapter 8 (eds. François Dessemontet, Turgul Ansay), Kluwer Law International, 2004, 124–125. Na srpskom jeziku, na primer: Miodrag Orlić, *Zaključenje ugovora*, Beograd, 1994, 37 i dalje; Miodrag Orlić, „Novije težnje u oblasti predugovorne odgovornosti“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Zbornik radova sa savetovanja pravnika 5–9. jun 2000. u Budvi, Beograd, 2000, 45–47; Miodrag Orlić, „Negativni ugovorni interes“, *Pravni život*, br. 9–10, Beograd, 1992, 1195–1198; Jožef Salma, „Odgovornost za štetu prouzrokovanu nesavesnim vođenjem pregovora Predugovorna odgovornost/Odgovornost za pregovore, culpa in contrahendo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, Novi Sad, 2010, 55–57; Tamara Đurđić, „Predugovorna odgovornost u nacionalnom i evropskom ugovornom pravu“, *Glasnik prava*, god. 1, br. 2, Kragujevac,

odgovornosti.²¹ Pitanje da li nesavesna pregovaračka strana savesnoj strani odgovara po pravilima o deliktnoj (ili kvazideliktnoj) ili po pravilima o ugovornoj (ili kvaziugovornoj) odgovornosti, ili je pak, reč o *sui generis* odgovornosti i danas je otvoreno u doktrini,²² a sudska praksa u tom pogledu izražava različite stavove. Utvrđenje pravne prirode predugovorne odgovornosti je značajno iz više razloga, pre svega zbog određenja obima naknade štete, kao i sa stanovišta opštih razlika koje postoje između deliktne i ugovorne odgovornosti.²³ Kad je reč o ugovorima međunarodnog karaktera, određenje pravne prirode predugovorne odgovornosti značajano je i sa stanovišta međunarodnog privatnog prava s obzirom da su pravila za određenje merodavnog prava različita u zavisnosti od toga da li je reč o deliktnoj ili ugovornoj odgovornosti.²⁴

U zemljama evropsko-kontinentalne pravne tradicije, pravila o predugovornoj odgovornosti, bilo da su zakonom predviđena bilo da su izgrađena od strane

2010, 112; Snežana Dabić, *Dužnost obaveštavanja pri zaključenju ugovora*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 2018, dostupno na <https://uvidok.rcub.bg.ac.rs/bitstream/handle/123456789/2697/Doktorat.pdf?sequence=1>, 04.09.2021, 82 i dalje.

S druge strane, prvom studijom posvećenom nesavesnom prekidu pregovora smatra se članak italijanskog pravnika Gabriela Fagele (*Gabriele Fagella*) iz 1906. godine. Fagela razlikuje tri faze u pregovorima – period pre nego što je ponuda učinjena, period u kome se ponuda čini i period nakon što je ponuda učinjena – i smatra da odgovornost za štetu može postojati u svakoj od njih, uključujući i period pre nego što je ponuda učinjena. Značaj Fageline koncepcije uočio je francuski komparativist Rejmon Salej (*Raymond Saleilles*) koji je ovu teoriju detaljno analizirao u svom radu „De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière“, RTD civ.1907.697, (nav. prema H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, op. cit., 237), nakon čega se ovom pitanju posvećuje sve više pažnje u zakonodavstvu, sudskoj praksi i doktrini zemalja evropsko-kontinentalne pravne tradicije.

²¹ U tom smislu, na primer: H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, op. cit., 250 i dalje; J-F. Romain, op. cit., 854 i dalje; J. Schmidt-Szalewski, op. cit., 547 i dalje; Edgar Allan Farnsworth, „Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations“, *Columbia Law Review*, vol. 87, no. 2, 1987, 229–243; E. Bucher, op. cit, 125; Olivier Riske, *La responsabilité précontractuelle: une proposition de clause générale*, Jusletter 9 janvier 2017, dostupno na: https://jusletter.weblaw.ch/fr/dam/publicationsystem/articles/jusletter/2017/875/la-responsabilite-pr_6904afb3b8/Jusletter_la-responsabilite-pr_6904afb3b8_fr.pdf, 8.08.2021. Na srpskom jeziku, na primer: Jakov Radišić, *Predugovorna odgovornost*, Beograd, 1991; M. Orlić, *Zaključenje ugovora, ibidem*; M. Orlić, „Novije težnje u oblasti predugovorne odgovornosti“, op. cit., (u celini); J. Salma, op. cit., 54–61; T. Đurđić, op. cit., 112–116; S. Dabić, op. cit., 80 i dalje.

²² U srpskoj pravnoj teoriji izražen je stav da je reč deliktnoj odgovornosti. V. Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990, 265.

²³ O razlikama između deliktne i ugovorne odgovornosti, J. Perović, *Međunarodno privredno pravo*, op. cit., 286–288.

²⁴ V. J. Perović, *Međunarodno privredno pravo*, op. cit., 288.

sudske prakse, zasnivaju na opštem načelu savesnosti i poštenja.²⁵ Strane su dužne da poštuju načelo savesnosti i poštenja, ne samo prilikom zaključenja i izvršenja ugovora, već i tokom pregovora; odgovornost strane koja, nesavesnim postupanjem tokom pregovora, drugoj strani prouzrokuje štetu zasnovana je na obavezi poštovanja ovog načela.

Do povrede načela savesnosti i poštenja tokom pregovora može doći na više načina. Najčešće, ona postoji u slučaju vođenja pregovora bez namere zaključenja ugovora, kao i u slučaju nesavesnog prekida pregovora. Pored toga, ona dolazi do izražaja i onda kad je krivicom jedne pregovaračke strane ugovor poništen ili nije ni došlo do njegovog punovažnog zaključenja. Najzad, pod povredom načela savesnosti i poštenja tokom pregovora smatra se i otkrivanje poverljivih informacija do kojih se došlo tokom ili u vezi sa pregovorima (obaveza poverljivosti), kao i nepružanje drugoj strani informacija relevantnih za zaključenje ugovora (obaveza uzajamnog obaveštavanja pregovaračkih strana).²⁶ S druge strane, paralelni pregovori

²⁵ U jednom broju evropskih zemalja, pravila o predugovornoj odgovornosti, zasnovana na načelu savesnosti i poštenja, razvijana su od strane jurisprudencije – na primer u Švajcarskoj, Holandiji, Španiji, Danskoj – dok određene zemlje ovo pitanje uređuju zakonskim putem – na primer grčki Građanski zakonik čl. 197, italijanski Građanski zakonik čl. 1337, portugalski Građanski zakonik čl. 227, srpski Zakon o obligacionim odnosima, član 30, o čijim rešenjima će posebno biti reči (uporedno-pravni pregled, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 191–193). U francuskom pravu, pitanja o predugovornoj odgovornosti bila su rešavana od strane sudske prakse i nisu bila obuhvaćena francuskim Građanskim zakonikom sve do reformi iz 2016. godine, kada dobijaju svoj zakonski izraz u čl. 1112 (opšta pravila o pregovorima), čl. 1112-1 (obaveza predugovornog obaveštavanja) i čl. 1112-2 (korišćenje i otkrivanje poverljivih informacija). Opšte pravilo iz čl. 1112 predviđa da su iniciranje, odvijanje i prekid pregovora za zaključenje ugovora slobodni. Ipak, ta sloboda je ograničena načelom savesnosti i poštenja, što je u pomenutom pravilu izričito predviđeno rečima da se u pregovorima moraju poštovati zahtevi savesnosti i poštenja. Pre reformi, francuski Građanski zakonik sadržao je samo opšte upućivanje na načelo savesnosti i poštenja. Više o tome, *La réforme du Droit des Contrats, Commentaire article par article, Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (sous la direction de Thibault Douville), Gualino, 2016, 49–55. I u nemačkom pravu, u kome su pravila o pregovorima bila postavljena i razvijana od strane sudske prakse, ovo pitanje obuhvaćeno je nemačkim Građanskim zakonikom (čl. 311 st. 2), nakon reformi iz 2002. godine (više, J. Salma, op. cit., 61–65; S. Dabić, op. cit., 83–84 i tamo navedeni autori). Komparativni pogled na rešenja nemačkog i francuskog prava u pogledu pregovora nakon reformi građanskih zakonika ovih zemalja, Reiner Schulze „Vertragsverhandlungen eine kurze Einführung“ u okviru zbirke izdate povodom reforme francuskog Građanskog zakonika *Die Reform des französischen Vertragsrechts* (eds. Florian Bien, Jean-Sébastien Borghetti), Mohr-Siebeck Tübingen, 2018, 3–7 (nav. prema Ljubica Tomić, „Pregovori za zaključenje ugovora o međunarodnoj prodaji robe“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 1/2021, Beograd, 36).

²⁶ Pregled stavova sudske prakse i doktrine u tom pogledu, H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, op. cit., 243 i dalje.

sa više strana o zaključenju istog ugovora po pravilu se ne smatraju nesavesnim postupanjem,²⁷ osim ako su pregovaračke strane ugovorile obavezu ekskluzivite-
ta²⁸ ili ako prekid pregovora od strane jednog pregovarača radi zaključenja istog
ugovora sa trećim licem u konkretnom slučaju predstavlja povredu načela savesno-
sti i poštenja, bez obzira na to što klauzula ekskluziviteta nije izričito predviđena.²⁹

Nasuprot evropsko-kontinentalnom pravu, prava zemalja *common law* si-
stema, a posebno englesko pravo, zauzimaju restriktivan stav u pogledu predugo-
vorne odgovornosti.³⁰ U ovim zemljama, u skladu sa tradicionalnim principom
opozivosti ponude, prevlađuje koncepcija prema kojoj svaka strana legitimno štiti
svoje interese tokom pregovora i slobodna je da ih prekine u svakom trenutku, sve
do momenta zaključenja ugovora.³¹ Najveći broj zemalja anglosaksonske pravne

²⁷ Paralelni pregovori predstavljaju uobičajenu praksu u poslovnom prometu u uslovima tr-
žišne konkurencije i izraz su načela slobode ugovaranja na osnovu koga je svaka strana slobodna
da odluči o tome sa kim će zaključiti ugovor. Iz tih razloga, sloboda vođenja paralelnih pregovora
sa više strana u pogledu zaključenja istog ugovora u principu nije sporna. V. na primer odluku bel-
gijskog suda, *Cour d'Appel de Liège* od 20.10.1989. (*The Belgian glassmakers*) koji je stao na stano-
vište da strana koja je vodila paralelne pregovore nije postupala protivno načelu savesnosti i pošte-
nja, odluku francuskog suda *Cour d'appel de Versailles* od 05.03.1992. (*A French, a British and a Bel-
gian Company*) u kojoj se konstatuje da je prodavac, u odsustvu sporazuma o ekskluzivitetu, slobod-
an da vodi paralelne pregovore sa drugim pregovaračima (odluke nav. prema H. Beale, A. Har-
tkamp, H. Kötz, D. Tallon, op. cit., 246–247). U istom smislu odluka francuskog suda *Cour de Cassa-
tion, Chambre commerciale* od 26.11.2003, dostupno na: [https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURI-
TEXT000007049778/](https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURI-
TEXT000007049778/), 21.08.2021.

²⁸ Reč je o klauzuli kojom se jedna ili obe strane obavezuju da neće stupiti u paralelne prego-
vore sa trećim licem u pogledu zaključenja istog ugovora – *exclusivity clause*. Obaveza ekskluziviteta
po pravilu je vremenski ograničena i vezuje se za određeni rok ili ispunjenje određenih uslova tokom
procesa pregovora. V. J. Perović, M. Đorđević, op. cit., 434–435.

²⁹ V. Marcel Fontaine, Filip De Ly, *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de
clauses*, Bruylant, Bruxelles, 2003, 32–33; *La réforme du Droit des Contrats*, op. cit., 51; J. Perović, M.
Đorđević, op. cit., 435.

³⁰ Tako, u literaturi koja se bavi ovim pitanjem u anglosaksonskom pravu, ističe se stav da
bi nametanje opšte obaveze poštovanja načela savesnosti i poštenja tokom pregovora za zaključenje
ugovora moglo obeshrabriti strane da se upuštaju u pregovore, posebno u slučaju kad su mali izgle-
di za njihovo uspešno okončanje ili pak, izvršiti pritisak na njih da ishitreno zaključče ugovor (Ed-
gar Allan Farnsworth, „Ten Questions About Good Faith and Fair Dealing in United States Con-
tract Law“, *AMPLA Yearbook* 2002, 14, dostupno na: [http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUM-
PLawAYbk/2002/3.pdf](http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUM-
PLawAYbk/2002/3.pdf), 14.08.2021. U istom smislu, konstatuje se da je koncept vođenja pregovora u
dobroj veri nespojiv sa suprotstavljenim pozicijama pregovaračkih strana (v. Giuditta Cordero-Mos-
s, *International Commercial Contracts – Applicable Sources and Inforceability*, Cambridge University
Press, 2014, 95, (nav. prema Lj. Tomić, op. cit., 40).

³¹ V. P.D.V. Marsh, *Comparative Contract Law England, France, Germany*, Gower, 1996, 58.
i dalje.

tradicije ne prihvata savesnost i poštenje kao opšte načelo, dok je u onima koje ga prihvataju, ovo načelo ograničeno na ispunjenje ugovornih obaveza i *ne odnosi se* na pregovore za zaključenje ugovora.³² Ipak, engleski i američki sudovi izuzetno su prihvatili odgovornost za štetu u slučaju nehatnog dovođenja u zabludu (*negligent misrepresentation*) druge strane tokom pregovora,³³ u slučajevima neosnovanog

³² Američki Jednoobrazni trgovački zakonik, pod uticajem evropsko-kontinentalnog prava, proklamuje načelo savesnosti i poštenja predviđajući da svaki ugovor nalaže obavezu dobre vere pri ispunjenju odnosno primeni ugovornih obaveza (član 1–203). Prema čl. 1–201 (19) ovo načelo podrazumeva „poštenje u pogledu činjenica, ponašanja ili posla u pitanju“. Zakonik proširuje ovu definiciju kad je reč o trgovcima. Prema članu 2–103 (b) Zakonika, ona znači „poštenje u pogledu činjenica i poštovanje razumnih trgovačkih standarda o časnom poslovanju“. Više o tome, Harry Flechtner, „Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality“, *Pace International Law Review*, no. 13, 2001, 295–337; Paul J. Powers, „Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *Journal of Law and Commerce*, no. 18, 1999, 338–341; Robert S. Summers, „The General Duty of Good Faith – its Recognition and Conceptualization“, *Cornell Law Review*, no. 67, 1982, 810, gde se u pogledu ovog pravila konstatuje: „This section, together with its accompanying Comment and Reporter’s Note, recognizes and conceptualizes a general duty of good faith and fair dealing in the performance and enforcement of contracts in American law“. Obavezu poštovanja načela savesnosti i poštenja predviđa i američki *Restatement of Contracts* (§ 205). Ipak, u američkom pravu, obaveza poštovanja načela savesnosti i poštenja predviđena Jednoobraznim trgovačkim zakonikom i *Restatement*-om primenjuje se samo na ugovor i ne odnosi se i na pregovore za zaključenje ugovora. U tom kontekstu, u literaturi se ističe: „As a general rule, a party is free to break off negotiations at any time and for any reason. Under this “aleatory” view, a party undertakes precontractual negotiations as a gamble“. V. E. A. Farnsworth, „Ten Questions About Good Faith and Fair Dealing in United States Contract Law“, op. cit., 13–14. Kad je reč o ostalim zemljama anglosaksonske pravne tradicije, sudska praksa Australije pokazuje tendenciju postepenog prihvatanja primene načela savesnosti i poštenja u izvršenju ugovornih obaveza, (detaljno, P. J. Powers, op. cit., 340–341), a na potrebu priznavanja ovog načela ukazuje se i u Kanadi (detaljno o ovom pitanju u Kanadi, uključujući i Građanski zakonik Kvebeka, a posebno o izveštajima Komisije Ontario za pravnu reformu, kao i odgovarajućim stavovima sudske prakse, Claude Samson, „L’harmonisation du droit de la vente: l’influence de la Convention de Vienne sur l’évolution et l’harmonisation du droit des provinces canadiennes“, *Les Cahiers de droit*, vol. 32, no. 4, 1991, 1019–1025). Nasuprot tome, englesko pravo ne prihvata opšti princip savesnosti i poštenja (v. na primer, Roy Goode, „The Concept of ‘Good Faith’ in English Law“, *Saggi, Conferenze e Seminari*, Roma, 1994, koji ističe: „English law does not have anything equivalent to the general concept of good faith found in the civil law; we require good faith in particular situations“).

³³ U tom smislu, engleski *House of Lords* u slučaju *Hedley Byrne Co., Ltd. v. Heller & Partners, Ltd.* proširio je primenu pravila o deliktnoj odgovornosti na slučaj pregovora u kojima je jedna strana, oslanjajući se na izjavu druge strane, i polazeći od posebnog odnosa koji je između strana postojao, pogrešno verovala da će ugovor biti zaključen i tako pretrpela štetu. *Law reports, Appeal case* (1964), 465, (nav. prema *Anson’s Law of Contract* (ed. by A. G. Guest), 25th (Century) Edition, Clarendon Press Oxford, 1979, 246). Isti princip primenjen je i u slučaju *Caparo Industries plc v. Dickman and Others* (1990), 1 All England Law Reports, 568. V, (nav. prema Paul Richards, *Law of Contract*, Financial Times Pitman Publishing, 1999, 172 i dalje).

obogaćenja (*unjust enrichment*) nastalog iz pregovora, kao i posebnog obećanja (*specific promise*) učinjenog tokom pregovora.³⁴

Uniformna pravila

Bečka konvencija. – Izričitim pravilom Bečke konvencije predviđeno je da ona reguliše samo zaključenje ugovora o prodaji i prava i obaveze kupca i prodavca koji proističu iz takvog ugovora.³⁵ Prema stavu koji preovlađuje u doktrini i sudskoj praksi, pitanje predugovorne odgovornosti nije obuhvaćeno pravilima Konvencije, osim u pogledu pravila o opozivosti ponude predviđenih članom 16 Konvencije.³⁶ Polazeći od toga, na pitanje pravnih posledica prekida pregovora primenjuju se odgovarajuća pravila merodavnog domaćeg prava odnosno drugih uniformnih pravila čija je primena ugovorena.³⁷

Načela UNIDROIT, Načela evropskog ugovornog prava, Nacrt zajedničkog okvira. – Načela UNIDROIT i Načela evropskog ugovornog prava uređuju pitanje nesavesnog vođenja pregovora, uprkos različitim koncepcijama koje su u tom pogledu izražene u uporednom pravu. Pored nesavesnog vođenja pregovora, Načela uređuju i pitanje obaveze poverljivosti tokom pregovora. S druge strane,

³⁴ Primeri iz američke sudske prakse u tom smislu, E. A. Farnsworth, „Ten Questions About Good Faith and Fair Dealing in United States Contract Law“, op. cit., *ibidem*. U tom kontekstu, v. Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 275.

³⁵ Bečka konvencija, čl. 4, prva rečenica. V. J. S. Perović Vujačić, *Ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, op. cit., 56 i dalje. Komentar čl. 4 Konvencije: Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „Article 4“ u: *Schlechtriem & Schwenzer Commentary*, 2016, 73–94; Milena Đorđević, „Article 4“ u *Commentary*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, 2018, 63–90; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 67–79; J. O. Honnold, op. cit., 62–70.

³⁶ V. M. Đorđević, „Article 4“, op. cit., 67; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 75–76; Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, L.G.D.J, Paris, 1990, 31–32. V. odluku grčkog suda *Polimeles Protodikio Athinon (Bullet-proof vest case)* od 01.01.2009. (dostupno na: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/greece-2009-polimeles-protodikio-multi-member-court-first-instance>, 24.08.2021), u kojoj Sud utvrđuje sledeće: „*The issue of pre-contractual (established during the negotiations) liability, according to the opinion that this Court adopts, is not regulated by the CISG, except for the cases in which the CISG regulates specifically an issue for the period before the conclusion of the contract (e.g., CISG Article 16(2)).*”

Therefore, any remedy related to pre-contractual liability which derives from the provisions of domestic law to which the rules of the private international law of the forum refer to... may apply in parallel with the provisions of the CISG...“.

³⁷ O ograničenjima primene domaćeg prava na pomenuto pitanje, I. Schwenzer, P. Hachem, „Article 4“, op. cit., 80–81.

Načela ne predviđaju obavezu uzajamnog obaveštavanja pregovaračkih strana u vidu izričitog pravila ali ta obaveza proizilazi iz pravila Načela koja se odnose na zabludu i prevaru.

Načela pre svega utvrđuju opšte pravilo slobode pregovaranja, predviđajući da su strane slobodne da pregovaraju i nisu odgovorne za neuspeh u postizanju sporazuma. Ipak, strana koja je pregovarala ili prekinula pregovore *protivno načelu savesnosti i poštenja*, odgovara za gubitke koje je prouzrokovala drugoj strani. Protivno je načelu savesnosti i poštenja, naročito, ako strana počinje ili nastavlja pregovore bez namere da postigne sporazum sa drugom stranom.³⁸ Kao što se vidi, u okviru pravila o nesavesnom prekidu pregovora, Načela razlikuju dve grupe slučajeva. U prvu ulaze slučajevi u kojima strana *stupa* u pregovore protivno načelu savesnosti i poštenja, tj. bez namere da zaključi ugovor, a u drugu oni u kojima *nastavlja* da vodi pregovore bez namere da zaključi ugovor. U svakom slučaju, strana koja vodi ili prekida pregovore protivno načelu savesnosti i poštenja, odgovorna je za štetu koju je drugoj strani time prouzrokovala.³⁹ U komentarima Načela ističe se da je naknada štete ograničena na troškove pregovaranja, kao i na propuštenu

³⁸ Načela UNIDROIT, čl. 2.1.15, Načela evropskog ugovornog prava, čl.2:301. Pravila Načela UNIDROIT i Načela evropskog ugovornog prava u pogledu ovog pitanja su gotovo identična, s tim što UNIDROIT Načela koriste temin „*negotiations in bad faith*“ (pregovori u lošoj nameri), dok je u Načelima evropskog ugovornog prava u upotrebi termin „*negotiations contrary to good faith*“ (pregovori protivni načelu savesnosti i poštenja). Komentar ovih pravila, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, UNIDROIT, Rome, 2016, 59–61; *Principles of European Contract Law*, 189–193.

³⁹ V. arbitražnu odluku *ICC Arbitration, Case No. 8331* od decembra 1996, *ICC Bull. No. 2*, 1999, 65 i dalje (dostupno na: https://www.trans-lex.org/208331/_icc-award-no-8331-10-icc-bull-no-2-1999-at-65-et-seq-/, 28.08.2021), kojom je arbitražno veće, polazeći od čl. 2.1.15 i čl. 5.1.4 Načela UNIDROIT obavezalo tuženog na naknadu štete koju je tužiocu prouzrokovao povredom obaveze da uloži najbolje napore u pravcu zaključenja ugovora predviđenog memorandumom o razumevanju (*Memorandum of Understanding*) zaključenom između pregovaračkih strana. U svetlu pravila iz čl. 5.1.14 Načela prema kome je dužnik obligacije sredstva dužan da izvrši svoju obavezu sa dužnom pažnjom razumnog lica istih svojstava u istim okolnostima, arbitražno veće je konstatovalo da uopšteno izražavanje namera o zaključenju ugovora sadržano u predmetnom memorandumu o razumevanju, *obavezuje* strane da ulože najbolje napore (*best efforts*) u pravcu zaključenja ugovora. V. i arbitražnu odluku *ICC Arbitration, Case No. 8540* od septembra 1996. (dostupno na: <http://www.unilex.info/principles/case/644>, 28.08.2021), u kojoj su arbitri, odlučujući o izvršivosti sporazuma kojim su se strane obavezale da će voditi pregovore u dobroj veri, primenili pravo države Njujork, pozivajući se istovremeno na odgovarajuća pravila Načela UNIDROIT, a posebno na čl. 2.1.15. U kontekstu primene Načela UNIDROIT i Načela evropskog ugovornog prava na pitanje nesavesnog prekida pregovora u švajcarskoj sudskoj praksi, v. komentar odluke švajcarskog Saveznog vrhovnog suda *Bundesgericht*, Christine Chappuis, „La compatibilité du droit suisse des contrats avec les standards internationaux“, *Le contrat dans tous ses états* (sous la direction de François Bellanger *et al.*), Staempfli Editions SA Berne, 2004, 315.

prilikom da se ugovor zaključi sa trećim licem, te da, po pravilu, ne obuhvata dobit koja bi bila ostvarena da je ugovor zaključen.⁴⁰ Praktično identična pravila u pogledu pregovora sadrži i Nacrt Zajedničkog okvira, s tim što se obaveza poštovanja načela savjesnosti i poštenja još više naglašava, izričitim predviđanjem da se dužnost savjesnog postupanja u pregovorima ne može ugovorom ograničiti ili isključiti.⁴¹

Obaveza poverljivosti. – Pregovaračke strane često zaključuju sporazume kojima se obavezuju da će informacije za koje saznaju tokom pregovora tretirati kao poverljive. Obaveza poverljivosti može se odnositi samo na jednu ili na obe pregovaračke strane i može biti predviđena u tekstu određenog sporazuma o pregovorima (klauzula o poverljivosti) ili u formi posebnog dokumenta (sporazum o poverljivosti).⁴² Polazeći od toga, Načela UNIDROIT i Načela evropskog ugovornog prava predvidela su izričita pravila o obavezi poverljivosti tokom pregovora. Prema Načelima UNIDROIT, kad je u toku pregovora jedna strana dala određenu informaciju kao poverljivu, druga strana ne sme da je otkrije niti iskoristi na neodgovarajući način za sopstvene potrebe, bez obzira na to da li je ugovor kasnije zaključen. Kad je to primereno, sredstvo u slučaju povrede te obaveze može uključiti naknadu koja se zasniva na koristi koju je druga strana ostvarila.⁴³ Slično pravilo sadrže i Načela evropskog ugovornog prava, s tim što predviđaju da sredstvo za povredu obaveze poverljivosti može da obuhvati naknadu za pretrpljeni gubitak ili povraćaj koristi koju je druga strana ostvarila.⁴⁴ U Nacrtu Zajedničkog okvira,

⁴⁰ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016*, op. cit., 60; *Principles of European Contract Law*, op. cit., 191.

⁴¹ Nacrt Zajedničkog okvira, II. – 3:301.

⁴² Obaveza poverljivosti naročito se ugovara tokom pregovora za zaključenje ugovora koji se odnose na transfer tehnologije, preuzimanje ili prodaju kompanije, distribuciju, kao i druge ugovore kod kojih je davanje određenih poverljivih informacija neophodno da bi druga strana mogla oceniti sve okolnosti od značaja za odluku o zaključenju konkretnog ugovora. Iz tih razloga, klauzulom poverljivosti po pravilu se predviđa obaveza pregovaračke strane da informacije vezane za drugu stranu, njeno poslovanje, aktivnosti, poslovne planove, i sl. do kojih je došla ili za koje je saznala tokom pregovora, čuva kao poslovnu tajnu. Više o tome, M. Fontaine, F. de Ly, op. cit., 259–331; Jelena Perović, „Klauzula poverljivosti u međunarodnim privrednim ugovorima“, *Pravni život*, br.11, Beograd, 2014, 239–248; Jelena Perović, Marko Jovanović, „From Confidentiality to Transparency in Business Contracts Concluded by a Sate“, *Ekonomika preduzeća*, November-December 2018, Beograd, 2018, 447–451; J. Perović, M. Đorđević, op. cit., 434.

⁴³ Načela UNIDROIT, čl. 2.1.16. U komentaru ovog pravila ističe se da strana na koju se poverljiva informacija odnosi, čak i ako nije pretrpela štetu, može zahtevati povraćaj koristi koju je druga strana ostvarila otkrivanjem poverljive informacije trećim licima ili njenim korišćenjem za sopstvene potrebe. V. UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2016*, op. cit., 63.

⁴⁴ Načela evropskog ugovornog prava, čl. 2:302. V. komentar ovog pravila u kome se, u istom smislu kao i u komentaru odgovarajućeg pravila Načela UNIDROIT, konstatuje: „The injured party

obaveza poverljivosti uređena je na nešto precizniji način s obzirom da sadrži i definiciju obaveze poverljivosti.⁴⁵ Prema njoj, pod obavezom poverljivosti podrazumeva se informacija za koju je strana koja je do nje došla, znala ili razumno mogla očekivati da za drugu stranu predstavlja poverljivu informaciju, bilo zbog prirode informacije, bilo zbog okolnosti u kojima je strana za informaciju saznala.⁴⁶ Pored toga, Nacrt predviđa da strana koja razumno predvidi mogućnost povrede obaveze poverljivosti može izdejtstvovati odgovarajuću sudsku zabranu.⁴⁷

Izričita pravila o obavezi poverljivosti tokom pregovora koja sadrže uniformna pravila bez sumnje su značajna sa stanovišta pravne sigurnosti pregovaračkih strana, s obzirom da utvrđuju postojanje obaveze poverljivosti i onda kad ona nije ugovorom predviđena. Ipak, pomenuta pravila ne daju odgovor na brojna pitanja koja se u kontekstu obaveze poverljivosti mogu javiti, što je i razumljivo, s obzirom da se opštim pravilima ne mogu uzeti u obzir specifične okolnosti svakog konkretnog slučaja. Iz tih razloga, potrebno je da pregovaračke strane, klauzulom ili sporazumom o poverljivosti, obuhvate što veći broj pitanja relevantnih za ispunjenje ove obaveze.⁴⁸

Obaveza obaveštavanja. – U Načelima UNIDROIT i Načelima evropskog ugovornog prava, obaveza uzajamnog obaveštavanja pregovaračkih strana o činjenicama koje mogu biti od značaja za eventualno zaključenje ugovora, nije izričito predviđena u okviru pravila o pregovorima. Ipak, ova obaveza proizilazi iz pravila Načela koja se odnose na zabludu i prevaru. Tako, u Načelima evropskog ugovornog prava, obaveza obaveštavanja posredno je predviđena u okviru pravila pod nazivom „Bitna zabluda o činjenicama ili pravu“, prema kome se ugovor po tom osnovu može poništiti: ako je zabluda izazvana informacijom koju je dala druga strana; ili ako je druga strana znala ili trebalo da zna za zabludu ali je suprotno načelu savesnosti i poštenja ostavila drugu stranu u zabludi; ili ako je druga strana

may also be entitled to recover benefit which the person in breach has received by disclosing the information or by using it for its own purposes even if that party has not suffered any loss“ (*Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 194).

⁴⁵ Nacrt zajedničkog okvira, II. – 3:302.

⁴⁶ Nacrt zajedničkog okvira, II. – 3:302 st. 2. Reč je o neformalnom prevodu od strane autora. Izvorni tekst ovog pravila na engleskom glasi: „In this Article, „confidential information“ means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party“.

⁴⁷ Nacrt zajedničkog okvira, II. – 3:302 st. 3.

⁴⁸ Detaljno o ovim pitanjima, M. Fontaine, F. de Ly, op. cit., 269–276; J. Perović, „Klauzula poverljivosti...“, op. cit., 242–247; J. Perović, M. Jovanović, op. cit., 448–451; J. Perović, M. Đorđević, *ibidem*.

bila u istoj zabludi. Pored ovih alternativno postavljenih uslova, zahteva se i da je druga strana znala ili trebalo da zna da strana koja je u zabludi ne bi zaključila ugovor da je znala za istinito stanje stvari ili bi ga zaključila pod bitno drugačijim uslovima.⁴⁹ S druge strane, obaveza obaveštavanja izričito je predviđena pravilom o prevari, prema kome se ugovor može poništiti ako je žrtva prevare bila navedena da zaključi ugovor prevarnim radnjama druge strane, bilo rečima ili ponašanjem ili prevarnim prećutkivanjem bilo koje informacije koju je druga strana, u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, trebalo da otkrije. Pri tome, radnja ili prećutkivanje informacije druge strane smatra se prevarnim ako je postojala namera za obmanom. Prilikom utvrđivanja da li savesnost i poštenje zahteva da strana otkrije određenu informaciju, potrebno je uzeti u obzir sve okolnosti slučaja, uključujući i: da li je strana posedovala stručna znanja; trošak pribavljanja relevantnih informacija; da li je druga strana razumno mogla sama da pribavi informaciju, kao i očigledan značaj informacije za drugu stranu.⁵⁰ Najzad, Načela predviđaju da se, u slučaju bitne zablude i prevare, pored zahteva za poništenje ugovora, kao sankcija može javiti i naknada štete.⁵¹ Sličan, mada manje eksplicitno izražen pristup pitanju obaveze obaveštavanja prihvaćen je i u Načelima UNIDROIT, u okviru pravila o bitnoj zabludi⁵² i prevari.⁵³ Za razliku od Načela, Nacrt Zajedničkog okvira sadrži izričito pravilo o obavezi obaveštavanja (II.-3:101).

Srpsko pravo

Pravila Zakona o obligacionim odnosima. – Srpski Zakon o obligacionim odnosima ulazi u red onih nacionalnih zakona koji izričito uređuju pregovore za zaključenje ugovora. Prema Zakonu: „(1) Pregovori koji prethode zaključenju ugovora ne obavezuju i svaka ih strana može prekinuti kad god hoće. (2) Ali strana koja je vodila pregovore bez namere da zaključi ugovor odgovara za štetu nastalu vođenjem pregovora. (3) Za štetu odgovara i strana koja je vodila pregovore u nameri da zaključi ugovor,

⁴⁹ Načela evropskog ugovornog prava, čl.4:103, st.1. Komentar ovog pravila, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 230–241; S. Dabić, op. cit., 137–139.

⁵⁰ Načela evropskog ugovornog prava, čl. 4:107. Komentar ovog pravila, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 252–256; S. Dabić, op. cit., 139–140.

⁵¹ Načela evropskog ugovornog prava, čl. 4:117. Komentar ovog pravila, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 281–284; S. Dabić, op. cit., 140–141.

⁵² Načela UNIDROIT, čl. 3.2.2. Komentar ovog pravila, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, op. cit., 100–103.

⁵³ Načela UNIDROIT, čl. 3.2.5. Komentar ovog pravila, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, op. cit., 105–106.

pa odustane od te namere bez osnovanog razloga i time drugoj strani prouzrokuje štetu. (4) Ako se drukčije ne sporazumeju, svaka strana snosi svoje troškove oko priprema za zaključenje ugovora, a zajedničke troškove snose na jednake delove“.⁵⁴

Komparacija sa uniformnim pravilima. – Kao što se vidi, pravila Zakona o obligacionim odnosima o pregovorima u načelu su bliska odgovarajućim rešenjima uniformnog ugovornog prava. Tako, Zakon polazi od načela slobode pregovaranja prema kome pregovori koji prethode zaključenju ugovora ne obavezuju i svaka strana ih može prekinuti kad god hoće. Ipak, sloboda pregovaranja ograničena je zahtevima koje postavlja načelo savesnosti i poštenja, kao i načelo zabrane prouzrokovanja štete.⁵⁵ Iako se Zakon, u okviru pravila o pregovorima, ne poziva izričito na ova načela, potrebno je imati u vidu da savesnost i poštenje i zabrana prouzrokovanja štete ulaze u red osnovnih načela Zakona, konkretizovanih u brojnim posebnim pravilima,⁵⁶ uključujući i pomenutu odredbu o pregovorima za zaključenje ugovora.⁵⁷ Polazeći od pomenutih ograničenja, Zakon predviđa odgovornost za štetu u dva slučaja: kad je strana vodila pregovore *bez namere* da zaključi ugovor⁵⁸ i time drugoj strani prouzrokovala štetu i kad je strana vodila pregovore u nameri da zaključi ugovor ali je od te namere *odustala bez osnovanog razloga*⁵⁹ i time drugoj strani prouzrokovala štetu.

⁵⁴ Član 30 Zakona o obligacionim odnosima. Komentar ovog pravila, Mladen Draškić, „Član 30“, u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (glavni redaktor prof. dr Slobodan Perović), I knjiga, Savremena administracija, Beograd, 1995, 70–74 (u daljim navođenjima: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*); Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 1, Zagreb, 1978, 167–171; Stojan Cigoj, *Obligacijska razmerja, Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem*, Ljubljana, 1978, 25–26.

⁵⁵ V. Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990, 265.

⁵⁶ Detaljno, S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 59–61; Slobodan Perović, „Osnovna koncepcija Zakona o obligacionim odnosima“, Predgovor Zakona o obligacionim odnosima, Službeni glasnik, Beograd, 2010, 27–28; Slobodan Perović, „Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2014, 150 i dalje.

⁵⁷ V. S. Perović, „Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja“, op. cit., 156, gde se, u okviru izlaganja o pravilima Zakona o obligacionim odnosima u kojima je načelo savesnosti i poštenja dobilo svoj konkretan izraz, ističe: „Isto načelo primenjeno je i kod pregovora koji prethode zaključenju ugovora“.

⁵⁸ V. S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 265: „Bez dokazanog odsustva namere za zaključenje ugovora, ne može se zahtevati naknada štete. U stvari, ovde se hoće reći da ovo nije ugovorna, već deliktna odgovornosti i to ona koja je zasnovana na krivici štetnika“.

⁵⁹ Ocena o tome da li razlog odustanka od namere za zaključenjem ugovora osnovan, prepuštena je sudu koji o tome odlučuje uzimajući u obzir okolnosti svakog konkretnog slučaja. U tom smislu, u doktrini se ističe: „Koji će se razlog smatrati osnovanim odnosno neosnovanim, faktičko je pitanje koje će sud ceniti od slučaja do slučaja – napr. da li je u pitanju samovoljno napuštanje pregovora koje nije motivisano nikakvim ozbiljnim razlogom odnosno nije ničim objašnjeno ili je u pitanju razlog koji objektivno sprečava zaključenje ugovora“ (S. Perović, *Obligaciono pravo, ibidem*).

Slično rešenje nalazimo i u Načelima, prema kojima odgovornost za štetu postoji onda kad je strana koja je pregovarala ili prekinula pregovore protivno načelu savesnosti i poštenja. Za razliku od Zakona o obligacionim odnosima, Načela preciziraju da se povredom načela savesnosti i poštenja *naročito* smatra slučaj otpočinjanja ili nastavljanja pregovora bez namere da se ugovor zaključi. Ovi slučajevi navedeni su *exempli causa*⁶⁰ s obzirom da predugovorna odgovornost može postojati, ne samo u slučaju skrivljenog prekida pregovora, već i u drugim slučajevima nesavesnog postupanja tokom pregovora, o kojima je bilo reči. Iz toga na prvi pogled proističe zaključak da Načela postavljaju šire okvire predugovorne odgovornosti od onih utvrđenih Zakonom o obligacionim odnosima. Međutim, Zakon o obligacionim odnosima povredu načela savesnosti i poštenja sankcioniše u čitavom nizu drugih posebnih pravila, uključujući i ona koja se odnose na poništaj ugovora usled bitne zablude⁶¹ i prevare,⁶² odgovornost lica krivog za ništavost ugovora,⁶³ odgovornost ograničeno poslovno sposobnog lica⁶⁴ i sl. Polazeći od toga, čini se

Prema izvesnim autorima, smatra se da je neosnovan svaki prekid pregovora koji nije izazvan ekonomskim razlozima. Više o tome, Mladen Draškić, „Član 30“, op. cit., 73. U svakom slučaju, u komentarima ovog pravila podvlači se da će, pri utvrđenju osnovanosti razloga za prekid pregovora, sud morati da ocenjuje ponašanje pregovarača prema načelu savesnosti i poštenja (M. Draškić, *ibidem*). Kao primeri osnovanog prekida pregovora navode se: opasnost od gubitka koji bi nastao zaključenjem ugovora ako je u međuvremenu došlo do promene cena, a drugi pregovarač to ne želi da uzme u obzir; pogoršanje finansijskog položaja druge strane; naknadno saznanje o lošem finansijskom položaju pregovarača; pogoršanje sopstvene situacije tako da postoji opasnost da se preuzete obaveze ne bi mogle izvršiti; neuredno ispunjenje obaveza koje je drugi pregovarač preuzeo ranijim međusobno zaključenim ugovorom ili prema trećima; pojava povoljnije prilike za zaključenje ugovora sa trećim licem; zabrana uvoza, izvoza ili druge upravne mere koje bi onemogućile izvršenje budućeg ugovora; nemogućnost postizanja sporazuma o onome o čemu se pregovara; prekomerno otezanje sa vođenjem pregovora; prestanak potrebe za onim na šta je ugovor trebalo da se odnosi (Jakša Barbić, *Sklapanje ugovora o obveznim odnosima*, Informator, Zagreb, 1980, 11, nav. prema M. Draškić, *ibidem*).

⁶⁰ Termin „naročito“ (*in particular*) upotrebljen u ovom pravilu upućuje na zaključak da je u pitanju navođenje primera radi.

⁶¹ V. Zakon o obligacionim odnosima, čl. 61 st. 3 koji predviđa da u slučaju poništaja ugovora zbog zablude, druga savesna strana ima pravo da zahteva naknadu štete.

⁶² V. Zakon o obligacionim odnosima, čl. 65 st. 2 prema kome strana koja je zaključila ugovor pod prevarom ima pravo da zahteva naknadu pretrpljene štete.

⁶³ V. Zakon o obligacionim odnosima, čl. 108, prema kome: „Ugovarač koji je kriv za zaključenje ništavog ugovora odgovoran je svome saugovaraču za štetu koju trpi zbog ništavosti ugovora, ako ovaj nije znao ili prema okolnostima nije morao znati za postojanje uzroka ništavosti“.

⁶⁴ V. Zakon o obligacionim odnosima, čl. 116, koji predviđa da ograničeno poslovno sposobno lice odgovara za štetu nastalu poništenjem ugovora ako je lukavstvom uverilo svog saugovarača da je poslovno sposobno.

da je razlika između pomenutih rešenja Načela i Zakona o obligacionim odnosima više sistemske nego suštinske prirode.

Ipak, striktnim tumačenjem člana 30. Zakona o obligacionim odnosima moglo bi se doći do pogrešnog zaključka da je predugovorna odgovornost ograničena isključivo na slučajeve predviđene ovom odredbom. Iz tih razloga, smatramo da je, sa stanovišta pravne sigurnosti, adekvatnija formulacija pravila o nesavesnim pregovorima prihvaćenim u Načelima, koja najpre na opšti način sankcionišu „nesavesno vođenje ili prekid pregovora“ i tim putem ovo pravilo *izričito vezuju* za načelo savesnosti i poštenja,⁶⁵ a zatim, *exempli causa*, predviđaju šta se „naročito“ smatra nesavesnim postupanjem tokom pregovora.

Obim odgovornosti za štetu. – Zakon o obligacionim odnosima ne sadrži odredbu o obimu odgovornosti za štetu nastalu nesavesnim vođenjem pregovora. U pojedinim komentarima člana 30. Zakona, ističe se da „naknada štete treba da obuhvati samo iznos stvarne štete, a ne i izgubljenu dobit, s tim što se pod stvarnom štetom podrazumevaju samo učinjeni izvanredni troškovi, a ne i troškovi koji se redovno čine u preduzetničkoj delatnosti“.⁶⁶ U prilog ovom stavu navodi se odluka Vrhovnog privrednog suda iz 1970. godine u kojoj je ocenjeno da učesnik koji je dao najpovoljniju ponudu na licitaciji ima pravo samo na naknadu troškova koje je imao usled učešća na licitaciji, a ne i na naknadu izgubljene dobiti, ako ne dođe do zaključenja ugovora o izvođenju radova krivicom investitora.⁶⁷ Prema drugom stanovištu pak, naknada štete u okviru predugovorne odgovornosti treba da obuhvati kako pretrpljeni gubitak tako i izmaklu dobit i u tom pogledu između ove dve vrste štete ne bi trebalo praviti nikakvu razliku.⁶⁸ Autori koji zastupaju ovo stanovište, pored teorijskih argumenata, pozivaju se i na presudu Okružnog suda u Beogradu, kojom je, u sporu vođenom povodom prekida pregovora, tuženi obavezan na naknadu celokupne pretrpljene štete – stvarne štete i izgubljene dobiti.⁶⁹

⁶⁵ Na taj način, sudovima se posebno ukazuje na značaj načela savesnosti i poštenja prilikom odlučivanja o ovom pitanju.

⁶⁶ M. Draškić, „Član 30“, op. cit., 74.

⁶⁷ Presuda Vrhovnog privrednog suda S. 654/69 od 7. januara 1970, *Zbirka sudskih odluka*, knjiga XV, sveska 2, odluka br. 232, navedena u M. Draškić, *ibidem* i citirana u M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 115.

⁶⁸ M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 110. Detaljno o negativnom ugovornom interesu, M. Orlić, „Negativni ugovorni interes“, op. cit., 1193–1209.

⁶⁹ Presuda Okružnog suda u Beogradu, P. br.725/74-79 od 09.12.1980. godine (nav. prema M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, *ibidem*), potvrđena odlukama Vrhovnog suda Srbije Gž. 338/81 od 25.06.1981. godine i Rev. 1282/82 od 12.01.1983. godine (nav. prema M. Orlić, *Negativni ugovorni interes*, op. cit., 1207).

Kako bi analiza pomenutog pitanja izlazila iz okvira ovog rada, zadržimo se na konstataciji da je drugo stanovište značajno bliže pristupu usvojenom u uniformnim pravilima, koji je prethodno izložen. U tom smislu, u okviru eventualnih reformi srpskog Zakona o obligacionim odnosima, bilo bi potrebno razmotriti mogućnost da se u odredbe o pregovorima unese pravilo prema kome naknada štete prouzrokovane nesavesnim vođenjem ili prekidom pregovora može da obuhvati troškove pregovaranja, kao i propuštenu priliku da se ugovor zaključi sa trećim licem, uz preciziranje da ova naknada ne obuhvata dobit koja bi bila ostvarena da je ugovor zaključen,⁷⁰ ako drukčije nije ugovoreno.⁷¹ Pomenuto pravilo predstavljalo bi dragocen putokaz za sudsku praksu, koja bi u tim okvirima, uz uzimanje u obzir okolnosti svakog konkretnog slučaja, lakše pronalazila put do adekvatnih i pravno sigurnih rešenja.

Troškovi priprema za zaključenje ugovora. – Zakon o obligacionim odnosima, za razliku od uniformnih pravila, uređuje pitanje troškova učinjenih tokom pregovora za zaključenje ugovora (na primer troškovi putovanja, korespondencije, različitih konsultantskih usluga, provizije agenata i sl).⁷² U tom smislu, Zakon predviđa da svaka strana snosi svoje troškove, dok zajedničke troškove strane snose na jednake delove. Razgraničenje između pomenutih vrsta troškova faktičko je pitanje koje sud ceni prema okolnostima konkretnog slučaja.⁷³ Ipak, reč je o odredbi dispozitivnog karaktera koja će se primeniti tek ako se strane nisu drukčije sporazumele.

Obaveza poverljivosti. – Zakon o obligacionim odnosima ne sadrži pravila o obavezi poverljivosti tokom pregovora za zaključenje ugovora. Iz tih razloga, klauzulom ili posebnim sporazumom o poverljivosti potrebno je precizno definisati koje se informacije u konkretnom slučaju smatraju poverljivim, tako da njihovo neovlašćeno korišćenje ili otkrivanje trećim licima od strane drugog pregovarača predstavlja povredu obaveze poverljivosti i podleže odgovarajućoj sankciji. U pogledu ovog pitanja, u komentarima odgovarajućih rešenja uniformnih pravila izraženi su stavovi prema kojima se, u slučaju kad ovo pitanje nije predviđeno saglasnošću volja pregovaračkih strana, po pravilu uzima da, kad jedna strana izričito

⁷⁰ V. čl. 1112. st. 2. francuskog Građanskog zakonika nakon reformi iz 2016. godine, prema kome: „En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui on résulte ne peut avoir pour objet de compenser des avantages attendus du contrat non conclu“.

⁷¹ U skladu sa načelom autonomije volje, strane su slobodne da ovo pitanje uredе saglasnošću volja, unošenjem odgovarajuće klauzule u sporazum o pregovorima ili zaključenjem posebnog sporazuma o tome.

⁷² V. M. Draškić, „Član 30“, op. cit., 74.

⁷³ O tome šta na primer ulazi u zajedničke troškove, v. M. Draškić, „Član 30“, *ibidem*.

izjavi da se određena informacija smatra poverljivom, druga strana, samim prijemu takve informacije, prećutno prihvata obavezu poverljivosti.⁷⁴ Ipak, i u odsustvu posebne ugovorne klauzule ili izričite izjave o informacijama koje se smatraju poverljivim, druga strana može biti obavezana na poverljivost na osnovu načela savjesnosti i poštenja i načela zabrane prouzrokovanja štete. Do toga dolazi u slučaju kad bi, polazeći od specifične prirode informacije u pitanju (npr. *know-how*, poslovne strategije, lista klijenata ili dobavljača, nalazi revizora i sl) ili profesionalnih svojstava pregovaračkih strana (najčešće onda kad drugi pregovarač ili treća lica mogu postati konkurenti strani na koju se poverljiva informacija odnosi), njihovo korišćenje ili otkrivanje od strane drugog ugovornika bilo suprotno načelu savjesnosti i poštenja.⁷⁵ Čini se da bi ovi stavovi, u odsustvu izričite zakonske odredbe, trebalo da budu prihvaćeni i u praksi srpskih sudova, uz uzimanje u obzir relevantnih okolnosti svakog konkretnog slučaja.

S druge strane, Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije (u daljim izlaganjima: Prednacrt ili Prednacrt Građanskog zakonika Srbije), sledeći rešenja uniformnih pravila, predlaže uređenje obaveze poverljivosti u okviru pravila o pregovorima za zaključenje ugovora. Prema ovom predlogu: „Ako je jedna strana u pregovorima dala drugoj strani poverljiva obaveštenja ili joj omogućila da dođe do njih, druga strana, ako nije drukčije dogovoreno, ne sme ih učiniti dostupnim trećim licima, niti ih koristiti za svoje interese, bez obzira da li je naknadno ugovor zaključen ili ne. Odgovornost za povredu obaveze o poverljivim obaveštenjima može se sastojati u naknadi prouzrokovane štete i predaji oštećenom koristi koju je štetnik tom povrednom ostvario“.⁷⁶ U eventualnim budućim reformama srpskog Zakona o obligacionim odnosima, ovaj predlog mogao bi predstavljati osnov za uređenje obaveze poverljivosti u okviru pravila o pregovorima za zaključenje ugovora.

Obaveza obaveštavanja. – Zakon o obligacionim odnosima ne predviđa izričito obavezu uzajamnog obaveštavanja pregovaračkih strana o činjenicama koje mogu biti od značaja za zaključenje ugovora o kome se pregovara.⁷⁷ U najopštijem

⁷⁴ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* 2016, op. cit., 62–63; *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 194.

⁷⁵ Pregled sudske prakse u pogledu ovog pitanja, Beale H., Hartkamp, A., Kötz, H., Tallon, D., op. cit., 290–293.

⁷⁶ *Prednacrt – Građanski zakonik Republike Srbije, Druga knjiga, Obligacioni odnosi*, Vlada Republike Srbije i Komisija za izradu Građanskog zakonika, Beograd, 2009, čl. 23 – alternativa.

⁷⁷ U kontekstu dužnosti obaveštavanja, potrebno je imati u vidu pravilo iz čl. 268. Zakona o obligacionim odnosima koje predviđa odgovornost zbog propuštanja obaveštenja. Prema njemu: „Ugovorna strana koja je dužna da obavesti drugu stranu o činjenicama koje su od uticaja na njihov

smislu, ova obaveza proističe iz načela savesnosti i poštenja i načela zabrane prouzrokovanja štete, koja svoj konkretan izraz nalaze u velikom broju posebnih pravila Zakona. U tim okvirima, značajna su pravila Zakona o manama volje,⁷⁸ a posebno o prevari⁷⁹ i bitnoj zabludi,⁸⁰ koja povredu obaveze obaveštavanja pri zaključenju ugovora sankcionišu mogućnošću poništenja ugovora i pravom savesne strane da zahteva naknadu štete. Ovakav pristup Zakona pitanju obaveze obaveštavanja konceptijski je blizak odgovarajućim rešenjima uniformnih pravila o kojima je bilo reči.

II. PONUDA

Opšti pogled

U Zakonu o obligacionim odnosima, ponuda se definiše kao predlog za zaključenje ugovora učinjen određenom licu, koji sadrži sve bitne elemente ugovora čije se zaključenje predlaže, tako da bi se njegovim prihvatanjem mogao zaključiti ugovor.⁸¹ Iz navedene definicije izdvaja se nekoliko osnovnih pitanja: ko upućuje ponudu i kome se ponuda upućuje; sadržina ponude; namera ponudioca; forma ponude; opozivost ponude; vreme obaveznosti ponude i prestanak važenja ponude.⁸² Komparativna analiza pravila o ponudi za zaključenje ugovora usvojenih Zakonu o obligacionim odnosima, s jedne i u izvorima uniformnog ugovornog prava, s druge strane, daje mesta zaključku da, iako se ova pravila odlikuju visokim stepenom podudarnosti, između njih postoje i određene razlike. Dalja izlaganja

međusobni odnos, odgovara za štetu koju pretrpi druga strana zbog toga što nije bila na vreme obaveštena“. Ipak, prema stavu koji preovlađuje u domaćoj teoriji, ovo pravilo odnosi se na *već postojeći* ugovorni odnos i ne proteže se na predugovornu obavezu obaveštavanja. Takav zaključak proističe kako iz same formulacije pravila „*ugovorna strana* koja je dužna...“ tako i iz sistematike Zakona, prema kojoj je ova odredba predviđena u delu Zakona koji se odnosi na dejstva obaveza (detaljno o ovom pitanju, uključujući i suprotna stanovišta, S. Dabić, op. cit., 89–91 i tamo navedeni autori). Komentatori Zakona o obligacionim odnosima u kontekstu ovog pravila uglavnom govore o obavezni dužnika da obavesti poverioca o nastupanju nemogućnosti ispunjenja ugovorne obaveze. U tom smislu, na primer, Ivica Jankovec, „Član 268“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*, I knjiga, 623–625.

⁷⁸ V. S. Perović, „Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja“, op. cit., 152, gde se konstatuje: „Što se tiče mana volje, a posebno nedostatka saglasnosti pod dejstvom prevare ili prinude, primena načela savesnosti i poštenja je očigledna“.

⁷⁹ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 65.

⁸⁰ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 61.

⁸¹ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 32. st. 1.

⁸² V. S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 266–276, J. Perović, *Međunarodno privredno pravo*, op. cit., 225–235.

posvećena su pitanjima koja se, sa stanovišta pomenute komparativne analize, čine posebno značajnim, a koja se odnose na: sadržinu ponude; upućenost ponude određenom licu i opozivost ponude.

Sadržina ponude

Uopšte. – Predlog za zaključenje ugovora, da bi predstavljao ponudu, mora biti takav da je sâm njegov prihvata dovoljan za zaključenje ugovora. U tom smislu, predlog za zaključenje ugovora smatra se ponudom samo ukoliko je dovoljno jasan, precizan i potpun tj. ukoliko sadrži bitne elemente (*essentialia negotii*) ugovora čije se zaključenje predlaže. Pored toga što mora biti potpuna, ponuda mora izražavati nameru ponudioca da zaključi ugovor u slučaju prihvata ponude (*animus contrahendi*).⁸³ Potpunost ponude i namera ponudioca da se obaveže ponudom, što znači da zaključi ugovor u slučaju njenog prihvata, predstavljaju graničnu liniju između pregovora koji ne obavezuju i ponude kao inicijalnog akta koji obavezuje na zaključenje ugovora.

U daljim izlaganjima učinjen je pogled na rešenja uniformnih pravila koja se odnose na sadržinu ponude, uz njihovu komparaciju sa odgovarajućim pravilima srpskog Zakona o obligacionim odnosima.

Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji. – Pravilo prema kome ponuda mora da bude određena i da izražava nameru ponudioca da zaključi ugovor u slučaju prihvata ponude predviđeno je u čl. 14 st. 1 Bečke konvencije koji definiše ponudu.

Prema ovom pravilu, predlog za zaključenje ugovora upućen jednom ili više određenih lica, predstavlja ponudu ako je dovoljno određen i ako ukazuje na nameru ponudioca da se obaveže u slučaju prihvatanja. Predlog je dovoljno određen ako označava robu i izričito ili prećutno određuje njenu količinu i cenu ili sadrži elemente za njihovo utvrđivanje.⁸⁴ Pri tome, nije neophodno da predlog za

⁸³ V. S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 270–271, gde se konstatuje: „Da bi ponuda proizvodila pravna dejstva potrebno je da njena sadržina ispunjava izvesne uslove u pogledu potpunosti, jasnoće i preciznosti. Sadržina ponude mora biti potpuna, tj. ona mora da obuhvati sve elemente budućeg ugovora bez kojih ovaj ne može nastati ... Sadržina ponude, pored toga, mora izražavati jasno i precizno određenu volju u smislu zaključenja ugovora... Smisao zahteva da ponuda mora biti jasna i precizna jeste u stvari u tome da elementi budućeg ugovora treba u ponudi da budu dovoljno određeni. To, s jedne strane, znači da se iz sadržine ponude vidi da je ona upućena drugom u cilju zaključenja ugovora, a ne u cilju pozivanja na pregovore, i s druge strane, da elementi ugovora budu bez rezerve određeni“.

⁸⁴ Komentar člana 14 Konvencije, Ulrich G. Schroeter, „Article 14“ u *Schlechtriem & Schwenger Commentary*, 2016, 268–312; Franco Ferrari, „Article 14“ u *Commentary*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, 2018, 222–242; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 136–149; J. O. Honnold, op. cit., 147–157.

zaključenje ugovora bude izričito označen kao „ponuda“;⁸⁵ sudska praksa je prihvatila kao ponudu i izjave volje koje su drugačije označavane u slučaju kad su uslovi koji se odnose na sadržinu konkretnog predloga bili ispunjeni.⁸⁶ Ono što je značajno, jeste da predlog sadrži bitne elemente ugovora čije se zaključenje predlaže, tako da se prihvatanjem predloga ugovor smatra zaključenim. S druge strane, ako iz pregovora ili iz prethodne prakse između strana proizilazi da predlog mora da sadrži određene dodatne elemente da bi se smatrao ponudom, predlog koji ne sadrži te dodatne elemente ne predstavlja ponudu i sâm njegov prihvata, po pravilu, ne dovodi do zaključenja ugovora.⁸⁷ U takvom slučaju, pomenute dodatne elemente najčešće je moguće utvrditi putem tumačenja u smislu čl. 8 st. 3 i čl. 9 Konvencije.⁸⁸

Predlog koji ne sadrži bitne elemente ne predstavlja ponudu⁸⁹ i njegovo prihvatanje ne dovodi do zaključenja ugovora.⁹⁰ U praksi međunarodne prodaje takav slučaj postoji na primer kad su u predlogu navedene dve različite vrste robe bez naznake na koju od njih se odnosi ugovor čije se zakluče predlaže,⁹¹ kao i onda kad su destinateru poslani samo uzorci robe, bez daljih indikacija.⁹² Pored toga, predlog se ne smatra ponudom onda kad ne ispunjava uslove punovažnosti prema merodavnom domaćem pravu, kao i kad je značenje sadržine predloga nejasno (na primer kad su upotrebljeni dvosmisleni ili nerazumljivi termini) i ne može biti razjašnjeno putem tumačenja.⁹³

⁸⁵ V. U. G. Schroeter, „Article 14“, op. cit., 269.

⁸⁶ V. na primer odluku nemačkog suda *Oberlandesgericht Jena* od 27.08.2008. (*Laser system MEL 70 G-Scan case*), CISG-online 1820, objavljenu u *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2009, 689–690.

⁸⁷ V. U. G. Schroeter, „Article 14“, *ibidem*; F. Ferrari, „Article 14“, op. cit., 231.

⁸⁸ V. Gyula Eörsi, „Article 14“ u *Commentary*, C. M. Bianca, M. J. Bonell, 1987, 144.

⁸⁹ U tom smislu, na primer odluka švajcarskog suda *Handelsgericht des Kantons St. Gallen* od 05.12.1995. (*Computerhardware*), CISG-online 245.

⁹⁰ V. F. Ferrari, „Article 14“, op. cit., 230, gde se u tom smislu konstatuje: „Where one of the aforementioned essential elements is lacking (or if these elements are invalid according to Art. 4(a)), or where they exist but cannot be understood by „a reasonable person of the same kind (...) in the same circumstances“ as the addressee of the proposal, the proposal does not constitute an acceptable offer, and therefore its acceptance cannot lead to the conclusion of the contract“.

⁹¹ V. Arbitražnu odluku CIETAC od 25.12.1998. (*Pig iron*), CISG-online 1135. V. U. G. Schroeter, „Article 14“, op. cit., 272.

⁹² U. G. Schroeter, „Article 14“, *ibidem*.

⁹³ Više, U. G. Schroeter, „Article 14“, op. cit., 272.

Prema pravilu iz čl. 14 st. 1 Konvencije, označenje robe, njene količine i cene predstavlja *minimum* sadržine koji predlog mora da ispunjava, da bi bio smatran ponudom. Ovako određena sadržina je dovoljna da bi predlog predstavljao ponudu.

Kad je reč o *označenju robe*, u ponudi ne moraju biti sadržana specifična obeležja robe, njene mere, oblik i sl.⁹⁴ Označenje robe može biti učinjeno u bilo kojoj formi, kako izričito tako i prećutno, onda kad ponuda sadrži elemente na osnovu kojih se može identifikovati roba.⁹⁵ Tako, na primer, u sudskoj i arbitražnoj praksi izražen je stav da su uslovi iz čl. 14 st. 1 Konvencije ispunjeni u ponudi za prodaju automobila u kojoj su označeni marka i model automobila ali je izričito navedeno da će detalji o boji i opremi automobila biti određeni u kasnijoj fazi,⁹⁶ kao i u ponudi za prodaju rublja sa naznakom da će veličine (brojevi) komada rublja koje treba da se proizvede biti naknadno dogovoreni⁹⁷.⁹⁸ Ipak, pitanje neophodne sadržine predloga za zaključenje ugovora potrebno je ceniti u svetlu okolnosti konkretnog slučaja.⁹⁹ U tom smislu, vreme,¹⁰⁰ način i mesto isporuke ili pakovanje robe¹⁰¹ mogu postati bitni elementi ugovora ako to proizilazi iz prirode posla¹⁰² ili okolnosti slučaja.¹⁰³

⁹⁴ V. čl. 65 Konvencije, prema kome: „(1) Ako je prema ugovoru kupac dužan da odredi oblik, mere ili druga obeležja robe, a kupac ne učini ovu specifikaciju do ugovorenog datuma ili do isteka razumnog roka pošto je od prodavca primio zahtev da to učini, prodavac može, ne dirajući time u svoja druga prava koja može imati, učiniti sâm tu specifikaciju u skladu sa kupčevim potrebama koje su mu mogle biti poznate. (2) Ako prodavac sâm učini specifikaciju, on je dužan obavestiti kupca o njenim pojedinostima i odrediti mu jedan razuman rok u kome kupac može učiniti neku drugu specifikaciju. Ako kupac, pošto je primio takvo obaveštenje prodavca, to ne učini u tako određenom roku, specifikacija koju je učinio prodavac je obavezna“.

⁹⁵ V. U. G. Schroeter, „Article 14“, op. cit., 272; F. Ferrari, „Article 14“, *ibidem*.

⁹⁶ Arbitražna odluka CIETAC od 23.04.1997. (*Passat GL 2.0 cars case*), CISG-online 1151.

⁹⁷ Odluka nemačkog suda *Oberlandesgericht Dresden* od 30.11.2010. (*Lingerie*), CISG-online 2183.

⁹⁸ O ovim odlukama, U. G. Schroeter, „Article 14“, op. cit., 270.

⁹⁹ V. K. H. Neumayer, C. Ming, op.cit., 140, gde se konstatuje: „L'énumération de l'article 14 al. 1 est de nature objective. Les parties sont évidemment en droit d'estimer subjectivement, en vertu de l'autonomie de la volonté, que d'autres aspects sont fondamentaux à la conclusion de leur accord et le soumettre à la réalisation de certaines conditions ou prévoir des modalités particulières comme la vente à l'essai par exemple“.

¹⁰⁰ V. odluku američkog suda *U.S. District Court for the Southern District of New York* od 10.05.2002. (*Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories, Inc.*), CISG-online 653.

¹⁰¹ V. V. K. H. Neumayer, C. Ming, op.cit., 140–142; B. Audit, op. cit., 58–60.

¹⁰² Tako, na primer, u ponudi za prodaju kompjuterskog programa *software*, uslovi licenciranja mogu predstavljati bitan element ugovora čije se zaključenje predlaže. V. U. G. Schroeter, „Article 14“, op. cit., 271.

¹⁰³ V. G. Eorsi, „Article 14“ op. cit., 140–144.

Pored označenja robe, potrebno je da u predlogu, izričito ili prećutno, bude određena *količina robe* ili način određenja te količine.¹⁰⁴ U tim okvirima, strane su slobodne da količinu robe utvrde na način za koji se opredele prema okolnostima konkretnog slučaja, uključujući i mogućnost da predvide da će precizna količina robe biti određena tokom izvršenja ugovora.¹⁰⁵

Prema čl. 14 st. 1, predlog je dovoljno određen ako izričito ili prećutno određuje *cenu robe* ili sadrži elemente za njeno utvrđenje. Kad je reč o prećutnom određenju cene, uzima se da je upućivanje na cenovnike,¹⁰⁶ kataloge, tržišne cene i sl. dovoljno da bi se predlog smatrao ponudom.¹⁰⁷ Prema stavu koji preovlađuje u doktrini i sudskoj praksi, nije neophodno da cena bude određena u vreme u kome je ponuda učinjena, pa se na primer, predlog koji upućuje na određenu tržišnu cenu u određenom vremenskom periodu može smatrati ponudom.¹⁰⁸ S druge strane, u pogledu predloga koji upućuje na određenje cene od strane jednog ugovornika, mišljenja u doktrini su podeljena. Prema jednom stavu, zahtev odredivosti cene ispunjen je i u ovom slučaju,¹⁰⁹ dok prema drugom, ovakav predlog ne ispunjava uslove iz čl. 14. st. 1 Konvencije¹¹⁰ i ne može se smatrati ponudom.¹¹¹ Nesaglasnost u doktrini izražena je i u pogledu predloga u kome nije određena valuta plaćanja. Prema izvesnim autorima, u takvim slučajevima treba primeniti valutu koja se koristi u mestu poslovanja prodavca, dok drugi stoje na stanovištu da predlog u kome nije označena valuta plaćanja ne predstavlja ponudu, osim ako se valuta ne može odrediti putem tumačenja.¹¹²

¹⁰⁴ Više o tome, F. Ferrari, „Article 14“, op. cit., 232–233; G. Eorsi, „Article 14“ op. cit., 140–141; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 141–142; J. O. Honnold, op. cit., 150; V. Heuzé, op. cit., 143–144.

¹⁰⁵ V. *Commentary of the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat*, (u daljim navođenjima: *Secretariat Commentary*), Article 12, 21: „It is even possible that the formula used by the parties may permit the parties to determine the exact quantity to be delivered under the contract only during the course of performance“.

¹⁰⁶ V. na primer odluku nemačkog suda *Oberlandesgericht Rostock* od 01.10.2001. (*Frozen foods*), CISG-online 671 (nav. prema F. Ferrari, „Article 14“, op. cit., 234).

¹⁰⁷ Više, G. Eorsi, „Article 14“ op. cit., 141; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 142–144; Claude Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale Convention des Nations – Unies du 11 avril 1980*, L.G.D.J, Paris, 1995, 61–63.

¹⁰⁸ V. na primer K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 142: „Il n'est pas nécessaire que le prix soit déjà calculable à la conclusion du contrat: il peut être prévu en référence à un marché donné (à une bourse d'une certaine ville p. ex.) et à une date future déterminée“.

¹⁰⁹ U. G. Schroeter, „Article 14“, op. cit., 276 i tamo navedeni autori.

¹¹⁰ F. Ferrari, „Article 14“, op. cit., 234 i tamo navedeni autori.

¹¹¹ Detaljna analiza ovog pitanja, V. Heuzé, op. cit., 151–155.

¹¹² Više, F. Ferrari, „Article 14“, op. cit., 234–235 i tamo navedeni autori.

U kontekstu zahteva za određenjem cene javlja se problem odnosa između čl. 14 st. 1 i čl. 55 Konvencije. Naime, iz formulacije čl. 14 st. 1 Konvencije proizilazi da se predlog u kome cena robe nije određena i koji ne sadrži elemente za njeno utvrđenje ne smatra ponudom. S druge strane, čl. 55 Konvencije predviđa pravila za određenje cene u slučaju kad je „ugovor punovažno zaključen, a cena za prodatu robu nije u ugovoru ni izričito ni prećutno određena niti u njemu ima odredbi na osnovu kojih bi se mogla utvrditi“.¹¹³ Pitanje pomenutog odnosa predmet je nepresušnih diskusija i suprotstavljenih stavova doktrine¹¹⁴ od usvajanja Konvencije do današnjih dana. Prema jednom stanovištu, čl. 55 Konvencije primenjuje se u slučaju kad cena nije određena u predlogu za zaključenje ugovora, iz čega proizilazi da je zahtev iz čl. 14 st. 1 Konvencije u suštini bez značaja. S druge strane, izvesni autori čvrsto zastupaju stav prema kome čl. 14 ima prioritet u odnosu na čl. 55 Konvencije, dok jedan broj autora ocenjuje da je u pitanju pravna praznina koja se popunjava primenom odgovarajućih pravila merodavnog nacionalnog prava.¹¹⁵

Ne ulazeći bliže u pomenute rasprave, čini se da je u pogledu postavljenog pitanja potrebno razlikovati tri slučaja. Prvi se odnosi na predlog koji ne određuje cenu i ne sadrži elemente za njeno utvrđenje, a cena se ne može utvrditi ni primenom pravila tumačenja iz čl. 8 Konvencije. Takav predlog ne predstavlja ponudu u smislu čl. 14 st. 1 Konvencije i njegov prihvrat ne vodi zaključenju ugovora, pa nema ni mesta za primenu čl. 55 Konvencije.¹¹⁶ Posmatrano u tom svetlu, osnovna svrha pravila iz čl. 14 st. 1 Konvencije ogleda se u postavljanju kriterijuma za razgraničenje između ponude s jedne strane i poziva na ponudu (*invitatio ad offerendum*) s druge strane. Drugi slučaj podrazumeva primenu čl. 55 Konvencije onda kad se Deo II Bečke konvencije ne primenjuje na osnovu rezerve

¹¹³ Član 55 Konvencije glasi: „Kad je ugovor valjano zaključen, a cena za prodatu robu nije u ugovoru ni izričito ni prećutno određena niti u njemu ima odredbi na osnovu kojih bi se mogla utvrditi smatraće se, ako nije suprotno navedeno, da su strane prećutno pristale na cenu koja se u trenutku zaključenja ugovora redovno naplaćivala u odnosnoj trgovačkoj struci za takvu robu prodatu pod sličnim okolnostima“. Komentar člana 55, Florian Mohs, „Article 55“ u *Schlechtriem & Schwenzer Commentary*, 2016, 844–853; Petra Butler, Arjun Harindranath, „Article 55“ u *Commentary*, Kröll/Místelis/Perales Viscasillas, 2018, 786–791; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 370–371; J. O. Honnold, op. cit., 353–357.

¹¹⁴ O stavovima sudske prakse u pogledu pomenutog pitanja v. odluke sudova u slučaju *Pratt & Whitney v. Malev*, detaljno analizirane u C. Witz, op. cit., 63–68.

¹¹⁵ Detaljno o ovim diskusijama, U. G. Schroeter, „Article 14“, op. cit., 279–280; F. Ferrari, „Article 14“, op. cit., 235–237; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 144–147; V. Heuzé, op. cit., 145 i dalje; J. O. Honnold, op. cit., 154.

¹¹⁶ V. na primer Arbitražnu odluku *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry* od 03.03.1995, CISG-online 204.

iz čl. 92 Konvencije.¹¹⁷ Treći slučaj postoji onda kad se može smatrati da su strane, na osnovu čl. 6 Konvencije,¹¹⁸ isključile primenu čl. 14 st. 1, izričito (sporazumom) ili prećutno (na primer tako što su počele sa ispunjenjem ugovornih obaveza).¹¹⁹ U takvom slučaju, predlog se smatra ponudom bez obzira što cenu ostavlja „otvorenom“ i, ukoliko je ugovor punovažno zaključen, cena se određuje prema pravilima iz čl. 55 Konvencije.¹²⁰

Načela UNIDROIT, Načela evropskog ugovornog prava, Nacrt zajedničkog okvira. – Prema Načelima UNIDROIT, predlog za zaključenje ugovora predstavlja ponudu ako je dovoljno određen i ako ukazuje na nameru ponudioca da se obaveže u slučaju prihvatanja (čl. 2.1.2). Predlog za zaključenje ugovora koji ne ispunjava uslove navedene definicije, po pravilu se ne smatra ponudom. To može biti poziv na pregovore, poziv na ponudu ili neki drugi akt koji se zbog nedovoljne preciznosti, nepotpune sadržine ili nepostojanja namere ponudioca da zaključi ugovor u slučaju prihvata ponude, ne smatra ponudom. „Demarkaciona linija“ između ponude

¹¹⁷ Čl. 92 Konvencije dozvoljava da država ugovornica Konvencije, u trenutku potpisivanja, ratifikacije, prihvatanja, odobravanja ili pristupanja izjavi da se ne smatra obaveznom u pogledu Dela II Konvencije koji se odnosi na zaključenje ugovora ili da se ne smatra obaveznom u pogledu Dela III Konvencije koji se odnosi na prodaju robe. Ako država ugovornica izjavi da se ne smatra obaveznom u pogledu dela II ili III Konvencije, neće se smatrati državom ugovornicom Konvencije u odnosu na materiju regulisanu u delu Konvencije na koji se takva izjava odnosi. Komentar člana 92 Konvencije, Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „Article 92“ u *Schlechtriem & Schwenzer Commentary*, 2016, 1253–1254; Johnny Herre, „Article 92“ u *Commentary*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, 2018, 1174–1176.

¹¹⁸ Prema čl. 6 Konvencije, strane su slobodne da isključe primenu Konvencije, da odstupe od bilo koje od njenih odredbi ili da izmene njihovo dejstvo. Komentar čl. 6 Konvencije, Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „Article 6“ u *Schlechtriem & Schwenzer Commentary*, 2016, 101–118; Loukas Mistelis, „Article 6“ u *Commentary*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, 2018, 101–111; Michael Joachim Bonell, „Article 6“ u *Commentary*, C. M. Bianca, M. J. Bonell, 1987, 51–64; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 83–95; J. O. Honnold, op. cit., 77–87; V. Heuzé, op. cit., 91–94.

¹¹⁹ V. na primer odluku švajcarskih sudova: odluku *Tribunal Cantonal du Valais* od 27.04.2007. (*Oven*), CISG-online 1721, u kojoj je Sud, odlučujući o pitanju određenja cene u ugovoru na koji se primenjuje Bečka konvencija, konstatovao: „*La vente peut être valablement conclue sans que les parties aient indiqué de prix (que ce soit de manière expresse ou tacite); celui-ci est alors déterminé objectivement par référence à un prix moyen: il s'agit de celui habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat pour des marchandises similaires, vendues dans des circonstances comparables dans le pays du vendeur*“ i odluku *Bezirksgericht St. Gallen* od 03.07.1997. (*Fabrics*), CISG-online 336 (iako je cena robe u predlogu za zaključenje ugovora bila otvorena, ugovorne obaveze su izvršene). V. i odluku nemačkog suda *Landgericht Neubrandenburg* od 03.08.2005. (*Sour cherries*), CISG-online 1190.

¹²⁰ O ovom stavu, šire i uz detaljno obrazloženje, U. G. Schroeter, „Article 14“, op. cit., 280–282; F. Mohs, „Article 55“, op. cit., 846–848; F. Ferrari, „Article 14“, op. cit., 236–237.

s jedne i poziva na ponudu s druge strane, ogleda se pre svega u odgovoru na pitanja da li je ponudilac imao *nameru* da se obaveže u slučaju prihvatanja i da li elementi koji nisu sadržani u predlogu mogu biti *određeni* putem pravila o tumačenju (čl. 4.1 – 4.7) ili dopuni ugovora (čl. 4.8 i 5.1.2) predviđenim Načelima. Do određenja elemenata koji u predlogu nisu sadržani može se doći i na osnovu prakse ustanovljene između strana ili običaja (čl. 1.9), kao i putem određenih posebnih pravila Načela, kao što su na primer ona koja se odnose na određenje kvaliteta izvršenja (čl. 5.1.6), određenje cene (čl. 5.1.7), vreme izvršenja (čl. 6.1.1), mesto izvršenja (čl. 6.1.6) i određenju valute kad ona nije predviđena (čl. 6.1.10).¹²¹

Sličnu definiciju ponude nalazimo i u Načelima evropskog ugovornog prava koja predviđaju da predlog predstavlja ponudu ako: a) postoji namera da dovede do ugovora ako ga druga strana prihvati i b) ako sadrži dovoljno određene elemente za zaključenje ugovora (čl. 2:201).¹²² U pogledu određenosti elemenata za zaključenje ugovora, prema Načelima, smatra se da je dovoljan sporazum postignut ako: a) su strane dovoljno definisale elemente tako da ugovor može da se izvrši ili ako b) se elementi mogu utvrditi na osnovu Načela. Međutim, ako jedna strana odbije da zaključi ugovor dok se strane ne sporazumeju o pojedinom specifičnom pitanju, ugovor neće postojati dok se o tom pitanju ne postigne sporazum (čl. 2:103).¹²³

Nacrt Zajedničkog okvira preuzima rešenje Načela evropskog ugovornog prava u pogledu definicije ponude (II. – 4:201 st.1).

Komparacija sa Zakonom o obligacionim odnosima. – Komparacija pravila Bečke konvencije o sadržini ponude sa odgovarajućim rešenjima Zakona o obligacionim odnosima zahteva da budu uzeta u obzir kako opšta pravila Zakona o ponudi, tako i posebna pravila Zakona koja se odnose na prodaju.

Zakon o obligacionim odnosima definiše ponudu rečima: „Ponuda je predlog za zaključenje ugovora učinjen određenom licu, koji sadrži sve bitne sastojke ugovora tako da bi se njegovim prihvatanjem mogao zaključiti ugovor“.¹²⁴ Prema tome, da bi se predlog za zaključenje ugovora smatrao ponudom, potrebno je da izražava nameru ponudioca za zaključenjem ugovora, da je upućen određenom licu i da je dovoljno određen, tj. da sadrži sve bitne elemente ugovora čije se

¹²¹ V. UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* 2016, op. cit., 37.

¹²² Komentar ovog pravila, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 159–163.

¹²³ Komentar ovog pravila, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 146–149.

¹²⁴ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 32 st. 1. Komentar, Mladen Draškić, „Član 32“ u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*, 77–82; B. Vizner, op. cit., 175–178; S. Cigoj, op. cit., 32. Uopšte o ponudi u obligacionom pravu, S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 266–276. Detaljno o ponudi prema Zakonu o obligacionim odnosima, M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 223–292.

zaključenje predlaže.¹²⁵ Ponuda se smatra dovoljno određenom kad omogućava da sadržina bude, primenom dispozitivnih zakonskih odredaba, određiva i kad, kao minimum, sadrži bitne elemente ugovora.¹²⁶ Pri tome, nije nužno da ponuda sadrži i prirodne elemente (*naturalia negotii*) i slučajne elemente (*accidentalia negotii*) ali ako makar i jedna od strana zahteva da se i o tim elementima postigne saglasnost, onda se i ovi elementi smatraju bitnim elementima.¹²⁷ Ako se u tom svetlu posmatra odnos između ove odredbe Zakona i pravila iz čl. 14 st. 1 Bečke konvencije, može se oceniti da je formulacija Zakona prema kojoj ponuda predstavlja predlog koji „sadrži sve bitne sastojke ugovora tako da bi se njegovim prihvatanjem mogao zaključiti ugovor“ preciznija od formulacije Konvencije koja zahteva da je predlog „dovoljno određen“, a koja se može pokazati osnovom za sporne situacije i različita tumačenja.

Kad je reč o opštim pravilima Zakona o ponudi, razlika u odnosu na odgovarajuće rešenje Bečke konvencije ogleda se i u tome što Zakon sadrži izričito pravilo o sporednim tačkama ugovora koje su strane ostavile za kasniji sporazum. U tom smislu Zakon predviđa: „Ako su ugovorne strane posle postignute saglasnosti o bitnim sastojcima ugovora ostavile neke sporedne tačke za docnije, ugovor se smatra zaključenim, a sporedne tačke, osim ako sami ugovarači ne postignu saglasnost o njima, urediće sud vodeći računa o prethodnim pregovorima, utvrđenoj praksi između ugovarača i običajima“.¹²⁸

Razlika između koncepcija Zakona o obligacionim odnosima i Bečke konvencije u kontekstu određenosti ponude dolazi do izražaja u posebnim pravilima Zakona koja se odnose na ugovor o prodaji. U Bečkoj konvenciji, kao što je istaknuto, javlja se problem kontradiktornog odnosa između čl. 14 st. 1 koji zahteva da ponuda sadrži *određenje* cene ili elemente za njeno utvrđenje i čl. 55 koji predviđa pravila za određenje cene u slučaju kad je ugovor punovažno zaključen, a cena za prodatu robu *nije* u ugovoru ni izričito ni prećutno određena niti u njemu ima odredbi na osnovu kojih bi se mogla utvrditi. U Zakonu o obligacionim odnosima pomenuti problem ne postoji, što je značajno sa stanovišta pravne sigurnosti. Naime, Zakon izričito predviđa da ugovor o prodaji nema pravno dejstvo ako ugovorom cena nije određena, a ugovor ne sadrži dovoljno podataka pomoću kojih bi se ona mogla odrediti.¹²⁹ Međutim, to pravilo se *ne primenjuje* kod ugovora

¹²⁵ V. M. Draškić, „Član 32“, op. cit., 77.

¹²⁶ M. Draškić, „Član 32“, op. cit., 78.

¹²⁷ S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 270.

¹²⁸ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 32 st. 2. Više o tome, M. Draškić, „Član 32“, op. cit., 79–81; B. Vizner, op. cit., 176–178; M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 260–268.

¹²⁹ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 462 st. 1.

o prodaji u privredi jer ako u njemu cena nije određena niti sadrži dovoljno podataka pomoću kojih se može odrediti, kupac je dužan da plati prodavcu cenu koju je prodavac redovno naplaćivao u vreme zaključenja ugovora, a u nedostatku ove, razumnu cenu¹³⁰.¹³¹

Kad je reč o rešenjima o sadržini ponude predviđenih Načelima UNIDROIT i Načelima evropskog ugovornog prava čini se da, i pored razlika u formulacijama, između njih i odgovarajućih pravila Zakona o obligacionim odnosima nema većih suštinskih razlika, pored onoga što je istaknuto u kontekstu komparacije opštih pravila Zakona o ponudi i čl. 14 st. 1 Bečke konvencije.

Upućenost ponude određenom licu

Uopšte. – Pravilo o tome kome se predlog za zaključenje ugovora upućuje predstavlja jedan od kriterijuma razlikovanja ponude od poziva na ponudu (*invitatio ad offerendum*). Kako potrebe pravne sigurnosti nalažu što preciznije razgraničenje između ova dva akta, pomenuto pitanje zahteva posebnu pažnju.

U pogledu pitanja kome se ponuda upućuje,¹³² u uporednom pravu su usvojena različita rešenja.¹³³ U nacionalnim pravima većeg broja zemalja, predlog za zaključenje ugovora, da bi se smatrao ponudom, mora biti upućen *određenom licu*.¹³⁴ Prema ovom rešenju, potrebno je da destinater ponude bude precizno određen, dok se predlog za zaključenje ugovora upućen neodređenim licima, po pravilu smatra pozivom na ponudu, osim kad je reč o tzv. javnoj ponudi¹³⁵ (ponudi javnosti).¹³⁶

¹³⁰ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 462 st. 2. Pod razumnom cenom smatra se tekuća cena u vreme zaključenja ugovora, a ako se ona ne može utvrditi, onda cena koju utvrđuje sud prema okolnostima slučaja (čl. 462 st. 3).

¹³¹ O određenju cene u ugovoru o prodaji, S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 537–540.

¹³² Više, M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 289–292.

¹³³ Komparativno-pravni pregled u tom smislu, H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Talion, op. cit., 178–191.

¹³⁴ Na primer, nemački Građanski zakonik, sek. 145; švajcarski Zakonik o obligacijama, čl. 3; austrijski Građanski zakonik, § 861. Komparativno-pravni pregled starijih zakonskih rešenja u pogledu ovog pitanja, *Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun La formation du contrat*, sous la direction et avec un avant-projet de loi commune commentée de René Rodiere, Institut de droit comparé de Paris, Paris, 1976.

¹³⁵ Reč je o ponudi koju ponudilac, pod određenim uslovima, upućuje neodređenim licima u cilju zaključenja ugovora. V. S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 267.

¹³⁶ U nacionalnim pravnim sistemima generalno je prihvaćeno da predlog za zaključenje ugovora upućen javnosti, pod određenim uslovima, može predstavljati ponudu. Ipak, u pogledu kriterijuma razgraničenja između ponude javnosti i poziva na ponudu, nacionalna prava usvajaju

Nasuprot tome, u francuskom pravu, predlog za zaključenje ugovora smatra se ponudom, bez obzira na to da li je učinjen određenom ili neodređenom licu.¹³⁷ Ovo stanovište, izgrađeno od strane francuske sudske prakse,¹³⁸ polazi od toga da ponuda učinjena neodređenom licu obavezuje ponudioca u odnosu na prvo lice koje je prihvati pod istim uslovima kao da je ponuda bila učinjena određenom licu, osim kad se ponuda odnosi na ugovor *intuitu personae*.¹³⁹

Kako je pitanje razgraničenja ponude od poziva na ponudu od značaja sa stanovišta pravne sigurnosti, u daljim izlaganjima učinjen je osvrt na rešenja izvora uniformnog ugovornog prava koja se odnose na pitanje kome se ponuda upućuje, uz njihovu komparaciju sa odgovarajućim pravilima srpskog Zakona o obligacionim odnosima.

Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji. – U pogledu spornog i često diskutovanog pitanja o tome kome se ponuda upućuje, Bečka konvencija sledi rešenje koje prevladuje u nacionalnim pravnim sistemima i zahteva da ponuda bude upućena *određenom licu*. Tako, Konvencija predviđa da se predlog smatra ponudom ako je upućen „jednom ili više određenih lica“ (čl. 14 st. 1), dok se „predlog upućen neodređenom broju lica smatra samo kao poziv da se učine ponude, osim ako lice koje čini takav predlog jasno ukaže na suprotno“ (čl. 14 st. 2).¹⁴⁰ Osnovni smisao pravila čl. 14 st. 2 Konvencije ogleda se u tome da se precizira da se predlog upućen neodređenim licima,

različite pristupe. V. H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Talion, op. cit., 186 i dalje; *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 161. Uopšte o pojmu ponude javnosti i razlikama kojima se ona odlikuje u odnosu na ponudu određenom licu, M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 293 i dalje.

¹³⁷ V. francuski Građanski zakonik čl. 1114, posle reformi iz 2016. godine, prema kome: „Ponuda, učinjena određenom ili neodređenom licu, sadrži bitne elemente predloženog ugovora i izražava nameru ponudioca da se obaveže u slučaju prihvata. U suprotnom, reč je o pozivu da ste otpočnu pregovori“. V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit., 92, gde se u tom kontekstu konstatuje: „Contrairement à la Convention de Vienne ainsi qu'à certains droits étrangers, qui voient dans l'offre à personne indéterminée une simple invitation à formuler une offre, le droit interne français analyse celle-ci en une véritable sollicitation“.

¹³⁸ U tom smislu u literaturi se najčešće navodi odluka francuskog Kasacionog suda od 28.11.1968. godine u kojoj je Sud ocenio da ponuda javnosti, posebno ona učinjena putem štampе, obavezuje ponudioca prema prvom licu koje prihvati ponudu, pod istim uslovima kao i ponuda učinjena određenom licu (nav. prema, Christine Souchon, „France“, u *Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun La formation du contrat*, op. cit., 35; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *ibidem*; H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Talion, op. cit., 185).

¹³⁹ V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *ibidem*.

¹⁴⁰ Komentar čl. 14 st. 2 Konvencije, U. G. Schroeter, „Article 14“, op. cit., 286–287; F. Ferrari, „Article 14“, op. cit., 228–229; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 148–149.136–149; J. O. Honnold, op. cit., 148–149.

u slučaju sumnje, smatra pozivom na ponudu.¹⁴¹ U komentarima ovog pravila se podvlači da se predlozi upućeni neodređenim licima, kao što su oglasi, cenovnici, različite reklame, brošure, ponude neodređenom broju lica preko interneta i sl., ne smatraju se ponudom, čak i ako sadrže određene robe i cene u smislu čl. 14 st. 1 Konvencije.¹⁴²

Načela UNIDROIT, Načela evropskog ugovornog prava, Nacrt zajedničkog okvira. – Načela UNIDROIT ne sadrže zahtev da ponuda bude učinjena određenom licu.¹⁴³ S druge strane, Načela evropskog ugovornog prava izričito predviđaju da ponuda može biti učinjena jednom ili više određenih lica ili javnosti (čl. 2:201 st. 2). Pored toga, ova Načela određuju da se predlog profesionalnog snabdevača da se isporuče roba ili usluge po određenoj ceni učinjen u javnom oglasu ili katalogu, ili izlaganjem robe, smatra ponudom za prodaju ili pružanje usluga po toj ceni, sve dok se zalihe robe ne isprazne, odnosno dok se ne iscrpi mogućnost isporučioaca da pruži usluge (čl. 2:201 st. 3).¹⁴⁴ Nacrt zajedničkog okvira usvaja rešenje identično onom koje je sadržano u Načelima evropskog ugovornog prava (II. – 4:201 st. 2 i 3).

Komparacija sa Zakonom o obligacionim odnosima. – Zakon o obligacionim odnosima se opredeljuje za rešenje prema kome ponuda predstavlja predlog za zaključenje ugovora učinjen „određenom licu“.¹⁴⁵

Pored ponude koja se čini određenom licu, Zakon poznaje i tzv. opštu ponudu tj. ponudu učinjenu javnosti. Prema Zakonu, „Predlog za zaključenje ugovora učinjen neodređenom broju lica, koji sadrži bitne sastojke ugovora čijem je zaključenju namenjen, važi kao ponuda, ukoliko drukčije ne proizilazi iz okolnosti slučaja ili običaja“.¹⁴⁶ Prema tome, za opštu ponudu potrebno je da je ona učinjena neodređenom broju lica, da sadrži bitne elemente ugovora čijem je zaključenju namenjena i da se to ne protivi okolnostima slučaja ili običaju.¹⁴⁷ Za razliku od Zakona, Bečka konvencija ne sadrži pravilo o opštoj ponudi, Načela evropskog ugovornog prava samo čine distinkciju između „ponude učinjene jednom ili više određenih lica“ i ponude „učinjene javnosti“,¹⁴⁸ dok Načela UNIDROIT, kao što je rečeno, ne sadrže određenje u pogledu destinatera ponude.

¹⁴¹ V. U. G. Schroeter, „Article 14“, op. cit., 286; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 149.

¹⁴² V. U. G. Schroeter, „Article 14“, op. cit., 286–287; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 148.

¹⁴³ V. Načela UNIDROIT, čl. 2.1.2.

¹⁴⁴ Komentar ovih pravila, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 159–163.

¹⁴⁵ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 32 st. 1.

¹⁴⁶ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 33. Komentar, Mladen Draškić, „Član 33“ u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*, 81–82; B. Vizner, op. cit., 179–180.

¹⁴⁷ S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit. 268.

¹⁴⁸ Pri čemu ne definišu ovu vrstu ponude.

U okviru pravila o ponudi koja se čini neodređenim licima, Zakon predviđa i dva posebna slučaja – izlaganje robe sa označenjem robe i slanje kataloga i oglasa. Tako, prema Zakonu, izlaganje robe sa označenjem cene smatra se kao ponuda, ukoliko drukčije ne proizlazi iz okolnosti slučaja ili običaja.¹⁴⁹ Nasuprot tome, slanje kataloga, cenovnika, tarifa i drugih obaveštenja, kao i oglasi učinjeni preko štampe, letaka, radija, televizije ili na neki drugi način, ne predstavljaju ponudu, već samo poziv da se učini ponuda pod objavljenim uslovima. Ipak, pošiljalac takvih poziva odgovara za štetu koju bi pretrpeo ponudilac, ako bez osnovanog razloga nije prihvatio njegovu ponudu.¹⁵⁰ Uniformna pravila ne sadrže izričita pravila o pomenutim pitanjima.

Komparativni pogled na pravila o destinateru ponude predviđenih uniformnim pravilima s jedne i Zakonom o obligacionim odnosima s druge strane, upućuje na dva opšta zaključka. Na prvom mestu, zahtev Zakona da ponuda bude učinjena *određenom licu* korespondira rešenju usvojenom u Bečkoj konvenciji, Načelima evropskog ugovornog prava i Nacrtu zajedničkog okvira, koja su u suštini odraz rešenja koje prevladuje u nacionalnim pravnim sistemima. Pored toga, pravila Zakona koje sadrže definiciju opšte ponude, kao i izričito određenje u pogledu slučajeva izlaganja robe sa označenjem cene i slanja kataloga i oglasa, a koja ne nalazimo u međunarodnim dokumentima o kojima je bilo reči, na precizan način čine razgraničenje između ponude i poziva na ponudu, što je od značaja sa stanovišta pravne sigurnosti.

Opozivost ponude

Uopšte. – U uporednom pravu postoje značajne razlike u pogledu pitanja opozivosti ponude.¹⁵¹ Prema jednom pristupu, ponuda je neopoziva, što znači da je ponudilac, pod određenim uslovima i za određeno vreme, vezan svojom ponudom, te je u obavezi da ponudu održi. Ovo stanovište polazi od potrebe zaštite ponuđenog, koji po prijemu ponude može preduzeti određene pripreme radnje i izložiti se troškovima radi zaključenja ugovora, u kom slučaju bi opozivom ponude pretrpeo štetu.¹⁵² Princip neopozivosti ponude prihvaćen je u jednom broju evropskih zemalja (na primer, Švajcarska, Nemačka, Austrija, Grčka,

¹⁴⁹ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 34. Više o tome, S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit. 267 i dalje; M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 295–296. Komentar čl. 34, Mladen Draškić, „Član 34“ u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*, 82–84; B. Vizner, *ibidem*.

¹⁵⁰ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 35. Više o tome, S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit. 269 i dalje; M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 296–297. Komentar čl. 35, Mladen Draškić, „Član 35“ u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*, 84–85; B. Vizner, *ibidem*.

¹⁵¹ Više, J. Perović, *Međunarodno privredno pravo*, op. cit., 2018, 230–231.

¹⁵² S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 271–273.

skandinavske zemlje), kao i u srpskom pravu.¹⁵³ Nasuprot tome, u zemljama *common law* sistema polazi se od principa opozivosti ponude, prema kome ponuda može biti opozvana uvek, sve do momenta prihvata ponude,¹⁵⁴ čak i onda kad je u ponudi određen rok za prihvata.¹⁵⁵ Princip opozivosti ponude u *common law* sistemu zasnovan je na stavu da ponudilac ne može biti obavezan pre ponuđenog, te ponuđeni snosi sav rizik štete koju eventualno pretrpi usled opoziva ponude. Da bi opoziv ponude proizvodio dejstvo, on mora biti saopšten ponuđenom do trenutka zaključenja ugovora.¹⁵⁶ Kad je reč o prihvaćenosti principa opozivosti ponude u zemljama evropsko-kontinentalnog pravnog sistema, tipičan primer predstavlja Francuska,¹⁵⁷ kao i izvesne zemlje pod uticajem francuskog prava.¹⁵⁸ S druge strane, veći broj zemalja evropsko-kontinentalnog pravnog sistema ne usvaja nijedan od pomenuta dva principa u „čistom“ obliku, već sa izvesnim

¹⁵³ Komparativno-pravni pregled, H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, op. cit., 194 i dalje; *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 166–168; *Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun La formation du contrat*, op. cit., u celini; M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 156 i dalje.

¹⁵⁴ V. *Anson's Law of Contract*, op. cit., 49, gde se konstatuje: „The law relating to the revocation of an offer may be summed up in two rules: 1. An offer may be revoked at any time before acceptance. 2. An offer is made irrevocable by acceptance“. Ovaj princip usvojen je u engleskom pravu, u odluci *Routledge v. Grant* (1828), 4 Bing 653 (detaljna analiza ove odluke na srpskom jeziku, M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 159 i dalje), a zatim i u čitavom nizu drugih odluka u Engleskoj i drugim zemljama *common law* sistema. Pregled sudske prakse u tom pogledu, *Anson's Law of Contract*, op. cit., 50 i dalje; H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, op. cit., 200 i dalje; M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 158–187.

¹⁵⁵ Više o tome, H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, op. cit., 201, gde se navodi: „English case law holds that offers are revocable regardless of whether they contain a time limit for their acceptance“; Paul Richards, *Law of Contract*, Financial Times Pitman Publishing, 1999, 37–41.

¹⁵⁶ Pravilo je primenjeno u slučaju *Byrne v Van Tienhoven* (1880) 5 CPD 344, u kome je ponudilac iz Kardifa, 1. oktobra poslao ponudu o prodaji tankih limenih ploča ponuđenom u Njujork. Ponuđeni je ponudu primio 11. oktobra i istu odmah prihvatio putem telegrama, a zatim prihvata potvrdio pismom koje je poslao 15. oktobra. Ponudilac je 8. oktobra ponuđenom poslao pismo u kome je svoju ponudu povukao ali ono je ponuđenom stiglo tek 20. oktobra. Pošto je ponudilac odbio da zaključi ugovor sa ponuđenim, ponuđeni je podneo tužbu protiv njega. Sud je u ovom slučaju zauzeo stav da je ugovor zaključen 11. oktobra, dana kad je telegram o prihvatit ponude poslat ponudiocu, te da opoziv ponude poslat 8. oktobra nema uticaja na punovažnost ugovora, s obzirom da ga je ponuđeni primio tek 20. oktobra, dakle više dana pošto je ugovor već bio punovažno zaključen. V. P. Richards, op. cit., 38.

¹⁵⁷ V. francuski Građanski zakonik čl. 1115, posle reformi iz 2016. godine. Komentar ovog pravila, *La réforme du Droit des Contrats, Commentaire article par article, Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., 57–58. O principu opozivosti ponude i odstupanjima od tog principa u francuskoj sudskoj praksi, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit., 96–98. O razlikama između principa opozivosti ponude u zemljama *common law* sistema i onog koji je prihvaćen u francuskom pravu, M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 192 i dalje.

¹⁵⁸ Na primer Luksemburg. V. *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, *ibidem*.

manjim ili većim odstupanjima, pa se čitav niz pitanja u pogledu opozivosti ponude razlikuje od jednog do drugog nacionalnog pravnog sistema.¹⁵⁹

Analiza pitanja opozivosti ponude sa stanovišta rešenja prihvaćenih u izvorima uniformnog ugovornog prava i njihova komparacija sa odgovarajućim pravilima Zakona o obligacionim odnosima čini se značajnom upravo polazeći od razlika koje su u pogledu ovog pitanja izražene u uporednom pravu.

Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji. – Bečka konvencija načelno prihvata princip opozivosti ponude,¹⁶⁰ predviđajući da ponuda može da se opozove sve dok se ugovor ne zaključi, ukoliko opoziv stigne ponuđenom pre nego što je on otposlao svoj prihvrat. Ipak, Konvencija predviđa i značajna odstupanja od principa opozivosti ponude. Prema Konvenciji, ponuda ne može da se opozove: a) ako je u njoj naznačeno da je neopoziva, bilo time što je određen rok za prihvatanje ili na drugi način ili b) ako je ponuđeni razumno verovao da je ponuda neopoziva i ponašao se saglasno tome (čl. 16).¹⁶¹ U komentarima Konvencije se ističe da je ovo pravilo izraz nastojanja za pronalaženjem kompromisnog rešenja između pravnih sistema u kojima je ponuda načelno neopoziva i onih koji usvajaju princip opozivosti ponude, kao i pokušaja uspostavljanja ravnoteže između interesa ponudioca i potrebe zaštite ponuđenog.¹⁶²

Najopštije rečeno, prema Konvenciji ponuda je opoziva. Ipak, ponuda se ne može opozvati ne samo *nakon* zaključenja ugovora, već ni posle trenutka u kome je ponuđeni *otposlao* prihvrat,¹⁶³ a to znači *pre* zaključenja ugovora.¹⁶⁴ Da bi opoziv

¹⁵⁹ Komparativno-pravni pregled, *Principles of European Contract Law, Parts I and II, ibidem.*

¹⁶⁰ Pravilo o opozivosti ponude predstavlja jedno od najdelikatnijih pitanja u okviru međunarodne unifikacije pravila o zaključenju ugovora, s obzirom na veliku neujednačenost kojom se u tom pogledu odlikuju nacionalni pravni sistemi. Problemi su došli do izražaja već tokom izrade Haških jednoobraznih zakona, a diskusija tim povodom nastavljena je i prilikom izrade Bečke konvencije. Više o tome, Gyula Eörsi, „Article 16“ u *Commentary*, C. M. Bianca, M. J. Bonell, 1987, 150–154; Ulrich G. Schroeter, „Article 16“ u *Schlechtriem & Schwenzler Commentary*, 2016, 318; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 153–156.

¹⁶¹ Komentar čl. 16, Ulrich G. Schroeter, „Article 14“ u *Schlechtriem & Schwenzler Commentary*, 2016, 318–327; Franco Ferrari, „Article 16“ u *Commentary*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, 2018, 251–262; G. Eörsi, „Article 16“, op. cit., 150–160; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 153–163; J. O. Honnold, op. cit., 159–168.

¹⁶² V. F. Ferrari, „Article 16“, op. cit., 252–253.

¹⁶³ Pravilo o isključenju mogućnosti opoziva ponude od trenutka u kome je ponuđeni otposlao prihvrat dolazi iz *common law* sistema. V. Edgar Allan Farnsworth „Comparative Contract Law“ u *The Oxford Handbook of Comparative Law* (eds. M. Reimann, R. Zimmermann), Oxford University Press, 2006, 916 i dalje. Ovo pravilo bilo je prihvaćeno već u Haškom jednoobraznom zakonu o zaključivanju ugovora o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari – ULFIS (čl. 5), kao rezultat kompromisa između evropsko-kontinentalnog i anglosaksonskog prava.

¹⁶⁴ Prema tome, opoziv učinjen nakon što je ponuđeni *otposlao* prihvrat neće proizvoditi dejstvo iako, prema teoriji prijema koju usvaja Konvencija, prihvrat ponude proizvodi dejstvo od trenutka

ponude proizvodio dejstvo, potrebno je da bude takav da bi „razumno lice istih svojstava i u istim okolnostima“¹⁶⁵ kao ponuđeni razumelo da je reč o opozivu ponude, da je učinjen sa namerom da se spreči pravno dejstvo ponude¹⁶⁶ i da je opoziv ponude stigao ponuđenom.¹⁶⁷ Pri tome, pitanje sposobnosti ugovaranja ponudioca, ovlašćenja zatupnika u pogledu opoziva ponude i ostala pitanja koja se odnose na punovažnost opoziva cene se prema relevantnim pravilima merodavnog domaćeg prava¹⁶⁸.¹⁶⁹ Najzad, potrebno je primetiti da je pravilo Konvencije o opozivosti ponude dispozitivnog karaktera, te njegovu primenu strane mogu isključiti ili ograničiti.¹⁷⁰

Prema Konvenciji, ponuda se može opozvati samo ukoliko ponudilac u njoj nije naznačio da je neopoziva (čl. 16 st. 1 tačka a) ili ukoliko ponuđeni nije razumno verovao da je ponuda neopoziva i ponašao se u skladu sa tim verovanjem (čl. 16 st. 1 tačka b).¹⁷¹ Tako, u ponudi mogu biti upotrebljene različite formulacije kao što su na primer „čvrsta ponuda“ „ponuda otvorena do...“ ili termini za koje se u određenoj oblasti trgovine generalno smatra da izražavaju nameru ponudioca da se obaveže ponudom,¹⁷² pri čemu su za njihovo tumačenje relevantna pravila iz čl. 8 Konvencije. S druge strane, namera ponudioca da ponudu učini neopozivom ne mora biti izričito naznačena u ponudi;¹⁷³ ona može proizilaziti iz okolnosti slučaja, prethodnih pregovora, prakse uspostavljene između strana ili običaja.¹⁷⁴

U slučaju kad ponudilac u ponudi odredi rok za njeno prihvatanje po pravilu se smatra da je ponuda neopoziva do isteka tog roka. Pitanje značaja određenja

kad izjava o saglasnosti *stigne* ponudiocu (čl. 18 st 2). V. čl. 23 i 24 Konvencije o čijim pravilima će posebno biti reči u okviru izlaganja o vremenu zaključenja ugovora.

¹⁶⁵ V. čl. 8 st. 2 Konvencije.

¹⁶⁶ V. F. Ferrari, „Article 16“, op. cit., 253.

¹⁶⁷ V. čl. 15 st. 1 Konvencije prema kome ponuda proizvodi dejstvo od trenutka kad stigne ponuđenom.

¹⁶⁸ V. čl. 4 Konvencije koji predviđa da se Konvencija ne odnosi na punovažnost ugovora. Više o tome, J. S. Perović Vujačić, *Ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, op. cit., 67 i dalje.

¹⁶⁹ V. U. G. Schroeter, „Article 16“, op. cit., 320; F. Ferrari, „Article 16“, *ibidem*.

¹⁷⁰ V. čl. 6 Konvencije prema kome ugovorne strane mogu isključiti primenu Konvencije ili odstupiti od bilo koje od njenih odredaba ili izmeniti njihovo dejstvo.

¹⁷¹ U pogledu ovih pravila, tokom izrade Konvencije posebno su došli do izražaja suprotstavljeni stavovi predstavnika *common law* i *civil law* sistema. Detaljno, G. Eörsi, „Article 16“, op. cit., 150–154.

¹⁷² O ovim terminima, U. G. Schroeter, „Article 16“, op. cit., 322.

¹⁷³ V. F. Ferrari, „Article 16“, op. cit., 258.

¹⁷⁴ V. čl. 8 Konvencije. U tom smislu, U. G. Schroeter, „Article 16“, *ibidem*; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 157.

roka za prihvatanje ponude u kontekstu neopozivosti ponude predmet je pode-
ljenih stavova u doktrini.¹⁷⁵ Dok prema izvesnim autorima određenje ovog roka
znači tek oborivu pretpostavku (*praesumptio juris tantum*) o nameri ponudioca da
ponudu učini neopozivom,¹⁷⁶ drugi su mišljenja da je u ovom slučaju ponuda ne-
opoziva, bez obzira na nameru ponudioca.¹⁷⁷ Prema stavu autora ovog rada, u od-
govoru na pomenuto pitanje potrebno je poći od formulacije pravila iz čl. 16 st. 2
tačka a Konvencije koje glasi: „Ponuda, međutim, *ne može* da se opozove: a) ako je
u njoj naznačeno, *bilo time što je određen rok za prihvatanje* ili na drugi način, da
je neopoziva“.¹⁷⁸ Ovakva formulacija, čini se, ne upućuje na zaključak da je reč tek
o pretpostavci neopozivosti, već upravo suprotno – izričito predviđa da je ponuda
neopoziva ako je u njoj određen rok za njen prihvatanje. U svakom slučaju, rok za
prihvatanje ponude može biti određen naznačenjem konkretnog perioda u kome
ponuda može biti prihvaćena, određenjem poslednjeg dana za prihvatanje ponude
ili na neki drugi način u skladu sa okolnostima slučaja.¹⁷⁹

Pored određenja roka za prihvatanje ponude, Konvencija predviđa da se po-
nuda ne može opozvati ni onda kad je ponuđeni „razumno verovao da je ponuda
neopoziva i ponašao se saglasno tome“. Za primenu ovog pravila potrebno je ku-
mulativno ispunjenje dva uslova: razumno verovanje ponuđenog da je ponuda ne-
opoziva i ponašanje ponuđenog u skladu sa tim verovanjem. Prema stavovima ko-
mentatora Konvencije, „razumno verovanje“ postoji onda kad ponuđeni, u svetlu
okolnosti konkretnog slučaja, može pretpostaviti da je reč o neopozivnoj ponudi.
Pojam razumnog verovanja tumači se u skladu sa čl. 8 Konvencije i polazi se od

¹⁷⁵ Ovo pitanje bilo je predmet izrazitih nesuglasica već tokom izrade Konvencije. Pre-
ma jednom stavu, u slučaju kad ponudilac u ponudi odredi rok za njeno prihvatanje, smatra
se da je ponuda neopoziva do isteka tog roka, dok prema drugom, zastupljenom od strane pred-
stavnika *common law* sistema, određenje ovog roka predstavlja samo jedan od faktora koji uka-
zuje na nameru ponudioca da se obaveže ponudom. Više, U. G. Schroeter, „Article 16“, op. cit.,
323; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 157–160. V. *Secretariat Commentary*, 22, gde se navodi:
„The offer may also indicate that it is irrevocable by stating a fixed time for acceptance“, bez daljih
preciziranja.

¹⁷⁶ F. Ferrari, „Article 16“, op. cit., 258 i tamo navedeni autori, gde se ističe: „In this author’s
view, however, fixing a time for acceptance does not necessarily compare to rendering an offer ir-
revocable. Rather, it merely creates a – rebuttable – presumption of irrevocability of the offer“. U istom
smislu, U. G. Schroeter, „Article 16“, op. cit. 323; B. Audit, op. cit., 61.

¹⁷⁷ V. K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 157 i tamo navedeni autori. U tom smislu, ovi au-
tori konstatuju: „Cependant, lorsque l’offrant prévoit un délai déterminé pour accepter, sa volonté
réelle n’importe pas: une telle précision implique qu’il renonce à toute révocation pendant ce laps
de temps“.

¹⁷⁸ Delovi teksta istaknuti od strane autora.

¹⁷⁹ Više, U. G. Schroeter, „Article 16“, *ibidem*.

pitanja da li bi „razumno lice istih svojstava i u istim okolnostima“ kao ponuđeni došlo do takve pretpostavke.¹⁸⁰ Kad je reč o ponašanju ponuđenog, moguće je da on, u opravdanom (razumnom) uverenju da je ponuda neopoziva, preduzme čitav niz različitih radnji – na primer, da započne proizvodnju robe, nabavi potrebne materijale, zaključi ugovore sa snabdevačima ili prevoznicima, iznajmi skladište, angažuje dodatnu radnu snagu i sl., u kom slučaju pravilo iz čl. 16 st. 2 tačka b Konvencije nalazi svoju primenu.¹⁸¹

Izuzeci od principa opozivosti ponude predviđeni Konvencijom rezultat su kompromisa između različitih shvatanja koja u tom pogledu usvajaju evropsko-kontinentalno i anglosaksonsko pravo i kao takva predstavljaju osnov za različita tumačenja, pre svega u pogledu odnosa između čl. 16 st. 2 tačka a i čl. 16 st. 2 tačka b Konvencije. U tim okvirima, pre svega se postavlja sledeće pitanje: ako je u ponudi označeno da je neopoziva, putem određenja roka za njeno prihvatanje ili na drugi način, nejasno je zašto bi „razumno uverenje“ ponuđenog o neopozivosti ponude uopšte bilo dovedeno u pitanje. Odgovor je, čini se, potrebno tražiti u principu *common law* sistema prema kome ponuda može biti opozvana uvek, čak i onda kad je u ponudi određen rok za prihvatanje, o čemu je bilo reči u prethodnim izlaganjima. U tom smislu, prilikom izrade Konvencije, predstavnici *common law* sistema bili su skloni da „jezik *civil law* sistema čitaju na *common law* način“, ističući da čak i kad je u ponudi određen rok za njeno prihvatanje to, samo po sebi, ponudu ne čini neopozivom, te da utvrđenje da li je ponuda opoziva ili neopoziva ne zavisi od određenja roka za njeno prihvatanje.¹⁸² Polazeći od toga, u komentarima Konvencije zabeležen je i stav prema kome je pravilo iz čl. 16 st. 2 tačka a namenjeno pravniciima iz *civil law* sistema, a pravilo iz čl. 16 st. 2 tačka b – pravniciima iz *common law* sistema.¹⁸³ Ovaj pristup, međutim, nije prihvaćen od strane radne grupe za izradu Konvencije.¹⁸⁴

U pokušaju objašnjenja odnosa između pomenutog pravila i pravila Konvencije o određenju roka za prihvatanje ponude, komentatori Konvencije naglašavaju da je ovde potrebno razlikovati dva slučaja. Kad je ponudilac u ponudi odredio rok za njeno prihvatanje, primenjuje se čl. 16 st. 2 tačka a Konvencije, pri čemu je pitanje „razumnog verovanja“ ponuđenog po pravilu bez pravnog značaja, što je za pravnike sa prostora evropsko-kontinentalnog pravnog sistema logično rešenje.

¹⁸⁰ V. F. Ferrari, „Article 16“, op. cit., 259 i tamo navedeni autori.

¹⁸¹ Više, U. G. Schroeter, „Article 16“, op. cit., 325.

¹⁸² G. Eörsi, „Article 16“, op. cit., 157.

¹⁸³ G. Eörsi, „Article 16“, *ibidem*.

¹⁸⁴ V. G. Eörsi, „Article 16“, *ibidem*.

S druge strane, ukoliko se u konkretnom slučaju namera ponudioca da bude obavezan ponudom ne može sa sigurnošću utvrditi bilo zato što je značaj određenja roka za prihvatanje ponude sporan ili zato što taj rok uopšte nije određen, primena pravila iz čl. 16 st. 2 tačka b Konvencije nalazi svoje mesto.¹⁸⁵

Iako se ovaj pristup čini prihvatljivim, rešenju Konvencije iz čl. 16 st. 2 može se uputiti ozbiljna kritika. Insistiranje na kompromisu između *civil law* i *common law* sistema „po svaku cenu“ rezultiralo je nejasnim rešenjem koje ostavlja prostor za različita tumačenja, a time i pravnu nesigurnost u pogledu pitanja na koje se rešenje odnosi. Umesto preciznih i nedvosmislenih pravila o pitanju opozivosti ponude, Konvencija je prihvatila rešenje čija pravilna primena od strane sudija i arbitara zahteva njihovo detaljno upoznavanje sa stavovima doktrine (koji mogu biti različiti) i prethodne sudske prakse (koja može biti neujednačena, posebno u zavisnosti od toga da li dolazi sa prostora evropsko-kontinentalnog ili pak, anglosaksonskog prava). Ovo tim pre ako se ima u vidu činjenica da su subjekti koji zaključuju ugovore o međunarodnoj prodaji robe poslovni ljudi koji zaključenju ugovora pristupaju sa aspekta svojih praktičnih potreba, a ne sa staništa pravila Bečke konvencije. Prema tome, ukoliko su se redaktori Konvencije načelno prihvatili princip opozivosti ponude uz odstupanje od ovog principa u slučaju kad je u njoj naznačeno da je neopoziva, čini se da su se mogli opredeliti za jednu od dve opcije: 1) izuzetak od principa opozivosti ponude ograničiti na slučaj u kome je u ponudi naznačeno da je neopoziva, bilo time što je određen rok za prihvatanje ili na drugi način (čl. 16 st. 2 tačka 1), bez unošenja pravila o „razumnom verovanju“ ponuđenog o neopozivosti ponude (čl. 16 st. 2 tačka 2), te tumačenje izjava i ponašanja strana u konkretnom slučaju „prepuštiti“ pravilima iz čl. 8 Konvencije; b) zadržati pravilo iz čl. 16 st. 2 tačka 2 uz preciziranje da se ono primenjuje tek ukoliko se namera ponudioca da bude obavezan ponudom ne može sa sigurnošću utvrditi. Najzad, briga redaktora i pojedinih komentatora Konvencije o tome kako će pravnici sa prostora *common law* sistema tumačiti pravilo Konvencije o neopozivosti ponude u slučaju određenja roka za njeno prihvatanje čini se lišenim osnova polazeći od čl. 7 prema kome značenje pravila Konvencije treba tumačiti autonomno, u kontekstu njenog međunarodnog karaktera, a ne u svetlu kriterijuma koji se u tom pogledu primenjuju u domaćem pravu.¹⁸⁶

Načela UNIDROIT, Načela evropskog ugovornog prava, Nacrt zajedničkog okvira. – Načela UNIDROIT u pogledu pitanja opozivosti ponude prihvataju

¹⁸⁵ U. G. Schroeter, „Article 16“, op. cit., 325–326.

¹⁸⁶ Detaljno o ovom pitanju, J. S. Perović Vujačić, *Ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, op. cit., 79 i dalje.

rešenje identično rešenju Bečke konvencije (čl. 2.1.4).¹⁸⁷ Pravila o opozivosti ponude usvojena u Načelima evropskog ugovornog prava (čl. 2:202)¹⁸⁸ i Nacrtu zajedničkog okvira (II-4:202), i pored nešto različite formulacije, takođe u celini korespondiraju rešenju Bečke konvencije.

Komparacija sa Zakonom o obligacionim odnosima. – U Zakonu o obligacionim odnosima pravna dejstva ponude sadržana su u čl. 36 Zakona koji predviđa: „(1) Ponudilac je vezan ponudom izuzev ako je svoju obavezu da održi ponudu isključio, ili ako to isključenje proizilazi iz okolnosti posla. (2) Ponuda se može opozvati samo ako je ponuđeni primio opoziv pre prijema ponude ili istovremeno sa njom“.¹⁸⁹ Iz ovog pravila proizilazi da se Zakon opredeljuje za princip neopozivosti ponude, a to znači da je ponudilac obavezan da ponudu održi za određeno vreme i da će ugovor biti zaključen ako ponuđeni prihvati ponudu. Vreme tokom kog je ponudilac vezan ponudom zavisi od dva pitanja: da li je ponudilac odredio rok za prihvatanje ponude i b) da li se ponuda čini između prisutnih ili odsutnih lica¹⁹⁰.¹⁹¹ Obaveza ponudioca da ponudu održi neće postojati ako je sâm ponudilac tu obavezu isključio¹⁹² ili ako takvo isključenje proizilazi iz prirode posla.¹⁹³ S druge strane, ponudilac može ponudu lišiti pravnog dejstva putem opoziva ponude, ukoliko izjavu o opozivanju ponude uputi ponuđenom tako da je ponuđeni primi pre ili bar istovremeno sa ponudom. Opoziv ponude koji je ponuđenom stigao posle prijema ponude je neblagovremen i ne proizvodi pravno dejstvo, što znači da neće sprečiti nastanak ugovora ako ponuđeni prihvati ponudu.¹⁹⁴

Čak i letimičan pogled na pravila Zakona o obligacionim odnosima o opozivosti ponude dovoljan je da ukaže na suštinske razlike između rešenja ovog Zakona i onog koje u tom pogledu usvajaju izvori uniformnog ugovornog prava. Dok Bečka

¹⁸⁷ Komentar ovog pravila, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, op. cit., 40–42.

¹⁸⁸ Komentar ovog pravila, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 159–163.

¹⁸⁹ Komentar čl. 36, Mladen Draškić, „Član 36“ u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*, 85–87; B. Vizner, op. cit., 181–183. Detaljno o ovom pitanju, M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 232–238.

¹⁹⁰ V. čl. 37 i čl. 40 Zakona o obligacionim odnosima.

¹⁹¹ Više, S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 273–274.

¹⁹² O rezervi ponudioca u predlogu za zaključenje ugovora, J. Perović, *Međunarodno privredno pravo*, op. cit., 228–230.

¹⁹³ Isključenje neopozivosti ponude može proizilaziti i iz prethodne prakse između strana, na primer ako je ponudilac u prethodnim poslovnim odnosima redovno zadržavao pravo na opoziv ponude (M. Draškić, „Član 36“, op. cit., 86).

¹⁹⁴ V. S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 272–273.

konvencija i ostali analizirani međunarodni dokumenti načelno prihvataju princip opozivosti ponude, Zakon o obligacionim odnosima se opredeljuje za princip neopozivosti. Rešenje usvojeno u uniformnim pravilima potrebno je posmatrati u svetlu njihovog međunarodnog karaktera i u tom smislu nastojanja za postizanjem kompromisa između nacionalnih pravnih sistema koji prihvataju različite pristupe u tom pogledu. Ovo rešenje, kao rezultat pomenutog kompromisa, bilo je predmet kritičke analize u prethodnim izlaganjima.

III. SADRŽINA IZJAVE O PRIHVATANJU PONUDE

Opšti pogled

Prihvatanje ponude predstavlja jednostranu izjavu volje ponuđenog upućenu ponudiocu kojom on izražava pristanak na učinjenu ponudu. Prihvatanjem ponude ugovor je zaključen. Kako su ponuda i njeno prihvatanje komplementarni akti koji dovode do zaključenja ugovora, izjava o prihvatanju ponude mora da izražava pristanak na sve ono što čini sadržinu ponude.¹⁹⁵ Drugim rečima, da bi prihvatanje ponude doveo do zaključenja ugovora,¹⁹⁶ ponuđeni u njemu mora izraziti saglasnost sa *bitnim elementima* ugovora čije se zaključenje predlaže.¹⁹⁷ U okviru opštih pravila o sadržini izjave o prihvatanju ponude poseban značaj ima pitanje razgraničenja između izjave o prihvatanju ponude koja dovodi do zaključenja ugovora i izjave o prihvatanju sa predlogom da se ponuda izmeni, koja se po pravilu smatra odbijanjem ponude i protivponudom koju ponuđeni čini prvobitnom ponudiocu.

Dalja izlaganja posvećena su analizi pravila koja se odnose na sadržinu izjave o prihvatanju ponude usvojenim u izvorima uniformnog ugovornog prava uz njihovu komparaciju sa odgovarajućim pravilima srpskog Zakona o obligacionim odnosima.

Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji. – U Bečkoj konvenciji, opšte pravilo o prihvatanju ponude sadržano je u čl. 18 st. 1, prema kome: „Izjava ili drugo ponašanje ponuđenog koje ukazuje na saglasnost s ponudom smatra se prihvatanjem. Čutanje ili nečinjenje, sami po sebi, ne znače prihvatanje“.¹⁹⁸

¹⁹⁵ V. S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 276.

¹⁹⁶ Detaljno o prihvatanju ponude, M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 314–391.

¹⁹⁷ Za prihvatanje ponude koje dovodi do zaključenja ugovora, pored sadržine izjave o prihvatanju, značajan je i čitav niz drugih pitanja čija bi analiza izlazila iz okvira potreba ovog rada. Sveobuhvatna analiza pitanja relevantnih za prihvatanje ponude, S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 276 i dalje; M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, *ibidem*.

¹⁹⁸ St. 2 i 3 ovog člana odnose se na pitanje trenutka od koga prihvatanje ponude proizvodi dejstvo. Komentar čl. 18 Konvencije, Ulrich G. Schroeter, „Article 18“ u *Schlechtriem & Schwenzler*

Prema ovom pravilu, prihvatanje ponude mora izražavati *saglasnost* ponuđenog sa ponudom. Izjava o prihvatanju mora biti takva da se iz nje vidi namera ponuđenog da bude obavezan ponudom¹⁹⁹ i uslovima koji su u njoj sadržani (*animus contrahendi*).²⁰⁰ U tom smislu, sâma potvrda prijema ponude, izrazi zahvalnosti za učinjenu ponudu ili pokazivanje interesovanja za nju ne smatraju se prihvatom ponude.²⁰¹ Kako prihvatanje ponude dovodi do zaključenja ugovora, ono ne može biti uslovno niti nakon njega može biti preduzet neki novi akt od strane ponudioca ili ponuđenog. Pored toga, saglasnost ponuđenog mora se odnositi na uslove ponude i u načelu ne može sadržati nove predloge u pogledu tih uslova od strane ponuđenog. Inače, izjava o prihvatanju ponude može biti na jeziku različitom od jezika ponude, u njoj se ne mora koristiti specifična terminologija niti mora biti upotrebljen termin „privatanje ponude“.²⁰²

Pravilo iz čl. 18 st. 1 Konvencije predviđa da prihvatanje ponude, pored izjave, može biti učinjen i putem „drugog ponašanja“ ponuđenog koje ukazuje na njegovu saglasnost sa ponudom. Tako, ponuđeni može poslati robu,²⁰³ platiti cenu²⁰⁴ ili preduzeti neku drugu radnju,²⁰⁵ za koju se, putem pravila tumačenja iz čl. 8 Konvencije, može utvrditi da ukazuje na saglasnost ponuđenog sa ponudom.

Commentary, 2016, 268–312; Franco Ferrari, „Article 18“ u *Commentary*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, 2018, 268–283; Edgar Allan Farnsworth, „Article 18“ u *Commentary*, C. M. Bianca, M. J. Bonnell, 1987, 163–174; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 166–176; J. O. Honnold, op. cit., 172–181.

¹⁹⁹ U tom smislu, v. odluku nemačkog suda *Bundesgerichtshof* od 25.03.2015. (*Replacement parts for ships*), CISG-online 2588.

²⁰⁰ V. U. G. Schroeter, „Article 18“, op. cit., 333 gde se gde se konstatuje: „The statement of acceptance must express the offeree’s assent to the offer, ie an intention to be bound by it and its terms“. U istom smislu, E. A. Farnsworth, „Article 18“, op. cit., 165–166.

²⁰¹ V. E. A. Farnsworth, „Article 18“, op. cit., 166. Stavovi sudske prakse u tom pogledu, U. G. Schroeter, „Article 18“, *ibidem*.

²⁰² Više o izjavi o prihvatanju ponude prema čl. 18 st. 1 Konvencije, U. G. Schroeter, „Article 18“, op. cit., 333.

²⁰³ V. na primer odluku austrijskog suda *Oberster Gerichtshof* od 31.08.2005. (*Tantalum powder*), CISG-online 1093 i odluku nemačkog suda *Oberlandesgericht Dresden* od 10.11.2006. (*Meat*), CISG-online 1625.

²⁰⁴ V. na primer odluku belgijskog suda *Rechtbank van Koophandel, Tongeren* od 25.01.2005. (*Steel*), CISG-online 1106 i odluku nemačkog suda *Oberlandesgericht Jena* od 27.08.2008. (*Laser system MEL 70 G-Scan*), CISG-online 1820.

²⁰⁵ Te radnje se mogu sastojati i iz priprema za izvršenje ugovora, na primer kad prodavac započne proizvodnju robe ili nabavi materijale potrebne za proizvodnju, kad kupac preduzme radnje u pravcu isplate cene ili pošalje prodavcu nacрте potrebne za izradu robe i sl. Stavovi sudske prakse u tom pogledu, U. G. Schroeter, „Article 18“, op. cit., 336–337.

Najzad, Konvencija sadrži izričito određenje da ćutanje ili nećinjenje ponuđenog, sami po sebi, ne znače prihvatanje ponude. Ponudilac ne može isključiti ovo pravilo Konvencije navođenjem u ponudi da će se ćutanje ponuđenog smatrati prihvatanjem ponude.²⁰⁶ Ipak, u komentarima Konvencije se ističe da iz formulacije prema kojoj ćutanje ili nećinjenje ponuđenog „sami po sebi“ ne znače prihvatanje ponude proističe da bi to ćutanje moglo značiti prihvatanje ponude u određenim okolnostima, pre svega onda kad to proističe iz običaja ili prakse koju su strane međusobno ispostavile.^{207, 208}

Opšte pravilo Konvencije o prihvatanju ponude iz čl. 18 st. 1 precizirano je u čl. 19 u kome je učinjen pokušaj razgraničenja između prihvatanja ponude s jedne i protivponude s druge strane u slučaju kad se izjavom o prihvatanju na izvestan način modifikuje ponuda.²⁰⁹

U tom smislu, Konvencija na prvom mestu predviđa: „Odgovor na ponudu koji ukazuje na prihvatanje, a koji sadrži dodatke, ograničenja ili druge izmene je odbijanje ponude i predstavlja protivponudu“ (čl. 19 st. 1).²¹⁰ Reč je o klasičnom pravilu *consensus ad idem*²¹¹ prema kome izjava o prihvatanju ponude mora da izražava pristanak ponuđenog na sve ono što čini sadržinu ponude, pa se izjava u kojoj ponuđeni predlaže izvesne dodatke, ograničenje ili druge izmene, ne smatra prihvatom ponude, već protivponudom koju ponuđeni čini ponudiocu.²¹²

Ipak, zahtevi pravila iz čl. 19 st. 1 Konvencije nekad se čine suviše strogo postavljenim sa stanovišta realnosti poslovne prakse u kojoj se dešava da ponuđeni

²⁰⁶ V. E. A. Farnsworth, „Article 18“, op. cit., 167; U. G. Schroeter, „Article 18“, op. cit., 339; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 168.

²⁰⁷ U smislu čl. 8 st. 2 i čl. 9 Konvencije.

²⁰⁸ V. E. A. Farnsworth, „Article 18“, *ibidem*; U. G. Schroeter, „Article 18“, *ibidem*; F. Ferrari, „Article 18“, 274; V. Heuzé, op. cit., 164–165; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 167–168.

²⁰⁹ Komentar čl. 19 Konvencije, Ulrich G. Schroeter, „Article 19“ u *Schlechtriem & Schwenzer Commentary*, 2016, 350–372312; Franco Ferrari, „Article 19“ u *Commentary*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, 2018, 284–299; Edgar Allan Farnsworth, „Article 19“ u *Commentary*, C. M. Bianca, M. J. Bonell, 1987, 175–184; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 177–186; J. O. Honnold, op. cit., 182–192.

²¹⁰ Pravilo je, sa manjim izmenama u formulaciji, preuzeto iz čl. 7 Haškog jednoobraznog zakona o zaključivanju ugovora o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari – ULFIS.

²¹¹ Ovo pravilo se u *common law* sistemu označava kao „slika u ogledalu“ (*mirror image rule*) s obzirom da zahteva da izjava o prihvatanju ponude predstavlja „ogledalo“ ponude. Ovaj termin široko je prihvaćen i od strane komentatora Bečke konvencije. V. B. Audit, op. cit., 68; F. Ferrari, „Article 19“, op. cit., 285; E. A. Farnsworth, „Article 19“, op. cit., 178; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 177.

²¹² Primena ovog pravila došla je do izražaja u velikom broj sudskih odluka. V. F. Ferrari, „Article 19“, *ibidem*.

predloži određene izmene manjeg značaja koje suštinski ne utiču na njegovu generalnu saglasnost sa uslovima ponude.²¹³ Iz tih razloga, Konvencija u odnosu na pomenuto pravilo predviđa izvesno odstupanje i izražava ga na sledeći način: „Međutim, odgovor na ponudu koji ukazuje na prihvatanje ali koji sadrži dopunske ili različite uslove koji suštinski ne menjaju uslove ponude predstavlja prihvatanje, izuzev ako ponudilac bez neopravdanog odlaganja stavi prigovor na razlike usmeno ili pošalje obavještenje u tom smislu. Ako on tako ne postupi, ugovor je zaključen prema sadržini ponude sa izmenama koje se nalaze u prihvatanju“ (čl. 19 st. 2). Ovo pravilo, prethodno sadržano u ULFIS-u²¹⁴ bilo je povod oštih rasprava i podeljenih mišljenja kako tokom izrade Haških zakona, tako i u okviru priprema Bečke konvencije.²¹⁵ Osnovni povod nesuglasica u tom pogledu odnosio se na teškoće razgraničenja između „suštinskih“ i „nesuštinskih“ izmena.²¹⁶ U tom smislu, isticana su mišljenja da ova odredba Konvencije stvara osnov za pravnu nesigurnost u međunarodnim transakcijama i vodi različitim tumačenjima od strane sudova u pogledu utvrđenja pitanja da li određena izmena „suštinski“ menja uslove ponude ili ne^{217,218}

U cilju jasnijeg razgraničenja između izjave koja se smatra prihvatanjem ponude i one koja predstavlja protivponudu, Konvencija u čl. 19 st. 3 predviđa dopunske ili različite uslove za koje se smatra da suštinski menjaju uslove ponude. Prema ovom pravilu: „Dopunski ili različiti uslovi koji se odnose, između ostalog, na cenu, plaćanje, kvalitet i količinu robe, mesto i vreme isporuke, obim odgovornosti jedne ugovorne strane u odnosu na drugu ili na rešavanje sporova, smatraće se da suštinski menjaju uslove ponude“. Putem ove odredbe, postavljena je granica između prihvata ponude i protivponude u pogledu klauzula koje se najčešće

²¹³ Prilikom primene ovog pravila, sudovi su razvili različite tehnike ublažavanja njegove strogosti. Više o tome, E. A. Farnsworth, „Article 19“, *ibidem*.

²¹⁴ ULFIS, čl. 7.

²¹⁵ V. U. G. Schroeter, „Article 19“, op. cit., 351–352; E. A. Farnsworth, „Article 19“, op. cit., 175–180; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 178–179.

²¹⁶ Tako na primer, delegacija Jugoslavije je u kontekstu čl. 19. st. 2 Bečke konvencije predložila da se učini pokušaj određenja pojma „suštinskih izmena“. Više o tome, J. Vilus, op. cit., 69.

²¹⁷ K. H. Neumayer, C. Ming, *ibidem*.

²¹⁸ Detaljna tumačenja pojmova iz čl. 19 st. 2 mogu se naći u pojedinim komentarima Konvencije. U tim okvirima, ističe se da se „dodatnim uslovima“ smatraju oni elementi koji nisu sadržani u ponudi ali proističu iz prakse uspostavljene između strana ili običaja koji obavezuje strane u smislu čl. 9 Konvencije, kao i oni koji prečutno proizilaze iz ponude. S druge strane, odgovor na pitanje da li konkretan dodatni ili različit uslov predstavlja „suštinsku izmenu“, treba tražiti u okolnostima slučaja, a u svetlu uslova predviđenih u čl. 19. st. 3 Konvencije. U tom smislu, F. Ferrari, „Article 19“, op. cit. 289.

unose u ugovor o međunarodnoj prodaji robe.²¹⁹ U tim okvirima, sudska praksa je kao „suštinske“ ocenila i klauzule koje se odnose na promene u ceni, zahtev za avansnim plaćanjem ili plaćanjem putem dokumentarnog akreditiva, izmene u uslovima isporuke, mestu ili vremenu isporuke, vrstu robe, povećanje ili smanjenje njene količine, kao i klauzulu o ograničenju odgovornosti, arbitražnu klauzulu i sl.²²⁰ Prema stavu koji preovlađuje u doktrini²²¹ i sudskoj praksi,²²² pomenuto pravilo sadrži *oborivu* pretpostavku o tome da se navedenim izmenama suštinski menjaju uslovi ponude. U tom smislu, moguće je da klauzule predviđene u čl. 19 st. 3 Konvencije budu smatrane izmenama kojima se uslovi ponude suštinski ne menjaju ako na to ukažu okolnosti konkretnog slučaja, praksa uspostavljena između strana, prethodni pregovori ili običaj.²²³ Pitanje je od značaja pre svega zbog tereta dokazivanja koji je na onoj strani koja tvrdi da je ugovor zaključen. Ova strana treba da dokaže da su izmene u konkretnom slučaju bile takve da nisu „suštinski“ izmenile uslove ponude.²²⁴

Posebno pitanje u kontekstu zaključenja ugovora odnosi se na slučaj u kome se svaka strana poziva na svoje opšte uslove koji se međusobno razlikuju. U takvom slučaju, razlika između ponude i prihvatanja ponude proističe iz sadržine opštih uslova. U doktrini se ova situacija označava kao problem „konkurencije opštih uslova“²²⁵ (engl. *battle of forms*). Ovo pitanje, iako intenzivno diskutovano tokom izrade Konvencije,²²⁶ nije obuhvaćeno njenim pravilima. U doktrini su u tom pogledu izražavana različita stanovišta: prema jednom, ovaj problem treba rešavati u svetlu pravila iz čl. 19 Konvencije, dok prema drugom, rešenje treba tražiti u relevantnim pravilima merodavnog

²¹⁹ Pomenute klauzule navedene su *exempli causa*, što jasno proističe iz termina „između ostalog“.

²²⁰ Odgovarajuće sudske odluke navedene su u U. G. Schroeter, „Article 19“, op. cit., 355–356.

²²¹ V. na primer F. Ferrari, „Article 19“, op. cit., 289 i tamo navedeni autori; U. G. Schroeter, „Article 19“, op. cit., 356; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 181.

²²² V. na primer odluku švajcarskog suda *Bundesgericht* od 05.04.2005. (*Triethylenetetramine*), CISG-online 1012. Analiza sudskih odluka u pogledu ovog pitanja, C. Witz, op. cit., 59–61.

²²³ V. F. Ferrari, „Article 19“, op. cit., 290, gde se u tom smislu navodi odluka Vrhovnog suda Austrije *Oberster Gerichtshof* od 20.03.1997. (*Monoammonium phosphate*), CISG-online 269.

²²⁴ V. U. G. Schroeter, „Article 19“, op. cit., 357; F. Ferrari, „Article 19“, *ibidem*.

²²⁵ Detaljna analiza ovog pitanja u ugovornom pravu uopšte, Slobodan Vukadinović, *Opšti uslovi poslovanja u obligacionom i međunarodnom trgovinskom pravu: pojam, zaključenje, tipične klauzule i kontrola*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu, Beograd, 2019, 203 i dalje, dostupno na: <http://union.edu.rs/wp-content/uploads/2019/08/SV-PhD.pdf>, 27.11.2021.

²²⁶ Više o tome, U. G. Schroeter, „Article 19“, op. cit., 364–365; F. Ferrari, „Article 19“, op. cit., 292; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 184.

domaćeg prava.²²⁷ Ipak, polazeći od činjenice da je zaključenje ugovora izričito regulirano Konvencijom, te da iz stavova izraženih tokom njene pripreme na Diplomatskoj konferenciji u Beču (*travaux préparatoires*) proizilazi da nije reč o pitanju koje je prepušteno pravilima merodavnog domaćeg prava,²²⁸ u komentarima Konvencije široko je prihvaćen stav da problem konkurencije opštih uslova treba rešavati na osnovu pravila iz čl. 19 Konvencije.²²⁹ Prema ovom pristupu, u slučaju kad ponuda upućuje na opšte uslove, a ponuđeni odgovori na ponudu pozivajući se na sopstvene opšte uslove, potrebno je, kao i u svakom drugom slučaju, utvrditi da li odgovor na ponudu sadrži dopunske ili različite uslove koji suštinski menjaju ponudu. Ako to nije slučaj, tj. ako razlike između opštih uslova ponudioca i ponuđenog nisu suštinskog karaktera, ugovor je zaključen, a njegova sadržina određuje se prema opštim uslovima ponudioca o kojima je postignuta saglasnost i opštim uslovima ponuđenog koji suštinski ne menjaju ponudu. Nasuprot tome, ako su razlike između opštih uslova takve da suštinski menjaju uslove ponude, ugovor ne nastaje.²³⁰

Načela UNIDROIT, Načela evropskog ugovornog prava, Nacrt zajedničkog okvira. – Načela UNIDROIT prihvataju rešenja Bečke konvencije, kako u pogledu opšteg pravila o prihvatanju ponude (čl. 2.1.6 st. 1) tako i kad je reč o izmenama ponude sadržanim u odgovoru na ponudu (čl. 2.1.11).²³¹ Načela ne sadrže pravilo iz čl. 19 st. 3 Bečke konvencije koje predviđa dopunske ili različite uslove za koje se smatra da suštinski menjaju uslove ponude, što je razumljivo s obzirom na to da se pravila Konvencije primenjuju isključivo za ugovor o međunarodnoj prodaji robe, dok se Načela odnose na međunarodne trgovinske ugovore uopšte. Za razliku od Konvencije, Načela UNIDROIT sadrže pravila o pismenoj potvrdi ugovora i konkurenciji opštih uslova. Tako, prema Načelima: „Ako je pismeno koje se smatra potvrdom ugovora koje sadrži dodatne ili različite uslove poslato u razumnom roku posle zaključenja ugovora, takvi uslovi postaju deo ugovora, osim ako suštinski ne menjaju ugovor ili ako ponudilac, bez opravdanog odlaganja, ne izrazi svoje neslaganje sa takvim uslovima“ (čl. 2.1.12).²³² Pitanje konkurencije

²²⁷ V. F. Ferrari, „Article 19“, op. cit., 293 gde se navode autori koji zastupaju jedno ili drugo stanovište.

²²⁸ U smislu čl. 7 st. 2 Konvencije.

²²⁹ V. U. G. Schroeter, „Article 19“, op. cit., 365 i tamo navedeni autori; F. Ferrari, „Article 19“, *ibidem* i tamo navedeni autori. Sa rezervom u tom pogledu, B. Audit, op. cit., 70.

²³⁰ Detaljno, F. Ferrari, „Article 19“, op. cit., 293–295. Nešto drukčiji pristup, V. Heuzé, op. cit., 168.

²³¹ Komentar ovih pravila, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, op. cit., 44–45, 51–52.

²³² Komentar ovog pravila, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, op. cit., 52–54.

opštih uslova Načela rešavaju na sledeći način: „Kada obe strane koriste svoje opšte uslove i postignu sporazum o svemu osim o opštim uslovima, ugovor je zaključen na osnovu odredaba o kojima je postignut sporazum i onih klauzula opštih uslova koje su u suštini zajedničke, osim ukoliko jedna strana ne obavesti jasno unapred ili naknadno ali bez neosnovanog odlaganja, da nema nameru da bude vezana takvim ugovorom“ (čl. 2.1.22).²³³

Opšte pravilo Načela evropskog ugovornog prava o prihvatanju ponude korespondira odgovarajućem pravilu Bečke konvencije, uprkos određenim razlikama u formulaciji. Prema njemu, „Svaka forma izjave ili ponašanja ponuđenog je prihvatanje ponude ukoliko ukazuje na saglasnost sa ponudom. (2) Čutanje ili nečinjenje sami po sebi ne znače prihvatanje“ (čl. 2:204).²³⁴ Isto se odnosi i na odredbe Načela o izmenama ponude sadržanim u odgovoru na ponudu (čl. 2:208 st. 1 i 2). Umesto pravila iz čl. 19 st. 3 Bečke konvencije, Načela sadrže odredbu prema kojoj će se odgovor na ponudu koji sadrži dodatne ili različite uslove smatrati odbijanjem ponude: a) ako ponuda izričito ograničava prihvatanje na uslove iz ponude ili b) ukoliko se ponudilac bez odlaganja usprotivi dodatnim ili različitim uslovima ili c) ukoliko ponuđeni svoje prihvatanje uslovi pristankom ponudioca na dodatne ili različite uslove, a taj pristanak ne stigne ponuđenom u razumnom roku (čl. 2:208 st. 3).²³⁵ Načela, za razliku od Konvencije, uređuju pitanje konkurencije opštih uslova. U tom smislu, Načela predviđaju: (1) „Ako su strane postigle saglasnost, izuzev ako se ponuda i prihvatanje ponude pozivaju na drugačije opšte uslove ugovora, smatra se da je ugovor zaključen. Opšti uslovi predstavljaju sastavni deo ugovora u meri u kojoj su suštinski zajednički. (2) Međutim, ugovor nije zaključen ako jedna strana: a) izjavi unapred izričito, a ne putem opštih uslova, da ne namerava da bude vezana ugovorom na osnovu stava 1; ili b) bez odlaganja obavesti drugu stranu da ne namerava da bude vezana takvim ugovorom. (3) Opšti uslovi ugovora predstavljaju uslove koji su unapred sastavljeni za neodređeni broj ugovora određene vrste i o kojima strane nisu pojedinačno pregovarale“ (čl. 2:209).²³⁶ Nacrt zajedničkog okvira u celini preuzima pomenuta pravila Načela evropskog

²³³ Komentar ovog pravila, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, op. cit., 71–73; S. Vukadinović, op. cit., 224 i dalje.

²³⁴ Komentar ovog pravila, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 169–170.

²³⁵ Komentar ovog pravila, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 177–180.

²³⁶ Komentar ovog pravila, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 177–180; S. Vukadinović, op. cit., 223.

ugovornog prava – opšte pravilo o zaključenju ugovora (II-4:204), pravilo o dodatnim ili različitim uslovima (II-4:208), kao i pravilo o konkurenciji opštih uslova (II-4:209).²³⁷

Komparacija sa Zakonom o obligacionim odnosima. – Prema opštem pravilu Zakona o obligacionim odnosima, ponuda je prihvaćena kad ponudilac primi izjavu ponuđenog da prihvata ponudu. Ponuda je prihvaćena i kad ponuđeni pošalje stvar ili plati cenu, kao i kad učini neku drugu radnju, koja se, na osnovu ponude, prakse utvrđene između zainteresovanih strana ili običaja, može smatrati kao izjava o prihvatanju (čl. 39 st. 1 i 2).²³⁸ Ove odredbe potrebno je posmatrati u svetlu opšteg pravila Zakona o zaključenju ugovora koje predviđa da je ugovor zaključen kad su se ugovorne strane saglasile o bitnim elementima ugovora (čl. 26).²³⁹ U tom pogledu, u doktrini se ističe da je „potrebno da ponuđeni prihvati bitne elemente ugovora koji su u ponudi bili označeni, pod kojima se podrazumevaju ne samo oni elementi bez kojih, po samoj prirodi stvari, ugovor određene vrste ne može nastati, nego i svi drugi elementi kojima su same stranke dale svojstvo bitnih elemenata, a što se tumačenjem ugovora može ustanoviti“.²⁴⁰ Izjava o prihvatanju mora da odgovara sadržini ponude bez obzira da li je učinjena izričito ili prećutno – putem konkludentne radnje i u tom pogledu nema suštinske razlike između ovog pravila Zakona i odgovarajućih rešenja izvora uniformnog ugovornog prava.

S druge strane, za razliku od uniformnih pravila koja se u pogledu ćutanja ponuđenog ograničavaju na formulaciju da „ćutanje samo za sebe ne znači prihvatanje ponude“, Zakon sadrži izričito pravilo o ovom pitanju. U tom smislu, Zakon predviđa da ćutanje ponuđenog ne znači prihvatanje ponude, kao i da je bez pravnog dejstva odredba u ponudi koja predviđa da će se ćutanje ponuđenog ili neko drugo njegovo propuštanje smatrati prihvatom ponude (na primer ako ponuđeni ne odbije ponudu u određenom roku ili ako poslatu stvar o kojoj mu se nudi ugovor ne vrati u određenom roku i sl.). Princip da ćutanje ne znači prihvatanje ponude poznaje dva izuzetka. Prvi se odnosi na slučaj kad ponuđeni stoji u stalnoj poslovnoj vezi sa ponudiocem u pogledu određene robe, smatra se da je prihvatio ponudu koja se odnosi na tu robu ako je nije odmah ili u ostavljenom roku odbio. Drugi izuzetak predviđen je za lica koja se bave

²³⁷ Sa izuzetkom pravila iz čl. 2:209 st. 3 Načela koja sadrže definiciju opštih uslova.

²³⁸ Komentar čl. 39, Mladen Draškić, „Član 39“ u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*, 85–87; B. Vizner, op. cit., 190–193.

²³⁹ Komentar čl. 26, Mladen Draškić, „Član 26“ u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*, 61–64; B. Vizner, op. cit., 111–158.

²⁴⁰ S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 277.

izvršavanjem tuđih naloga. Prema Zakonu, lice koje se ponudilo drugom da izvršava njegove naloge za obavljanje određenih poslova, kao i lice u čiju poslovnu delatnost spada vršenje takvih naloga, dužno je da izvrši dobijeni nalog ako ga nije odmah odbilo. Ako u takvom slučaju ponuda odnosno nalog nije odbijen, smatra se da je ugovor zaključen u trenutku kad je ponuda odnosno nalog stigao ponuđenom.²⁴¹

U pogledu izjave o prihvatanju ponude s predlogom da se izmeni, Zakon izričito predviđa da, ako ponuđeni izjavi da prihvata ponudu i istovremeno predloži da se ona u nečemu izmeni ili dopuni, smatra se da je ponudu odbio i da je sa svoje strane učinio drugu ponudu svom ranijem ponudiocu.²⁴² Za razliku od izvora uniformnog ugovornog prava, Zakon ne predviđa odstupanje koje bi dozvolilo da se izjava koja ukazuje na prihvatanje a koja sadrži dopunske ili različite uslove „nesuštinskog“ karaktera smatra prihvatanjem ponude, što izvesnim autorima daje povoda da ovo rešenje ocene prestrogim, posebno sa stanovišta načela „*in favorem contractus*“.²⁴³ Ipak, prema određenim stavovima, ovde je potrebno uzeti u obzir čl. 26 Zakona prema kome je ugovor zaključen kad su se ugovorne strane saglasile o bitnim elementima ugovora i čl. 32 st. 2 koji predviđa da, ako su ugovorne strane posle postignute saglasnosti o bitnim elementima ugovora ostavile neke sporedne tačke za docnije, ugovor se smatra zaključenim, a sporedne tačke, ako sami ugovarači ne postignu saglasnost o njima, urediće sud vodeći računa o prethodnim pregovorima, utvrđenoj praksi između ugovarača i običajima. Polazeći od toga, potrebno je smatrati da se izmene i dopune koje predlaže ponuđeni mogu odnositi na sporedne tačke, a da unošenje takvih dodataka u izjavu o prihvatanju ponude ne sprečava zaključenje ugovora. U tom smislu, prema ovom stavu, kad je reč o sporednim tačkama, važi pretpostavka da je ugovor zaključen.²⁴⁴

Sve ovo, posmatrano sa stanovišta komparacije sa rešenjima uniformnih pravila o kojima je bilo reči, upućuje na zaključak da pitanje „kvalifikacije“ izjave o prihvatu sa dopunskim ili različitim uslovima, u najvećem broju slučajeva

²⁴¹ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 42. Komentar, Mladen Draškić, „Član 42“ u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*, 100–103; B. Vizner, op. cit., 197–199. Kritička analiza pravila Zakona koja se odnose na izuzetke od principa prema kome ćutanje ne znači prihvatanje ponude (čl. 42. st. 3 i 4), M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, op. cit., 352–362.

²⁴² Zakon o obligacionim odnosima, čl. 41. Komentar, Mladen Draškić, „Član 41“ u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*, 97–100; B. Vizner, op. cit., 196–197.

²⁴³ B. Vizner, op. cit., 196.

²⁴⁴ U tom smislu izjašnjava se M. Orlić u *Zaključenje ugovora*, op. cit., 340–341, s tim što ovaj autor umesto termina „sporedne tačke“, upotrebljava izraz „potpuno nebitne tačke“.

zavisi od *tumačenja* odgovarajućeg pravila u svetlu okolnosti svakog konkretnog slučaja. Ovo se odnosi kako na rešenje Bečke konvencije (čl. 19 st. 2 i 3)²⁴⁵ za koje se pokazalo da, uprkos tome što pomenuto pitanje bliže uređuje, brojna pitanja ostavlja spornim, tako i na Zakon o obligacionim odnosima koji ne sadrži dalja preciziranja pravila o izmenjenom prihvatu. Ipak, čini se da bi sa stanovišta potreba pravne sigurnosti unošenje dodatnih pravila o ovom pitanju u Zakon o obligacionim odnosima bilo poželjno, pre svega u vidu opšte smernice za postupanje sudova. Upravo taj pristup usvojen je u Prednacrta Građanskog zakonika Srbije, u kome su predložene odgovarajuće dopune čl. 41 Zakona o obligacionim odnosima.²⁴⁶

Zakon o obligacionim odnosima ne sadrži pravilo o konkurenciji opštih uslova. Polazeći od značaja ovog pitanja za zaključenje ugovora u privredi i njegove učestalosti u poslovnoj praksi, potreba njegovog zakonskog uređenja čini se nespornom. Kao polazni osnov u tom pogledu mogu se uzeti rešenja usvojena u Načelima UNIDROIT i Načelima evropskog ugovornog prava o kojima je bilo reči u prethodnim izlaganjima.

IV. VREME ZAKLJUČENJA UGOVORA

Opšti pogled

Utvrđenje vremena zaključenja ugovora značajno je iz više razloga. Tako, od trenutka zaključenja ugovora ugovor počinje da proizvodi pravna dejstva i počinju da teku rokovi za izvršenje ugovornih obaveza i rokovi zastarelosti. Prema trenutku zaključenja ugovora ceni se sposobnost ugovaranja ugovornih strana. Od trenutka zaključenja ugovora zavisi vremenski period u kome se može učiniti opoziv izjave o prihvatanju ponude, kao i odgovor na pitanje koja strana snosi rizik ako izjava o prihvatanju ponude ne stigne ponudiocu ili ako je stigla sa docnjom bez krivice bilo koje strane. U slučaju sukoba zakona u vremenu, na ugovor se primenjuje zakon koji je bio na snazi u trenutku

²⁴⁵ Isto se odnosi i na odgovarajuća rešenja ostalih analiziranih izvora uniformnog ugovornog prava.

²⁴⁶ Prema predlogu Prednacrta, postojećem pravilu iz čl. 41 Zakona o obligacionim odnosima dodaju se tri nova stava koja glase: „1) Odgovor na ponudu kojim se ponuda prihvata ali sa dopunama ili izmenama koje je bitnije ne menjaju znači prihvatanje, osim ako ponudilac odmah ne prigovori. (2) Ako tako ne postupi, ugovor će se zaključiti u skladu sa sadržinom izmena koje su navedene u izjavi o prihvatanju. (3) Smatra se da se bitno menja ponuda kad se dopune ili izmene odredbe koje se odnose na cenu, plaćanje, kvalitet ili količinu robe, mesto i vreme isporuke, obim odgovornosti jedne strane u odnosu na drugu“ (čl. 36).

zaključenja ugovora. Ukoliko je u trenutku zaključenja ugovora postojala nemogućnost ispunjenja (inicijalna nemogućnost), npr. propala je individualno određena stvar (faktička nemogućnost) ili je postojala zabrana prometa robe koja je predmet ugovora (pravna nemogućnost) ugovor ne nastaje. Trenutak zaključenja ugovora značajan je prilikom ocene prava na raskid ili izmenu ugovora zbog promjenjenih okolnosti, s obzirom da se ovo pravno sredstvo može upotrebiti samo ukoliko se nastupanje promjenjenih okolnosti nije moglo predvideti u trenutku zaključenja ugovora.²⁴⁷

U slučaju kad se ugovor zaključuje između prisutnih lica, određenje vremena zaključenja ugovora po pravilu ne predstavlja problem s obzirom da u takvom slučaju nema vremenske distance između momenta u kome je ponuda učinjena i momenta njenog prihvata. Međutim, kad se ugovor zaključuje između odsutnih lica, postoji određeni vremenski period između momenta u kome je ponuda učinjena i momenta njenog prihvata, kao i između trenutka u kome je ponudeni prihvatio ponudu i trenutka u kome je ponudilac o tome obavješten. U takvom slučaju postavlja se pitanje određenja trenutka u kome je ugovor zaključen.²⁴⁸ Vreme zaključenja ugovora između odsutnih lica u uporednom pravu je određeno različito,²⁴⁹ u zavisnosti od toga da li konkretan pravni sistem prihvata teoriju prijema ili teoriju otposljanja.²⁵⁰

U daljim izlaganjima učinjen je pogled na pravila o vremenu zaključenja ugovora usvojenim u izvorima uniformnog ugovornog prava uz njihovu komparaciju sa odgovarajućim pravilima srpskog Zakona o obligacionim odnosima.

Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji. – U pogledu vremena zaključenja ugovora Bečka konvencija usvaja teoriju prijema. Opšte pravilo Konvencije prema kome je ugovor zaključen u trenutku prihvatanja ponude u skladu sa odredbama Konvencije (čl. 23) svoj osnov nalazi u čl. 18. st. 2 ovog dokumenta koji predviđa: „Prihvatanje ponude proizvodi dejstvo od trenutka kad izjava o saglasnosti stigne ponudiocu. Prihvatanje će biti bez dejstva ako izjava o saglasnosti ne stigne

²⁴⁷ Više o tome, S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit. 280–281; Mladen Draškić, „Član 31“ u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*, 74–75.

²⁴⁸ V. S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 280; J. Perović, *Međunarodno privredno pravo*, op. cit., 241–242.

²⁴⁹ Komparativno-pravni pregled, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 173–174; *Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun La formation du contrat*, op. cit.

²⁵⁰ Detaljno o teorijama u pogledu trenutka u kome ugovor nastaje – teorija izjave ili emisije, teorija otposljanja ili ekspedicije, teorija saznanja ili informacije, teorija prijema, teorija prema kojoj je odlučna namera strana, S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 281–284.

ponudiocu u roku koji je on odredio ili, ako nije odredio rok, u razumnom roku, vodeći računa o okolnostima posla uključujući brzinu sredstava komunikacije koje je koristio ponudilac. Usmena ponuda mora biti prihvaćena odmah, izuzev ako okolnosti ukazuju na drugačije“. Pri tome, potrebno je imati u vidu pravilo iz čl. 24 Konvencije prema kome se smatra da je ponuda, izjava o prihvatanju ili bilo koje drugo izražavanje namere „stiglo“ primaocu ako mu je saopšteno usmeno ili na drugi način uručeno njemu lično ili predato u njegovom sedištu ili na njegovu poštansku adresu ili, ako nema sedišta, odnosno poštanske adrese, u njegovom redovnom boravištu^{251, 252}

U kontekstu vremena u kome je ponudilac vezan ponudom, pomenuto pravilo razlikuje tri slučaja: kad je ponudilac odredio rok za prihvatanje ponude, kad taj rok nije određen i kad je reč o usmenoj ponudi.

Ukoliko je ponudilac *odredio rok za prihvatanje ponude*, izjava o prihvatanju ponudiocu mora stići u tom roku.²⁵³ Ovaj rok može biti određen predviđanjem konkretnog datuma ili na drugi način (na primer, „najkasnije 14 dana po prijemu ponude“, „dva radna dana“, „sutra na našem otvaranju“ i sl.).²⁵⁴ Neodređene formulacije u pogledu ovog roka (na primer, „vreme potrebno za razmatranje ponude ponude“ „uobičajeno vreme“, „kratko vreme“ i sl.), po pravilu se ne smatraju određenjem roka za prihvatanje i predmet su tumačenja u skladu sa čl. 8 Konvencije.²⁵⁵

S druge strane, ako *rok za prihvatanje ponude nije određen* niti se može odrediti putem tumačenja, primenjuje se standard „razumnog roka“. U komentarima Konvencije ističe se da pri određenju razumnog roka treba imati u vidu vreme potrebno da ponuda stigne ponuđenom, vreme potrebno za razmatranje

²⁵¹ Komentar čl. 24 Konvencije, Ulrich G. Schroeter, „Article 24“ u *Schlechtriem & Schwentzer Commentary*, 2016, 394–415; Franco Ferrari, „Article 24“ u *Commentary*, Kröll/Mistelis/Peralles Viscasillas, 2018, 326–335; Edgar Allan Farnsworth, „Article 24“ u *Commentary*, C. M. Bianca, M. J. Bonell, 1987, 201–204; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 199–205; J. O. Honnold, op. cit., 201–202.

²⁵² O spornom odnosu između ovih pravila i čl. 27 Konvencije u kome je u pogledu pitanja prenosa obaveštenja prihvaćena teorija otposljanja, Jelena Perović Vujačić, „Kako raskinuti ugovor o međunarodnoj prodaji robe? Pogled na rešenje Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe“, *Izazovi u međunarodnom poslovnom pravu i pravu Evropske unije, Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović*, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Udruženje za evropsko pravo, Banja Luka, Kragujevac, 2020, 433–436.

²⁵³ V. odluku nemačkog suda *Landgericht Hamburg* od 26.11.2003. (*Phtalic anhydride*), CISG-online 875.

²⁵⁴ Sudska praksa u tom pogledu, U. G. Schroeter, „Article 18“, op. cit., 342–343.

²⁵⁵ F. Ferrari, „Article 18“, op. cit., 279–280.

ponude od strane ponuđenog i vreme potrebno da prihvati ponudu stigle ponudiodocu.²⁵⁶ Pri određenju vremena koje je potrebno da ponuda stigle ponuđenom odnosno da prihvati ponudu stigle ponudiodocu uzima se u obzir brzina sredstava komunikacije koje je koristio ponudilac.²⁵⁷ U tom smislu, kad je ponuda učinjena putem telefaksa ili elektronskom komunikacijom, to vreme je po pravilu kratko, te se u određenim slučajevima tumačenjem može doći do zaključka o potrebi da se prihvati učini odmah, kao da je u pitanju usmena ponuda.²⁵⁸ Određenje vremena potrebnog za razmatranje ponude od strane ponuđenog zavisi pre svega od prirode i vrste transakcije na koju se ponuda odnosi. Pri tome, mogu se uzeti u obzir različiti faktori kao što su na primer vrsta robe (uključujući pitanje da li je reč o potrošnim ili nepotrošnim stvarima), stabilnost cena, eventualni pregovori sa snabdevačima, podugovaračima ili finansijskim institucijama, potreba pribavljanja dodatnih informacija, kao i svrha radi koje kupac nabavlja robu.²⁵⁹ Dužina razumnog roka za prihvati ponudu u konkretnom slučaju može proisticati i iz običaja koji vezuje strane u smislu čl. 9 Konvencije.²⁶⁰ U suštini, što je ugovor čije se zaključenje predlaže kompleksniji, to će i vreme potrebno za razmatranje ponude biti duže. Prema tome, u pogledu standarda „razumnog roka“ ne može se postaviti opšte i unapred dato pravilo, već se dužina ovog roka mora tumačiti prema okolnostima svakog konkretnog slučaja.²⁶¹

²⁵⁶ Upor. sa čl. 37 Zakona o obligacionim odnosima koji se odnosi na vreme obaveznosti ponude, a prema kome: „Ponuda učinjena odsutnom licu u kojoj nije određen rok za prihvatanje, vezuje ponudiodoca za vreme koje je redovno potrebno da ponuda stigle ponuđenom, da je ovaj razmotri, o njoj odluči i da odgovori o prihvatanju stigle ponudiodocu“.

²⁵⁷ V. K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 171, gde se u tom pogledu konstatuje: „La loyauté commerciale commande à l'acceptant de considérer le moyen de transmission utilisé par l'offrant: en cas de mode de transmission rapide (offre par télécopie), l'acceptant qui choisit une voie lente court le risque que sa déclaration soit considérée comme tardive“.

²⁵⁸ V. prethodno navedenu odluku nemačkog suda *Oberlandesgericht Dresden* od 30.11.2010. (*Lingerie*), CISG-online 2183.

²⁵⁹ Ovi i drugi primeri, U. G. Schroeter, „Article 18“, op. cit., 344; F. Ferrari, „Article 18“, op. cit., 281.

²⁶⁰ F. Ferrari, „Article 18“, *ibidem*.

²⁶¹ V. na primer odluku nemačkih sudova *Landgericht Bielefeld* od 18.01.1991. (*Bacon*), CISG-online 174 u kojoj je ocenjeno da je prihvati ponude za kupovinu šunke dve sedmice nakon prijema ponude učinjen u razumnom roku, odluku *Landgericht Hamburg* od 21.12.2001. (*Natural stones*), CISG-online 1092, gde se, u kontekstu roka za prihvati ponude, utvrđuje da je period od dva meseca od prijema ponude za kupovinu prirodnog kamena suviše dug, kao i već navedenu odluku *Oberlandesgericht Dresden* od 30.11.2010. (*Lingerie*) u kojoj je zauzeto stanovište da se, kad je ponuda učinjena putem elektronske pošte, razumnim rokom može smatrati rok od najviše nedelju dana. Pregled sudske prakse u pogledu ovog pitanja, U. G. Schroeter, „Article 18“, op. cit., 344.

Najzad, ako je rok za prihvatanje određen *usmenom ponudom*, ponuda mora biti prihvaćena u tom roku. Ako ovaj rok nije određen, prema pravilu iz čl. 18 st. 2 Konvencije ponuda mora biti prihvaćena odmah izuzev ako okolnosti ukazuju na drugačije. Te okolnosti mogu se na primer odnositi na prethodne pregovore između ponudioca i ponuđenog, eventualnu potrebu ponuđenog da pribavi dodatne informacije, ovlašćenja ponuđenog za zaključenje ugovora i sl, pri čemu je potrebno da ponuđeni obavesti ponudioca o tim okolnostima.²⁶² Inače, pod usmenom ponudom koju predviđa čl. 18. st. 2 Konvencije podrazumeva se ponuda učinjena između prisutnih lica; ona postoji i u slučaju ponude učinjene telefonom, kao i putem sredstava elektronske komunikacije koja dozvoljava neposrednu komunikaciju između strana.²⁶³ Nasuprot tome, u slučaju kad je izjava učinjena putem sredstva koje ne omogućava neposrednu komunikaciju između ponudioca i ponuđenog (pismo, elektronska pošta i sl.), smatra se da nije reč o usmenoj ponudi.²⁶⁴

Pravilo o trenutku u kome prihvatanje ponude učinjeno putem konkludentnih radnji proizvodi dejstvo predviđeno je u čl. 18 st. 3 Konvencije. Prema njemu, ako na osnovu ponude, prakse koju su strane između sebe uspostavile ili običaja, prihvatanje ponuđenog može biti učinjeno izvršenjem neke radnje, kao što je ona koja se odnosi na isporuku robe ili plaćanje cene, bez obaveštavanja ponudioca, prihvatanje proizvodi dejstvo u trenutku kad je radnja izvršena pod uslovom da je ona izvršena u rokovima predviđenim u čl. 18 st. 2 Konvencije.²⁶⁵

Načela UNIDROIT, Načela evropskog ugovornog prava, Nacrt zajedničkog okvira. – Teorija prijema prihvaćena je i u ostalim međunarodnim dokumentima analiziranim u ovom radu, koji u pogledu vremena zaključenja ugovora usvajaju rešenje Bečke konvencije sa odstupanjima koja su pretežno terminološkog i konceptualnog karaktera. U Načelima UNIDROIT, opšte pravilo u tom pogledu izraženo je rečima da prihvatanje ponude proizvodi dejstvo od trenutka kad izjava o prihvatanju stigne ponudiocu (čl. 2.1.6 st. 2). Načela predviđaju da, ako iz ponude, prakse koju su strane uspostavile ili običaja proističe da prihvatanje ponude može biti učinjeno izvršenjem neke radnje bez obaveštavanja ponudioca, takvo prihvatanje proizvodi dejstva u trenutku kad je radnja izvršena (čl. 2.1.6 st. 3).

²⁶² U. G. Schroeter, „Article 18“, op. cit., 345.

²⁶³ V. F. Ferrari, „Article 18“, op. cit., 282, gde se navodi: „...it is „merely“ necessary that an „indication of assent is possible immediately after the offer has been made“.

²⁶⁴ Više, U. G. Schroeter, „Article 18“, op. cit., 345–346; F. Ferrari, „Article 18“, *ibidem*; K. H. Neumayer, C. Ming, op. cit., 172.

²⁶⁵ Komentar ovog pravila, J. O. Honnold, op. cit., 177–164; E. A. Farnsworth, „Article 18“, op. cit., 170 i dalje; U. G. Schroeter, „Article 18“, op. cit., 346–348.

Ponuda mora biti prihvaćena u roku koji je ponudilac odredio, ili ako rok nije određen, u razumnom roku, vodeći računa o okolnostima posla, uključujući i brzinu sredstava komunikacije koje je koristio ponudilac. Usmena ponuda mora biti prihvaćena odmah, izuzev ako okolnosti ne ukazuju na drugačije (čl. 2.1.7).²⁶⁶ Slično rešenje prihvaćeno je i u Načelima evropskog ugovornog prava (čl. 2:205 i 2:206)²⁶⁷ i Nacrtu zajedničkog okvira (II. – 4:205 i II. – 4:206).

Komparacija sa Zakonom o obligacionim odnosima. – Zakon o obligacionim odnosima opredeljuje se za teoriju prijema, predviđajući da je ugovor zaključen onog časa kad ponudilac primi izjavu ponuđenog da prihvata ponudu.²⁶⁸ U domaćoj doktrini široko je prihvaćen stav prema kome se teorija prijema, posmatrana u komparaciji sa ostalim teorijama koje određuju trenutak zaključenja ugovora, najviše odgovara zahtevu pravne sigurnosti. U tom smislu, profesor Slobodan Perović ističe da teorija prijema „unosí određen stepen izvesnosti u odnose ponudioca i ponuđenog na način što se momenat prijema može bez teškoća ustanoviti i tako odstraniti mogućnost svake sumnje da li je ponudilac saznao za prihvatanje ponude ili ne (što je prisutno kod teorije saznanja) i što, s druge strane, ponuđeni ne može više opozvati svoju izjavu pošto ova stigne ponudiocu“.²⁶⁹

U slučaju prihvatanja ponude putem konkludentne radnje, ugovor nastaje u trenutku izvršenja konkludentne radnje,²⁷⁰ dok je trenutak zaključenja ugovora u okviru izuzetaka od pravila da ćutanje ponuđenog ne znači prihvatanje ponude određen u pravilu Zakona koje se odnosi na pitanje ćutanja ponuđenog,²⁷¹ o čemu je bilo reći u prethodnim izlaganjima.

Kad je reć o vremenu u kome je ponudilac vezan ponudom, Zakon, slično rešenju uniformnih pravila, razlikuje tri slućaja: kad je ponudilac u ponudi odredio

²⁶⁶ Komentar ovih pravila, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, op. cit., 44–47.

²⁶⁷ Komentar ovog pravila, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, op. cit., 171–175.

²⁶⁸ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 31 st. 1. Komentar čl. 31, Mladen Draškić, „Ćlan 31“ u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*, 74–77; B. Vizner, op. cit., 171–175.

²⁶⁹ S. Perović, *Obligaciono pravo*, op. cit., 285. U istom smislu, na primer M. Draškić „Ćlan 31“, op. cit., 75 koji u prednosti ove teorije ubraja i ćinjenicu da se putem nje ćini podela rizika između ponudioca i ponuđenog; svaka strana snosi rizik prenosa svoje sopstvene izjave, kao i B. Vizner, op. cit., 172–173.

²⁷⁰ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 39. st. 2 koji predviđa: „Ponuda je prihvaćena i kad ponuđeni pošalje stvar ili plati cenu, kao i kad ućini neku drugu radnju koja se, na osnovu ponude, prakse utvrđene između zainteresovanih strana ili obićaja, može smatrati kao izjava o prihvatanju“.

²⁷¹ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 42. st. 5.

rok za njeno prihvatanje, kad u taj rok nije određen u ponudi odsutnom licu i kad je ponuda učinjena prisutnom licu.²⁷² Ukoliko je rok za prihvatanje određen od strane ponudioca, ponuda obavezuje ponudioca do isteka tog roka.²⁷³ S druge strane, ako u ponudi učinjenoj odsutnom licu nije određen rok za njeno prihvatanje, ona vezuje ponudioca za vreme koje je redovno potrebno da ponuda stigne ponuđenom, da je ovaj razmotri, o njoj odluči i da odgovor o prihvatanju stigne ponudiocu.²⁷⁴ Najzad, ponuda učinjena prisutnom licu (neposredna ponuda) smatra se odbijenom ako nije prihvaćena bez odlaganja, izuzev ako iz okolnosti proizilazi da ponuđenom priprada izvestan rok za razmišljanje. Zakon pri tome izričito predviđa da se ponuda učinjena telefonom, teleprinterom ili neposrednom radio-vezom smatra kao ponuda prisutnom licu,²⁷⁵ što korespondira rešenju Bečke konvencije o usmenoj ponudi. Naime, iako u samom pravilu čl. 18 st. 2 Konvencije nije sadržano bliže određenje pojma usmene ponude, iz prethodno izloženih komentara Konvencije proističe da se pod usmenom ponudom podrazumeva ponuda učinjena između prisutnih lica koja postoji i u slučaju ponude učinjene telefonom, kao i putem sredstava elektronske komunikacije koja dozvoljava neposrednu komunikaciju između strana.

Pogled na pravila Zakona o obligacionim odnosima o vremenu zaključenja ugovora u njihovoj komparaciji sa odgovarajućim rešenjima izvora uniformnog ugovornog prava upućuje na zaključak da između njih nema suštinskih razlika. Osnovna razlika ogleđa se u tome što Zakon ne prihvata standard „razumnog roka“ koji je u izvorima uniformnog ugovornog prava široko usvojen.²⁷⁶ Ipak, kako iz

²⁷² Zakon o obligacionim odnosima, čl. 37 i čl. 40. Komentar ovih pravila, Mladen Draškić, „Član 37“ i „Član 40“ u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Slobodan Perović*, 87–91 i 94–97; B. Vizner, op. cit., 183–188 i 194–196.

²⁷³ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 37. st. 1. Ako je ponudilac u pismu ili telegramu odredio rok za prihvatanje, smatra se da je taj rok počeo teći od datuma označenog u pismu, odnosno od dana kada je telegram predat pošti (čl. 37. st. 2). U slučaju da pismo nije datirano, rok za prihvatanje ponude teče od dana kada je pismo predato pošti (čl. 37. st. 3).

²⁷⁴ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 37. st. 4.

²⁷⁵ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 40.

²⁷⁶ Standard „razumnosti“ ima značajnu ulogu u Bečkoj konvenciji, pre svega zbog njegove široke zastupljenosti u ovom dokumentu. Tako, ovaj standard sadržan je, na primer, u članovima 8 stav 2 i 16 stav 2 tačka b (razumno oslanjanje), članovima 18 stav 2, 39 stav 1, 48 stav 2, 49 stav 2, 63 stav 1 i 79 stav 4 (razuman rok), članovima 34, 86 stav 2 i 88 stav 2 (nerazumne nepogodnosti i troškovi), članu 38 stav 3 (razumna mogućnost za pregled robe), članu 48 stav 1 (nerazumno odlaganje i nerazumne nepogodnosti), članu 60 tačka a (razumno očekivanje), članu 72 stav 2 (razumno obaveštenje), članu 75 (razuman način i razuman rok), članu 76 stav 2 (razumna zamena), članu 79 stav 1 (razumna očekivanja), članovima 85 i 86 stav 1 (razumne mere), članu 88 stav 1 (nerazumna docnja,

komentara čl. čl. 18. st. 2 Bečke konvencije (čije je rešenje bilo uzor ostalim uniformnim pravilima) proističe da pri određenju „razumnog roka“ treba imati u vidu „vreme potrebno da ponuda stigne ponuđenom, vreme potrebno za razmatranje ponude od strane ponuđenog i vreme potrebno da prihvati ponudu stigne ponudocu“ (o čemu je prethodno bilo reči), čini se da se pomenuta distinkcija svodi na pitanje generalnog pristupa koji Zakon s jedne i uniformna pravila s druge strane usvajaju u pogledu standarda „razumnog lica“.

ZAKLJUČAK

Analiza pravila o zaključenju ugovora koja je u ovom radu učinjena u svetlu rešenja izvora uniformnog ugovornog prava uz njihovu komparaciju sa odgovarajućim pravilima Zakona o obligacionim odnosima upućuje na dva opšta zaključka. Jedan se odnosi na ocenu stepena pravne sigurnosti koji se ostvaruje primenom međunarodnih standarda u oblasti zaključenja ugovora, dok je drugi posvećen zaključnim konstatacijama proisteklim iz komparacije izvora uniformnog ugovornog prava sa Zakonom o obligacionim odnosima u materiji zaključenja ugovora.

Međunarodni standardi u domenu zaključenja ugovora analizirani su pre svega sa stanovišta odgovarajućih pravila Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji, kao jedne od najšire prihvaćenih međunarodnih konvencija u domenu ugovornog prava i najznačajnijeg instrumenta unifikacije prava u ovoj oblasti. Bečka konvencija je ostvarila značajan uticaj na ostale međunarodne dokumente i projekte uniformnog ugovornog prava, kao što su UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora, Načela evropskog ugovornog prava i Nacrt zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo, čija su pravila o zaključenju ugovora takođe bila predmet analize u ovom radu. U tom smislu, Bečka konvencija, svojim prisustvom i ulogom u oblasti prava međunarodne prodaje, značajno

razumno obaveštenje). Prilikom primene ovog standarda, na sudskoj praksi je zadatak da oceni šta se u konkretnom slučaju smatra „razumnim“ (normalnim, prihvatljivim), uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti posla u pitanju. S druge strane, Zakon o obligacionim odnosima u načelu ne prihvata standard „razumnog lica“. U pogledu ponašanja strana u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava, Zakon predviđa da su strane dužne da postupaju sa pažnjom koja se u pravnom prometu zahteva u odgovarajućoj vrsti obligacionih odnosa (pažnja dobrog privrednika odnosno pažnja dobrog domaćina). Kad je reč o izvršavanju obaveza iz profesionalne delatnosti, zahteva se povećana pažnja, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka). U tim okvirima, Zakon posebno predviđa da je strana u obligacionom odnosu dužna da se u ostvarivanju svog prava uzdrži od postupka kojim bi se otežalo izvršenje obaveze druge strane. V. J. Perović Vujačić, *Ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, op. cit., 99–100.

doprinosi prevazilaženju razlika između nacionalnih pravnih sistema, čime se u velikoj meri podstiče i olakšava zaključenje i izvršenje ugovora o prodaji na međunarodnom nivou. Ipak, potrebno je imati u vidu činjenicu da unifikacija prava, sama po sebi, ne dovodi automatski i do povećanja pravne sigurnosti u oblasti u kojoj se ostvaruje. Za ostvarenje višeg stepena pravne sigurnosti u odnosima na koje se Konvencija odnosi, neophodno je da se Konvencija pravilno primenjuje i da se njena pravila tumače na autonoman i uniformni način. Nasuprot tome, neprimena Konvencije od strane sudova u slučaju kad su ispunjeni uslovi za njenu primenu, kao i neadekvatna i neujednačena primena pravila Konvencije vode upravo suprotnom rezultatu, otvarajući put različitim tumačenjima i pravnoj nesigurnosti. S druge strane, analiza učinjena u ovom radu pokazala je da pojedina pravila Konvencije koja se odnose na zaključenje ugovora, posebno ona koja predstavljaju rezultat kompromisa između sistema evropsko-kontinentalne i anglosaksonske pravne tradicije (kao što je na primer pravilo o izuzecima od principa opozivosti ponude iz čl. 16 st. 2 Konvencije), izražavaju nejasna, a nekad i kontroverzna rešenja koja otvaraju prostor za različita tumačenja, a time i pravnu nesigurnost.

Komparacija izvora uniformnog ugovornog prava sa Zakonom o obligacionim odnosima u materiji zaključenja ugovora upućuje na zaključak da između njih postoje brojne sličnosti ali i određene razlike. Na opštem planu, suštinska sličnost u rešenjima ovih dokumenata proizilazi iz činjenice da se Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, koja je poslužila kao izvornik Zakona o obligacionim odnosima, u mnogim rešenjima ugledala na Haške jednoobrazne zakone koji su prethodili Bečkoj konvenciji i kao takvi izvršili snažan uticaj na rešenja Konvencije, koja su kasnije u većoj meri preuzeta od strane ostalih razmatranih izvora uniformnog ugovornog prava. Konkretno sličnosti i razlike u domenu zaključenja ugovora analizirane su sa stanovišta pravila koja se odnose na pregovore, ponudu (sadržina ponude, upućenost ponude određenom licu, opozivost ponude), sadržinu izjave o prihvatanju ponude i vreme zaključenja ugovora. Evo sumarnih zaključaka za svako od pomenutih pravila.

Na osnovu komparacije pravila Zakona o obligacionim odnosima o *pregovorima* sa rešenjima usvojenim u Načelima UNIDROIT, Načelima evropskog ugovornog prava uniformnog ugovornog prava i Nacrtu zajedničkog okvira, ocenjujemo da je, sa stanovišta pravne sigurnosti, adekvatnija formulacija pravila o nesavesnim pregovorima prihvaćena u uniformnim pravilima; ona najpre na opšti način sankcionišu „nesavesno vođenje ili prekid pregovora“ i tim putem ovo pravilo *izričito vezuju* za načelo savesnosti i poštenja, a zatim, *exempli causa*, predviđaju šta se „naročito“ smatra nesavesnim postupanjem tokom pregovora. Nadalje, Zakon o obligacionim

odnosima ne sadrži odredbu o obimu odgovornosti za štetu nastalu nesavesnim vođenjem pregovora. U tom smislu, u okviru eventualnih reformi Zakona o obligacionim odnosima, bilo bi potrebno razmotriti mogućnost da se u odredbe o pregovorima unese pravilo dispozitivne prirode o tome šta obuhvata naknada štete prouzrokovane nesavesnim vođenjem ili prekidom pregovora. U pogledu obaveze poverljivosti koja Zakonom nije izričito predviđena, mišljenja smo da bi predlog koji u tom pogledu sadrži Prednacrt Građanskog zakonika mogao predstavljati osnov za uređenje obaveze poverljivosti.

U kontekstu *sadržine ponude* može se oceniti da je formulacija Zakona prema kojoj ponuda predstavlja predlog koji „sadrži sve bitne sastojke ugovora tako da bi se njegovim prihvatanjem mogao zaključiti ugovor“ preciznija od formulacije usvojene u uniformnim pravilima koja zahteva da je predlog „dovoljno određen“, a koja se može pokazati osnovom za sporne situacije i različita tumačenja. Razlika u odnosu na odgovarajuća rešenja uniformnih pravila ogleda se i u tome što Zakon sadrži izričito pravilo o sporednim tačkama ugovora koje su strane ostavile za kasniji sporazum.

Kad je reč o pitanju *kome se ponuda upućuje*, zahtev Zakona da ponuda bude učinjena *određenom licu* korespondira rešenju usvojenom u Bečkoj konvenciji, Načelima evropskog ugovornog prava i Nacrtu zajedničkog okvira. Pored toga, pravila Zakona koje sadrže definiciju opšte ponude, kao i izričito određenje u pogledu slučajeva izlaganja robe sa označenjem cene i slanja kataloga i oglasa, a koja ne nalazimo u anaziranim uniformnim pravilima, čine precizno razgraničenje između ponude i poziva na ponudu, što je od značaja sa stanovišta pravne sigurnosti.

Pravila Zakona o obligacionim odnosima o *opozivosti ponude* suštinski se razlikuju od onih koja u tom pogledu usvajaju izvori uniformnog ugovornog prava. Dok Bečka konvencija i ostali analizirani međunarodni dokumenti načelno prihvataju princip opozivosti ponude, Zakon se opredeljuje za princip neopozivosti ponude. Rešenje usvojeno u uniformnim pravilima potrebno je posmatrati u svetlu njihovog međunarodnog karaktera i u tom smislu nastojanja za postizanjem kompromisa između nacionalnih pravnih sistema koji prihvataju različite pristupe u tom pogledu. Ovo rešenje, kao rezultat pomenutog kompromisa, bilo je predmet kritičke analize u ovom radu.

U pogledu *sadržine izjave o prihvatanju ponude*, Zakon, za razliku od izvora uniformnog ugovornog prava, ne predviđa odstupanje koje bi dozvolilo da se izjava koja ukazuje na prihvatanje, a koja sadrži dopunske ili različite uslove „nesuštinskog“ karaktera smatra prihvatanjem ponude. U tom pogledu, čini se da bi sa stanovišta potreba pravne sigurnosti unošenje dodatnih pravila o ovom pitanju

u Zakon o obligacionim odnosima bilo poželjno, pre svega u vidu opšte smernice za postupanje sudova, onako kako je to predloženo u Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije. Nadalje, potrebno je konstatovati da Zakon o obligacionim odnosima ne sadrži pravilo o konkurenciji opštih uslova. Polazeći od značaja ovog pitanja za zaključenje ugovora u privredi i njegove učestalosti u poslovnoj praksi, potreba njegovog zakonskog uređenja čini se nespornom. Kao polazni osnov u tom pogledu mogu se uzeti odgovarajuća rešenja usvojena u Načelima UNIDROIT i Načelima evropskog ugovornog prava.

Pogled na pravila Zakona o obligacionim odnosima o *vremenu zaključenja ugovora* u njihovoj komparaciji sa odgovarajućim rešenjima izvora uniformnog ugovornog prava upućuje na zaključak da između njih nema suštinskih razlika, te da srpski sudija prilikom primene rešenja uniformnih pravila neće naići na veća iznenađenja u tom pogledu.

Na osnovu analiziranih sličnosti i razlika između rešenja usvojenih u izvorima uniformnog ugovornog prava s jedne i Zakona o obligacionim odnosima s druge strane, može se zaključiti da Zakon o obligacionim odnosima u najvećoj meri odražava vladajuće međunarodne standarde u oblasti zaključenja ugovora. Uočene razlike u tom domenu više proističu iz same prirode i oblasti primene ovih dokumenata nego iz suštine pristupa pojedinom pitanju. Svaka od tih razlika u radu je posebno analizirana i ocenjena sa stanovišta potreba pravne sigurnosti. Tim putem determinisan je i opšti zaključak: rešenja Zakona o obligacionim odnosima uspešno odgovaraju težnji za ostvarenjem visokog stepena pravne sigurnosti u domenu zaključenja ugovora, ne zatvarajući put autonomiji volje strana koje zaključuju ugovor i podstičući dalju evoluciju prava u ovoj oblasti.

JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ

President of the Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović
Full Professor, Faculty of Economics, University of Belgrade

CONCLUSION OF CONTRACT AND LEGAL CERTAINTY -APPLICATION OF INTERNATIONAL STANDARDS IN SERBIAN CONTRACT LAW-

Summary

The paper addresses the rules governing the conclusion of contract from the aspect of the prevailing international standards in this area and their comparison with the appropriate solutions of the Serbian Law of Obligations. The international standards in the field of conclusion of contracts

have been analysed primarily in the light of the relevant rules of the CISG, as one of the most widely accepted international conventions in the field of contract law, while also giving due consideration to the solutions of other important international documents and projects of uniform contract law, such as UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Principles of European Contract Law and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law. Among the plethora of issues relevant to the conclusion of the contract, the paper places the focus on those which seem most important from the perspective of their comparative analysis with the solutions of the Serbian Law of Obligations: negotiations, offer (contents of the offer, to whom the offer is addressed, revocability of the offer), acceptance of the offer (contents of the statement indicating acceptance of the offer) and the time of conclusion of the contract. Each of these issues has been separately analysed and evaluated in an endeavour to identify those solutions that contribute to achieving a higher degree of legal certainty in the relations arising from the contract conclusion, without standing in the way of party autonomy in this area.

Key words: conclusion of contract, international standards, legal certainty, sources of uniform contract law, Law of Obligations

Literatura

Anson's Law of Contract (ed. by A. G. Guest), 25th (Century) Edition, Clarendon Press Oxford, 1979.

Audit B., *La vente internationale de marchandises Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, L.G.D.J, Paris, 1990.

Beale H., Hartkamp A., Kötz H., Tallon D., *Cases, materials and Text of Contract Law*, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2002.

Ben-Dror Y., „The Perennial Ambiguity of *Culpa in Contrahendo*“, *American Journal of Legal History*, vol. 27, issue 2, 1983.

Bonell M. J., „Article 6“, *Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention* by Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell, Giuffrè, Milan, 1987.

Bortolotti F., *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts A Practical Guide*, ICC International Chamber of Commerce, 2013.

Bucher E., *Law of Contracts, Introduction to Swiss Law*, Chapter 8 (eds. François Dessemonet, Turgul Ansay), Kluwer Law International, 2004.

Butler P., Harindranath A., „Article 55“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) A Commentary* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), Second Edition, C. H. Beck Hart Nomos, 2018.

Cabrillac R., *Droit des obligations*, Dalloz, Paris, 1996.

Chappuis Ch., „La compatibilité du droit suisse des contrats avec les standards internationaux“, *Le contrat dans tous ses états* (sous la direction de François Bellanger *et al.*), Staempfli Editions SA Berne, 2004.

Cigoj S., *Obligacijska razmerja, Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem*, Ljubljana, 1978.

- Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention* by Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell, Giuffrè, Milan, 1987.
- Dabić S., *Dužnost obaveštavanja pri zaključenju ugovora*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 2018. godine.
- Draškić M., *Međunarodno privredno ugovorno pravo*, Beograd, 1990.
- Draškić M., „Član 26“, „Član 30“, „Član 31“, „Član 32“, „Član 33“, „Član 34“, „Član 35“, „Član 36“, „Član 37“, „Član 39“, „Član 40“, „Član 42“, „Član 42“, *Komentar Zakona o obli-gacionim odnosima* (glavni redaktor prof. dr Slobodan Perović), I knjiga, Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Draškić M., Stanivuković M., *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Beograd, 2005.
- Dorđević M., *Obim naknade štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe*, doktor-ska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 2012. godine.
- Dorđević M., „Article 4“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) A Commentary* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), Second Edition, C. H. Beck Hart Nomos, 2018.
- Đurđić T., „Predugovorna odgovornost u nacionalnom i evropskom ugovornom pravu“, *Glasnik prava*, god. 1, br. 2, Kragujevac, 2010.
- Eörsi G., „Article 14“, „Article 16“, „Article 18“, *Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention* by Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell, Giuffrè, Milan, 1987.
- Farnsworth E. A., „Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations“, *Columbia Law Review*, vol. 87, no. 2, 1987.
- Farnsworth E. A., „Article 18“, „Article 19“, *Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention* by Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell, Giuffrè, Milan, 1987.
- Farnsworth E. A., „Ten Questions About Good Faith and Fair Dealing in United States Contract Law“, *AMPLA Yearbook* 2002.
- Farnsworth E. A., „Comparative Contract Law“, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (eds. M. Reimann, R. Zimmermann), Oxford University Press, 2006.
- Ferrari F., „Article 14“, „Article 16“, „Article 18“, „Article 19“, „Article 24“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) A Commentary* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), Second Edition, C. H. Beck Hart Nomos, 2018.
- Flechtner H., „Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality“, *Pace International Law Review*, no. 13, 2001.
- Fontaine M., De Ly F., *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

- Goldštajn A., *Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe u strukturi prava međunarodne trgovine*, Zagreb, 1980.
- Goode R., „The Concept of ‘Good Faith’ in English Law“, *Saggi, Conferenze e Seminari*, Roma, 1994.
- Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun La formation du contrat*, sous la direction et avec un avant-projet de loi commune commentée de René Rodiere, Institut de droit comparé de Paris, Paris, 1976.
- Herre J., „Article 92“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) A Commentary* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), Second Edition, C. H. Beck Hart Nomos, 2018.
- Heuzé V., *La vente internationale de marchandises Droit uniforme, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin*, L.G.D.J, Paris, 2000.
- Honnold J. O., *Uniform Law on International Sales*, Third edition, Kluwer Law International, 1999.
- Jankovec I., „Član 268“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (glavni redaktor prof. dr Slobodan Perović), I knjiga, Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Kessler F., Fine E., „Culpa in contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study“, *Harward Law Review*, vol. 77, no.3, 1964.
- Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (glavni redaktor prof. dr Slobodan Perović), Savremena administracija, Beograd, 1995.
- La réforme du Droit des Contrats, Commentaire article par article, Ordonnance du 10 février 216 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (sous la direction de Thibault Douville), Gualino, 2016.
- Les grands arrêts du droit des obligations* (Édité par Pascal Pichonnaz), Schulthress éditions romandes, 2021.
- Marsh P. D. V., *Comparative Contract Law England, France, Germany*, Gower, 1994.
- Mistelis L., „Article 6“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) A Commentary* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), Second Edition, C. H. Beck Hart Nomos, 2018.
- Mohs F., „Article 55“, *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Fourth Edition (ed. by Ingeborg Schwenger), Oxford University Press, 2016.
- Neumayer K. H., Ming C., *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises Commentaire* (ed. F. Dessemontet), CEDIDAC, Lausanne, 1993.
- Orlić M., *Zaključenje ugovora*, Beograd, 1994.

- Orlić M., „Novije težnje u oblasti predugovorne odgovornosti“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Zbornik radova sa savetovanja pravnika 5–9. jun 2000. u Budvi, Beograd, 2000.
- Orlić M., „Negativni ugovorni interes“, *Pravni život*, br. 9–10, Beograd, 1992.
- Perović Vujačić J. S., *Ugovor o međunarodnoj prodaji robe – Komparativna studija rešenja Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe i Zakona o obligacionim odnosima*, Službeni glasnik, Beograd, 2021.
- Perović Vujačić J. S., „Kako raskinuti ugovor o međunarodnoj prodaji robe? Pogled na rešenje Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe“, *Izazovi u međunarodnom poslovnom pravu i pravu Evropske unije, Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović*, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Udruženje za evropsko pravo, Banja Luka, Kragujevac, 2020.
- Perović J., *Međunarodno privredno pravo*, Beograd, 2020.
- Perović J., Jovanović M., „From Confidentiality to Transparency in Business Contracts Concluded by a Sate“, *Ekonomika preduzeća*, November-December 2018, Beograd, 2018.
- Perović J., „Klauzula poverljivosti u međunarodnim privrednim ugovorima“, *Pravni život*, br.11, Beograd, 2014.
- Perović J, Đorđević M., „Negotiations of Contracts from Perspective of Legal Certainty in International Business Transactions“, *Ekonomika preduzeća*, November-December 2013, Beograd, 2013.
- Perović J., „Pregovori za zaključenje ugovora u međunarodnom poslovnom prometu“, *Pravo i privreda*, br.1–4, Beograd, 2009.
- Perović J., *Bitna povreda ugovora Međunarodna prodaja robe*, Beograd, 2004.
- Perović S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990.
- Perović S., „Osnovna koncepcija Zakona o obligacionim odnosima“, *Predgovor Zakona o obligacionim odnosima*, Službeni glasnik, Beograd, 2010.
- Perović S., „Prirodno pravo i načelo savesnosti i poštenja“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2014.
- Philippe D., „La bonne foi dans la formation du contrat“, „Rapport belge“, *La bonne foi, Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XLIII, Litec, Paris, 1992.
- Popović V., Vukadinović R., *Međunarodno poslovno pravo – posebni deo: Ugovori međunarodne trgovine*, Banjaluka – Kragujevac, 2010.
- Powers P. J., „Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *Journal of Law and Commerce*, no. 18, 1999.
- Prednacrta – Građanski zakonik Republike Srbije, Druga knjiga, Obligacioni odnosi*, Vlada Republike Srbije i Komisija za izradu Građanskog zakonika, Beograd, 2009.
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009.

Principles of European Contract Law, Parts I and II, prepared by the Commission of European Contract Law (eds. Ole Lando and Hugh Beale), Kluwer Law International The Hague/London/Boston, 2000.

Radišić J., *Predugovorna odgovornost*, Beograd, 1991.

Richards P., *Law of Contract*, Financial Times Pitman Publishing, 1999.

Romain J-F., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Des atteintes à la bone foi, en général, et de la fraude, en particulier («Fraus omnia corrumpit»)*, Bruxelles, Brylant, 2000.

Salma J., „Odgovornost za štetu prouzrokovanu nesavesnim vođenjem pregovora Predugovorna odgovornost/Odgovornost za pregovore, culpa in contrahendo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, Novi Sad, 2010.

Samson C., „L’harmonisation du droit de la vente: l’influence de la Convention de Vienne sur l’évolution et l’harmonisation du droit des provinces canadiennes“, *Les Cahiers de droit*, vol. 32, no. 4, 1991.

Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Fourth Edition (ed. by Ingeborg Schwenger), Oxford University Press, 2016.

Schmidt-Szalewski J., „La période précontractuelle en droit français“, *Révue internationale de droit comparé*, 42-2, Année 1990.

Schroeter U. G., „Article 14“, „Article 16“, „Article 18“, „Article 19“, „Article 24“, *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Fourth Edition (ed. by Ingeborg Schwenger), Oxford University Press, 2016.

Schwenger I., Hachem P., Kee C., *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Schwenger I., Hachem P., „Article 4“, „Article 6“, „Article 92“, *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Fourth Edition (ed. by Ingeborg Schwenger), Oxford University Press, 2016.

Summers R. S., „The General Duty of Good Faith – its Recognition and Conceptualization“, *Cornell Law Review*, no. 67, 1982.

Tercier P., *Le droit des obligations*, Schulthess Médias Juridique SA, Genève-Zurich-Bâle, 2009.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil Les obligations*, 6^e éd, Dalloz, Paris, 1996.

Tomić Lj., „Pregovori za zaključenje ugovora o međunarodnoj prodaji robe“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 1/2021, Beograd.

UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) A Commentary (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), Second Edition, C. H. Beck Hart Nomos, 2018.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, UNIDROIT, Rome, 2016.

Vilus J., *Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, Zagreb, 1981.

Vizner B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 1, Zagreb, 1978.

Vukadinović S., *Opšti uslovi poslovanja u obligacionom i međunarodnom trgovinskom pravu: pojam, zaključenje, tipične klauzule i kontrola*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu 2019. godine.

Witz C., *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale Convention des Nations – Unies du 11 avril n1980*, L.G.D.J, Paris, 1995.

PRVA KATEDRA

PRAVO NA ŽIVOT

Život; Zdravlje; Ekologija; Sport

DORĐE ĐORĐEVIĆ

PROGANJANJE KAO VID UGROŽAVANJA PRAVA NA ŽIVOT

Pravo na život, kao osnovno i najznačajnije ljudsko pravo, maksimalno je zaštićeno odredbama našeg krivičnog zakonodavstva. Pored inkriminacija kojima se život čoveka štiti od neposrednih napada i ugrožavanja naš Krivični zakonik poznaje i krivična dela kojima se pravo na život posredno štiti putem zaštite prava na osećanje lične slobode i bezbednosti kao važne komponente ovog prava. U tom kontekstu KZ poznaje i krivično delo proganjanja, uvedeno Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2016. godine. Dok se osnovnim oblikom ovog krivičnog dela pravo na život samo indirektno štiti, teži oblici ovog dela nalaze se u funkciji neposredne zaštite prava na život od ugrožavanja, pa čak i od njegove povrede. Stoga možemo da konstatujemo da uvođenje ovog krivičnog dela predstavlja značajan doprinos jačanju zaštite prava na život u našem krivičnom zakonodavstvu. Ipak da bi ovaj cilj bio u potpunosti ostvaren neophodno je izvršiti određene izmene kod ovog krivičnog dela kojima će se otkloniti izvesne dileme i olakšati njegova primena u praksi.

Ključne reči: pravo na život, krivično zakonodavstvo, Krivični zakonik, krivično delo, proganjanje

Prof. dr Đorđe Đorđević, redovni profesor Kriminalističko-policijskog univerziteta u Beogradu, e-mail: djordje.djordjevic@kpu.edu.rs. Ovaj rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkih projekata koje finansira Ministarstvo nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije: *Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne države* (br. 179051), koji realizuje Pravni fakultet u Beogradu 2011-2020 (rukovodilac projekta prof. dr Đorđe Ignjatović) i *Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija* (br. 179045), koji realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu 2011-2021 (rukovodilac projekta prof. dr Saša Mijalković).

OSEĆANJE LIČNE SIGURNOSTI KAO KOMONENTA PRAVA NA ŽIVOT

Mnogo puta je rečeno da je pravo na život osnovno ljudsko pravo, pravo čije poštovanje i zaštita predstavljaju preduslov za uspostavljanje svih drugih ljudskih prava i bez kojeg sva ostala prava nemaju nikakav smisao. Kao takvo ono je proklamovano mnogim međunarodnim dokumentima i ustavima većine savremenih država. Njegova realizacija je u najvećoj meri prepuštena krivičnom zakonodavstvu koje svojim mehanizmima nastoji da ga maksimalno zaštititi.

I naše krivično zakonodavstvo obezbeđuje zaštitu prava na život propisujući različite oblike krivičnih dela upravljenih protiv života ljudi. U pitanju nisu samo krivična dela kojima se na različite načine povređuje život čoveka kao pojedinca ili određenog broja ljudi, već i ona kojima se ljudski život ugrožava tako što se prouzrokuje konkretna, pa čak i apstraktna opasnost za nečiji život. Međutim, imajući u vidu značaj prava na život krivično zakonodavstvo u nastojanju da pravu na život pruži maksimalnu zaštitu odlazi i korak dalje tako što se ne zadovoljava samo inkriminisanjem različitih oblika radnji kojima se prouzrokuje povreda ili ugrožavanje života, već i utvrđivanjem obaveza pružanja pomoći u otklanjanju eventualne opasnosti za život ljudi u određenim situacijama. Može se reći da ovo predstavlja krajnji domet krivičnopravne zaštite prava na život.¹

Međutim, savremeno društvo ne doživljava pravo na život samo kao pravo na puko preživljavanje, kao obezbeđenje opstanka života, već mu daje i jedan širi smisao shvatajući ga kao pravo na život određenog kvaliteta, na život dostojan čoveka. U tom kontekstu može se reći da pravo na život obuhvata i pravo na lično dostojanstvo, pravo na slobodan i spokojan život, pravo na osećaj lične sigurnosti i bezbednosti. Naš Ustav u svom odeljku o ljudskim pravima i slobodama zajedno sa pravom na život proklamuje i ova prava.

U tom smislu i naše krivično zakonodavstvo poznaje izvestan broj krivičnih dela koje za svoj osnovni zaštitni objekat imaju neko drugo dobro, ali kod kojih se pored zaštite tog dobra ili paralelno sa njom posredno ostvaruje i zaštita prava na život. U pitanju su krivična dela koja u sebi sadrže pretnju da će se napasti na život i telo tog ili nekog njemu bliskog lica ili neke druge radnje kojima se neko lice uznemirava i kojima se ugrožava njegovo pravo na osećanje lične sigurnosti.

Među takvim krivičnim delima svakako su najkarakterističnija krivična dela ugrožavanje sigurnosti i proganjanje. Kod ovih krivičnih dela pretnja često nije u funkciji ostvarivanja nekog drugog cilja, odnosno ugrožavanja nekog drugog dobra,

¹ Đorđe Đorđević, „Ugrožavanje života nepružanjem pomoći“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2006, 202.

već je na neki način sama sebi cilj. Njome se ugrožava osećaj lične sigurnosti kao komponenta prava na slobodu i bezbednost proklamovanog u članu 27. Ustava Srbije.² Međutim, ugrožavanjem prava na bezbednost odnosno na osećaj lične sigurnosti nekog lica svakako se indirektno ugrožava i njegovo pravo na život, jer ovo pravo u sebi uključuje i pravo na spokojan i bezbedan život.³

PROGANJANJE – NOVA INKRIMINACIJA U KZ SRBIJE

Krivično delo proganjanja jedna je od novijih inkriminacija u našem Krivičnom zakoniku (u daljem tekstu KZ). Uvedeno je Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2016. godine (u daljem tekstu ZID KZ),⁴ a počelo je da se primenjuje od 1. juna 2017. godine. Neposredan povod za uvođenje ove kao i nekih drugih inkriminacija u naš KZ jeste potreba njegovog usklađivanja sa odredbama tzv. Istambulske konvencije (u daljem tekstu Konvencija)⁵ koju je naša zemlja ratifikovala 2013.⁶ Pristupanjem naše zemlje ovoj konvenciji stvorena je obaveza da se u naše zakonodavstvo implementiraju pojedine njene odredbe u slučaju da ih naše zakonodavstvo već ne sadrži.

Ipak, to svakako nije bio jedini razlog zbog koga je uvedeno ovo krivično delo. Argumentima u prilog unošenja proganjanja u naš KZ bavila se naša krivičnopravna i kriminološka literatura i pre donošenja pomenutog ZID KZ iz 2016. godine,⁷ jer je ovo krivično delo postojalo u nekim zakonodavstvima i pre usvajanja pomenute Konvencije (na pr. Italija, Austrija, Nemačka). Opravdanje za njegovo postojanje leži u činjenici da savremeni način života nameće potrebu za ovakvom vrstom krivičnopravne zaštite pre svega zbog naglog i ubrzanog razvoja savremenih sredstava komunikacije koja su omogućila širokom krugu ljudi lako i brzo uspostavljanje kontakta sa drugim ljudima i dostupnost informacija

² Nikola Memedović, „Ugrožavanje sigurnosti pretnjom da će se napasti na život ili telo“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2008, 228.

³ Jovan Ćirić, „Ugrožavanje sigurnosti“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2011, 200.

⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.

⁵ Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, doneta u Istanbulu 11. maja 2011. godine.

⁶ *Službeni glasnik RS, Međunarodni ugovori*, br. 12/2013.

⁷ V. Vesna Nikolić-Ristanović, Marija Kovačević-Lepojević, „Proganjanje-pojam, karakteristike i društveni odgovori“, *Temida*, br. 4, Beograd, 2007, 5-10; Višnja Randelović, „Proganjanje: pojam, karakteristike i predlozi *de lege ferenda*“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2016, 227-228; Dušica Miladinović-Stefanović, „Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 72, Niš, 2016, 143-145.

o različitim događajima, ljudima i njihovim aktivnostima. Pored svih nebrojenih prednosti koje ovakve tehnološke mogućnosti donose one sobom nose i povećani rizik od onih oblika ponašanja i komunikacije koje pojedinac ne želi. Ako tome dodamo i još uvek prisutne klasične oblike komuniciranja ili pokušaja komuniciranja, odnosno saznavanja podataka o nekom licu, kao što su praćenje, sačekivanje, slanje pisama i slično, dolazimo do zaključka da je sve širi krug lica potencijalno izložen ovakvim oblicima ugrožavanja prava na privatnost i prava na osećanje lične slobode i bezbednosti koje je, kao što je rečeno, zagantovano i našim Ustavom.

Imajući ovo u vidu naše krivično zakonodavstvo, sledeći primere iz uporednog prava i uvažavajući ozbiljne kriminalno-političke razloge za uvođenje ovakve inkriminacije i bez formalne obaveze koja proizlazi iz pomenute Konvencije,⁸ otišlo je mnogo dalje u zaštiti ovog osnovnog ljudskog prava od onog što traži Konvencija, propisujući različita ponašanja kojima se ovo pravo napada i ugrožava. Sama Konvencija ne određuje decidno sam pojam proganjanja, već samo insistira na obavezi strana potpisnica „da preduzmu neophodne zakonodavne ili druge mere i obezbede da namerno ponašanje ponavljanjem pretnji upućenih drugom licu, koje uzrokuje da se lice plaši za svoju bezbednost, bude inkriminisano“ (član 34. Konvencije).⁹

Ovakvo krivično delo postoji u čitavom nizu krivičnih zakonika, kao što su, na primer, KZ Nemačke (čl. 238), KZ Holandije (čl. 285b), KZ Albanije (čl. 121a), KZ Finske (poglavlje 25, sekcija 7a), KZ Gruzije (čl. 151), KZ Malte (čl. 251AA),¹⁰ KZ Austrije (čl. 107a),¹¹ KZ Italije (čl. 612-bis),¹² KZ Slovenije (čl. 134a),¹³ KZ Hrvatske (čl. 140),¹⁴ KZ Republike Srpske (čl. 144),¹⁵ KZ Crne Gore (čl. 168a)¹⁶ i dr. Većina ovih inkriminacija je novijeg datuma.

⁸ Dragana Kolarić, „Dinamična faza krivičnog zakonodavstva Srbije“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2016, 664; Milan Škulić, „Silovanje bez prinude, proganjanje i polno uznemiravanje – nove buduće inkriminacije“, *Bilten Višeg suda u Beogradu*, br. 87, Intermex, Beograd, 2016, www.propisi-online.com, 4.9.2021.

⁹ www.parlament.gov.rs, 14.9.2021.

¹⁰ www.legislationline.org, 14.9.2021.

¹¹ www.jusline.at/gesetz/stgb, 14.9.2021.

¹² www.ipsoa.it/codici/cp/l2/t12, 14.9.2021.

¹³ www.pisrs.sl, 14.9.2021

¹⁴ www.zakon.hr, 14.9.2021.

¹⁵ www.paragraf.ba, 14.9.2021.

¹⁶ www.paragraf.me, 14.9.2021.

Krivično delo proganjanja, onako kako je određeno u našem KZ, ima jedan osnovni i dva teža oblika. Osnovni oblik krivičnog dela sadrži pet alternativno određenih radnji: neovlašćeno praćenje drugog lica ili preduzimanje druge radnje u cilju fizičkog približavanja tom licu protivno njegovoj volji; nastojanje da se sa drugim licem uspostavi kontakt protivno njegovoj volji neposredno, preko trećeg lica ili putem sredstava komunikacije; zloupotreba podataka o ličnosti drugog lica ili njemu bliskog lica radi naručivanja robe ili usluga; pretnja napadom na život, telo ili slobodu drugog lica ili njemu bliskog lica; i preduzimanje drugih radnji kojima može da se osetno ugrozi lični život lica prema kome se preduzimaju. Da bi predstavljale radnju ovog krivičnog dela ove radnje moraju biti učinjene u toku određenog vremenskog perioda. Međutim, trajanje tog vremenskog perioda nije zakonom precizirano¹⁷ pa o njegovom mogućem trajanju postoje različita mišljenja.¹⁸ Stiče se utisak da ovako (ne)određen uslov zapravo i nema nikakvog značaja jer se svaki vremenski period koji bi se pojavio u konkretnom slučaju lako može uklopiti u formulaciju „određen vremenski period“. Osim toga potrebno je da je učinilac prilikom izvršenja dela pokazao upornost, s tim što su ova dva uslova međusobno logično povezana.¹⁹ Upornost se može odrediti kao višekratno ponavljanje nekih od alteranativno propisanih radnji izvršenja, a da pri tome to ne mora biti sve vreme ista, već to mogu biti i različite radnje.²⁰ U literaturi nema jedinstvenog stava o tome da li je neophodno da upornost sadrži i subjektivni element,²¹ koji bi se sastojao u svesti učinioca da pasivni subjekt ne želi komunikaciju koju učinilac pokušava da uspostavi i takav svoj stav aktivno ili pasivno manifestuje, mada se nama čini da bi takva svest morala da postoji kod učinioca. Bez obzira na obavezu postojanja subjektivnog elementa, ponavljanje radnji izvršenja u određenom vremenskom periodu bitna je karakteristika bez koje ne može biti ovog krivičnog dela. Imajući u vidu ovakvu njegovu prirodu kod ovog dela nemoguće je konstruisanje produženog krivičnog dela.²² Ovde je u pitanju tzv. krivično delo sa indiferentnim brojem radnji i prouzrokovanja, kod koga broj ponovljenih radnji ne utiče na broj učinjenih krivičnih dela (uvek postoji samo jedno), ali svakako može uticati na odmeravanje kazne. Kao problem

¹⁷ Miroslav Đorđević, Đorđe Đorđević, *Krivično pravo*, Projuris, Beograd, 2020, 141.

¹⁸ Nikola Paunović, „Krivičnopravni aspekti proganjanja – uporednopravna analiza i mogući pravci *de lege ferenda* izmena“, *Strani pravni život*, br. 1, Beograd, 2019, 31; M. Škuljić, op.cit.

¹⁹ Nataša Delić, *Krivično pravo, posebni deo*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2021, 82.

²⁰ Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 521.

²¹ N. Delić, op.cit., 82.

²² Z. Stojanović (2020), op.cit., 521.

može se pojaviti pitanje koliko puta je potrebno da je radnja izvršena da bi se moglo govoriti o ponavljanju. U jezičkom smislu nesporno je dovoljno i samo dva puta, ali specifičnost ovog krivičnog dela svakako nalaže da se postojanje ponavljanja karakterističnog za ovo krivično delo mora procenjivati u svakom konkretnom slučaju.

Već je rečeno da je radnja ovog krivičnog dela određena alternativno, propisivanjem pet mogućih radnji, od kojih može biti izvršena jedna ili više njih, uz ispunjenost dva navedena uslova: njihovo vršenje u određenom vremenskom periodu i ispoljenu upornost pri njihovom izvršenju. Pritom, prve četiri navedene radnje date su zapravo primera radi, verovatno kao primeri najčešćih radnji koje se mogu javiti u praksi, jer je kao peta radnja određeno da to može biti i preduzimanje „druge slične radnje na način koji može osetno da ugrozi lični život lica prema kome se radnje preduzimaju“.

Iste ili slične radnje izvršenja propisuju i drugi krivični zakonici koji poznaju ovo krivično delo. Tako, na primer, KZ Nemačke, KZ Italije, KZ Austrije i KZ Crne Gore kao moguću radnju izvršenja određuju i zloupotrebu ličnih podataka žrtve u cilju naručivanja robe ili usluga, dok KZ Malte u tom kontekstu pominje praćenje upotrebe od strane osobe interneta, e-pošte ili bilo kog drugog oblika elektronske komunikacije. KZ Gruzije kao radnju predviđa i uništavanje imovine pasivnog subjekta u cilju izazivanja straha i menjanja životnih navika, a KZ Austrije objavljivanje činjenica ili fotografija iz sfere ličnog života bez pristanka osobe na koju se činjenice ili fotografije odnose, što je kod nas pokriveno drugim inkriminacijama. Pojedini zakonici (na primer, KZ Nemačke), kao radnju pominju i pretnju da će se napasti na život i telo, ali se tu radi o zakonicima koji nemaju posebno krivično delo koje se sastoji u pretnji (kao kod nas ugrožavanje sigurnosti).

Kad je u pitanju posledica ovog krivičnog dela problem se može javiti zbog okolnosti da je ona izričito navedena samo kod petog oblika radnje, što navodi na zaključak da se samo u tom slučaju radi o posledičnom krivičnom delu, a u ostala četiri o delatnosnim krivičnim delima kod kojih se za postojanje dela ne traži da je nastupila posledica.²³ Međutim, nama se čini da ne stoji nijedan argument u prilog takvog shvatanja ni sa logičkog, ni sa kriminalonopolitičkog stanovišta. Traženje posledice samo kad su pitanju „ostale radnje“, a ne i izričito (primera radi) navedene radnje ne čini se ni logičnim ni opravdanim. Pri ovakvoj formulaciji jezičkim, ali i logičkim tumačenjem može se zaključiti da je nastupanje posledice neophodno kod svih pet radnji, jer čitava odredba stava 1 ovog člana zapravo predstavlja jednu rečenicu sa nabrojanjem mogućih radnji, pa se može smatrati da se posledica

²³ N. Delić, op.cit., 81.

koja je izričito navedena na samom kraju te rečenice, dakle u okviru pete radnje, odnosi na čitavu rečenicu (odredbu), odnosno na svih pet navedenih radnji. Samo postojanje ove dileme, bez obzira kom stanovištu se priklonili, govori o tome da je ova formulacija neprecizna i da može stvarati probleme u praksi, pa bi je stoga *de lege ferenda* svakako trebalo ispraviti i nedvosmisleno sve navedene radnje ovog krivičnog dela odrediti posledično.²⁴

Pojedini zakonici, pored ovako ili na sličan način određene posledice, predviđaju i druge moguće posledice. Tako, na primer, KZ Italije, KZ Gruzije, KZ Albanije i KZ Republike Srpske kao posledicu proganjanja od strane učinioca krivičnog dela ističu promenu životnih navika žrtve. Mnogi zakonici, pored straha za ličnu sigurnost, kao posledicu pominju i strah za sigurnost bliske osobe, kao što je to slučaj u KZ Italije, KZ Albanije, KZ Gruzije, KZ Slovenije i KZ Republike Srpske.

I naš KZ kod pojedinih oblika dela pored lica prema kome se direktno preduzima radnja izvršenja pominje i „njemu blisko lice“, iako nigde ne objašnjava šta se pod tim pojmom podrazumeva, pa on može biti veoma različito shvaćen, tako da obuhvata uži ili širi krug lica.²⁵ I ovaj nedostatak bi prilikom nekih od sledećih izmena Zakonika trebalo otkloniti tako što bi ovaj pojam trebalo precizno i relativno restriktivno odrediti, najbolje na način kako je taj krug lica određen kod krivičnih dela neprijavlivanja pripremanja krivičnog dela (čl. 331, stav 3), neprijavlivanje krivičnog dela i učinioca (čl. 332, stav 4) i pomoć učiniocu posle učinjenog krivičnog dela (čl. 333, stav 5).

Učinioc ovog krivičnog dela može biti svako lice. Ono se može učiniti samo sa umišljajem, a teže posledice treba da su proizašle iz nehata učinioca.

Kao problem kod ovako koncipiranog krivičnog dela proganjanja u našem KZ javlja se okolnost da se ono u velikoj meri preklapa sa nekim drugim krivičnim delima koje KZ sadrži. Ovo se pre svega odnosi na oblik dela koji se sastoji u „pretnji napadom na život, telo ili slobodu drugog lica ili njemu bliskog lica“ koji se dobrim delom preklapa sa radnjom osnovnog oblika krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti (član 138. KZ). Osim krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti (sa kojim proganjanje ne može biti u sticaju, već može postojati samo prividni idealni sticaj)²⁶ postoji i veći broj drugih krivičnih dela, naročito onih iz grupe protiv sloboda i prava čoveka i građanina, kao što su narušavanje nepovredivosti stana (čl. 139. KZ), povreda tajnosti pisma i drugih pošiljki (čl. 142. KZ), neovlašćeno prisluškivanje

²⁴ N. Paunović, op.cit., 33.

²⁵ N. Paunović, op.cit., 34.

²⁶ Z. Stojanović (2020), op.cit., 524.

i snimanje (čl. 143. KZ), neovlašćeno fotografisanje (čl. 144. KZ)²⁷ i neovlašćeno prikupljanje ličnih podataka (čl. 146. KZ)²⁸ koja se mogu pojaviti u funkciji načina izvršenja neke od radnji proganjanja u kom slučaju može postojati sticaj između tih krivičnih dela.

TEŽI OBLICI KRIVIČNOG DELA PROGANJANJA

Kao što je rečeno, ovo krivično delo ima dva teža oblika, kvalifikovanih težim posledicama, pa je za njihovo postojanje potrebno da se teže posledice mogu pripisati nehatu učinioca.²⁹ Teža posledica proizašla iz osnovnog oblika dela kod prvog težeg oblika sastoji se u nastupanju opasnosti po život, zdravlje ili telo lica prema kome je delo izvršeno ili njemu bliskog lica. Dakle, radi se o konkretnoj opasnosti,³⁰ pošto je neophodno da je opasnost već nastupila, a ne da su samo stvoreni uslovi za njeno nastupanje. Kad je u pitanju drugi teži oblik za njegovo postojanje potrebno je da je usled osnovnog oblika dela nastupila smrt drugog lica ili njemu bliskog lica.

I većina gore pomenutih krivičnih zakonika predviđa teže oblike ovog krivičnog dela određujući različite kvalifikatorne okolnosti na kojima se ti teži oblici zasnivaju. Najveći broj tih zakonika kao kvalifikatorne okolnosti pominje neko lično svojstvo pasivnog subjekta ili njegov odnos sa učiniocem. U tom smislu, KZ Gruzije kao pasivnog subjekta pominje maloletno lice, bespomoćno lice, bremenitu ženu ili invalida, KZ Albanije bivšeg supružnika, bivšeg vanbračnog partnera ili osobu koja je imala duhovnu vezu sa oštećenom, te bremenitu ženu, maloletno ili bespomoćno lice, KZ Slovenije maloletno ili bespomoćno lice, KZ Hrvatske blisku osobu, lice sa kojim je učinilac u intimnoj vezi ili dete, KZ Republike Srpske bivšeg i sadašnjeg bračnog ili vanbračnog partnera odnosno lice sa kojim je učinilac u intimnoj vezi i dete, KZ Crne Gore teže oblike dela predviđa ako se kao pasivni subjekt pojavljuje bivši bračni ili vanbračni drug, maloletno lice, bremenita žena ili lice sa invaliditetom, dok KZ Italije ovom krugu lica koje predviđa KZ Crne Gore dodaje još i sadašnjeg bračnog druga i osobu sa kojom je učinilac u emotivnoj vezi.

²⁷ Milica Kovačević, Marija Maljković, „Proganjanje-kriminološki i krivičnopravni aspekti“, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, br. 3, Beograd, 2016, 93.

²⁸ Marina Barbir, Bojana Stanković, „Krivično delo proganjanje“, *Bilten Prvog osnovnog suda u Beogradu*, br. 4, Intermex, Beograd, 2019, www.propisionline.com.

²⁹ M. Đorđević, Đ. Đorđević, op.cit., 52

³⁰ Đorđe Đorđević, Dragana Kolarić, *Krivično pravo, posebni deo*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2020, 51.

Kao kvalifikatorna okolnost u pojedinim zakonicima se predviđa neka okolnost pod kojom je delo izvršeno, kao na primer, da je delo izvršeno od strane grupe ili da je više puta ponovljeno, da je izvršeno zloupotrebom službenog položaja (KZ Gruzije), da je izvršeno uz pretnju oružjem ili od strane lica koje se lažno predstavljalo (KZ Italije, KZ Albanije) ili da je proganjanje trajalo duže od godinu dana (KZ Austrije).

Slično kao u našem KZ, u nekim zakonicima postoje i teži oblici dela kvalifikovani težom posledicom, kao što su nastupanje opasnosti po život, zdravlje i telesni integritet pasivnog subjekta, smrt pasivnog subjekta ili njemu bliske osobe (KZ Nemačke, KZ Crne Gore) ili samoubistvo ili pokušaj samoubistva od strane pasivnog subjekta (KZ Austrije). Nama se čini da rešenje iz KZ Austrije bolje i realnije jer je nastupanje smrtne posledice usled proganjanja teško zamislivo bez obzira što je za njeno nastupanje dovoljan i nehat učinioca. Ako ništa drugo, nehat učinioca bi u takvim slučajevima bilo dosta teško utvrditi i dokazati.³¹ Stoga se čini da bi bilo bolje prihvatiti pomenuto rešenje iz KZ Austrije koji umesto smrtne posledice predviđa težu posledicu u vidu samoubistva ili pokušaja samoubistva.

Ako se za osnovne oblike ovog krivičnog dela možda može reći da su oni samo posredno u funkcije zaštite prava na život, putem zaštite prava na osećaj lične sigurnosti i bezbednosti kao komponentu prava na život, za pomenute teže oblike se sa sigurnošću može tvrditi da imaju značajnu ulogu u neposrednoj zaštiti ovog osnovnog ljudskog prava.

KAZNENA POLITIKA ZAKONODAVCA I SUDOVA ZA KRIVIČNO DELO PROGANJANJA

Krivičnim zakonikom su za ovo krivično delo predviđene relativno stroge kazne. Za osnovni oblik dela propisana je novčana kazna ili zatvor do tri godine, za prvi teži oblik zatvor od tri meseca do pet godina, a za drugi teži oblik zatvor od jedne do deset godina.

Primetno je da je za ovo krivično delo, za njegov osnovni oblik, propisana kazna zatvora od tri meseca do tri godine znatno viša nego ona za krivično delo ugrožavanja sigurnosti (novčana kazna ili zatvor do jedne godine), iako se radi, kao što je napred već istaknuto, o veoma sličnim krivičnim delima koja se delom čak i preklapaju. Ipak ovakav pristup zakonodavca se može opravdati činjenicom da

³¹ Zoran Stojanović, „Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije“, *Kaznena reakcija u Srbiji VII deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, 8.

proganjanje karakteriše ponavljanje pretnji čega kod ugrožavanja sigurnosti nema. I pored toga, razlika je, čini se, prevelika, a naročito kad je u pitanju kazna za teži oblik, kada je nastupila konkretna opasnost za život, zdravlje ili telo. Kazna je tu, logično, morala da bude veća (od tri meseca do pet godina), ali se izgubila iz vida relacija sa drugim krivičnim delima, naročito onim iz grupe krivičnih dela protiv života i tela. Tako je posebni maksimum težeg oblika ovog dela dostigao kaznu predviđenu za tešku telesnu povredu,³² a to se teško može smatrati opravdanim. Za najteži oblik ovog dela, kod koga je usled radnje osnovnog oblika došlo do smrti pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica propisana kazna je logično još teža, zatvor od godinu dana do deset godina, što je takođe dosta visoka kazna imajući u vidu da ta teža posledica proizlazi iz nehata učinioca.

Krivično delo proganjanja spada u ona krivična dela koja su relativno brzo po svom uvođenju dobila značajnu primenu u praksi naših sudova. Ako izuzmemo podatke za 2017. godinu, s obzirom da je primena ove odredbe otpočela od 1. juna te godine pa broj pravosnažno okončanih postupaka do kraja te godine logično i nije mogao da bude veći (ukupno pet pravosnažno osuđenih lica) u toku narednih 2018, 2019. i 2020. godine (za koje su nam dostupni podaci Republičkog zavoda za statistiku)³³ broj pravosnažno osuđenih lica za ovo krivično delo kontinuirano raste, 61 u 2018, 106 u 2019, i 110 lica u 2020. godini, što čini ukupno 282 osuđena lica u periodu 2017.-2020. godina.

Međutim, više od samog broja osuđenih lica po godinama za ovo krivično delo nas ovde zanima struktura izrečenih krivičnih sankcija. Kao što je i očekivano, najviše je izricana uslovna osuda, u 193 slučaja (68,5%), što je nešto više od opšteg proseka izricanja ove sankcije koji se poslednjih godina kreće od 55-60% svih izrečenih sankcija. Iako je ovako masovno izricanje uslovne osude od strane teoretičara,³⁴ a naročito od strane laičke javnosti, često kritikovano sa čime se generalno i mi slažemo,³⁵ kada je ovo delo u pitanju čini se da se takva kaznena

³² Đorđe Đorđević „Nove inkriminacije i njihova usklađenost sa ostalim odredbama Krivičnog zakonika Srbije“, *Reformski procesi i poglavlje 23 (godina dana posle) – krivičnopravni aspekt*, Beograd, Zlatibor, 2017, 134.

³³ Izvor podataka: Bilteni i Saopštenja Republičkog zavoda za statistiku, www.stat.gov.rs, 14.9.2021.

³⁴ Ovakve kritike često su bazirane i na pojedinim statističkim podacima koji pokazuju da je stopa primene ove sankcije kod nas duplo veća nego evropski prosek, v. Đorđe Ignjatović, *Komparacija kriminaliteta i kaznene reakcije: Srbija-Evropa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013, 119.

³⁵ Đorđe Đorđević „Kaznena politika sudova u Srbiji – izazovi i mehanizmi unapređenja“, *Organizacija pravosuđa i efikasnost sudske zaštite (evropski standardi i stanje u Srbiji) – krivičnopravni aspekt* (ur. Stanko Bejatović), Beograd, Zlatibor, 2018, 166.

politika ovde može oceniti kao adekvatna i opravdana. Osnovni cilj izricanja krivične sankcije kod ovakvih krivičnih dela jeste nastojanje da se njihovom primenom obezbedi prestanak ovakvih uznemiravanja od strane učinioca, a čini se da se to u najvećem broju, pogotovu lakših slučajeva, upravo postiže uslovnom osudom koja sadrži pretnju kaznom zatvora u slučaju ponavljanja dela.

Kazna zatvora izrečena je u 49 slučajeva (17,4%), od čega u 17 slučajeva u varijanti kućnog zatvora, dok se ostali slučajevi najčešće odnose na zatvor u trajanju od 3 do 6 ili od 6 do 12 meseci. Ova kazna (osim kućnog zatvora) sigurno je izricana za teže oblike dela, kod kojih je došlo do nastupanja težih posledica.

Izricana je i novčana kazna, i to u 36 slučajeva (12, 8%), a pojedinačno su se javljali i slučajevi izricanja sudske opomene, rada u javnom interesu i vaspitne mere. Novčana kazna i rad u javnom interesu, iako svakako jako dobre, a kako se često ističe, nedovoljno korišćene kazne, kad je u pitanju ovo krivično delo čini se nepodesnim jer ne odgovaraju samoj prirodi učinjenog krivičnog dela. Izuzetak je možda oblik dela koji se sastoji u zloupotrebi podataka o ličnosti drugog lica ili njemu bliskog lica radi naručivanja robe ili usluga kod kojeg se novčana kazna, zbog njegovih mogućih imovinskih implikacija, u pojedinim slučajevima može pokazati kao veoma prikladna.

Iz ovako iznetih podataka o vrsti i meri kazni koje je zakonodavac predvideo za ovo krivično delo i o kaznama koje se za njegove učinioce izriču u praksi naših sudova možemo da zaključimo da su propisane kazne veoma stroge, a izrečene relativno blage i da postoji prilična disproporcija između kaznene politike zakonodavca i sudova kada je ovo delo u pitanju, čini se veća nego kada su u pitanju neka druga krivična dela. To naravno otvara pitanje o razlozima ove neusaglašenosti i o opravdanosti jednog ili drugog pristupa.³⁶ Za donošenje bilo kakvog validnog zaključka o ovom problemu sigurno je potrebno temeljnije istraživanje bazirano na podacima koji bi obuhvatili duži vremenski period primene ovog propisa. Sa ove distance moramo se složiti sa gotovo opšteprihvaćenim shvatanjem koje se ponekad pominje u ovakvim situacijama, a to je da se sudska praksa često pojavljuje kao korektiv kaznene politike zakonodavca³⁷ jer je bliža svakodnevnom životu i realnije sagledava određene društvene odnose koje je zakonodavac čisto apstraktno inkriminisao.

³⁶ Zoran Stojanović, „Kaznena politika: raskol između zakona i njegove primene“, *Kaznena politika /raskol između zakona i njegove primjene*, Ministarstvo pravde Republike Srpske, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Istočno Sarajevo, 2012, 9.

³⁷ Đ. Đorđević (2018), op.cit., 169.

KRIVIČNO DELO PROGANJANJA U FUNKCIJI ZAŠTITE PRAVA NA ŽIVOT

Najveći problem vezan za ovo krivično delo ogleda se u činjenici da neke od njegovih alternativno određenih radnji nisu same po sebi nepoželjne i društveno neprihvatljive, već takav karakter mogu dobiti samo svojim intenzitetom i ispoljenom upornošću u ponavljanju uprkos jasno izraženom protivljenju pasivnog subjekta. Tako se neka od tih ponašanja (želja za druženjem, kupovanje poklona, udvaranje nekoj osobi) po pravilu pojavljuju kao prihvatljiva, pa čak i pozitivna ukoliko ostaju u granicama uobičajenog i pristojnog. Postoje svakako i ponašanja koja iako nisu društveno prihvatljiva svojim značajem i težinom ipak ne zaslužuju da budu krivično delo.³⁸ Tako dolazimo u situaciju da se ista ponašanja u zavisnosti od svog inenziteta mogu kretati na skali od pozitivnog, preko prihvatljivog, do nepristojnog, neprihvatljivog, nametljivog³⁹ i na kraju kriminalnog. Tu granicu, pogotovu kad je u pitanju ulazak u kriminalnu zonu, nije lako povući i ona sigurno nije ista sa stanovišta svakog pasivnog subjekta,⁴⁰ pa bi se sa stanovišta ispunjenosti uslova za postojanje ovog krivičnog dela morao prihvatiti nekakav objektivni kriterijum koji je veoma teško odrediti.

Ipak, iz napred iznetog nedvosmisleno možemo da zaključimo da uvođenje novog krivičnog dela proganjanja u KZ Srbije značajno doprinosi jačanju zaštite prava na život u našem krivičnom zakonodavstvu. Istina, njegovi osnovni oblici za svoj zaštitni objekat imaju pravo na slobodu i osećanje lične sigurnosti i bezbednosti, zbog čega je delo i svrstano u grupu krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina, ali imajući u vidu da osećanje lične sigurnosti predstavlja važan segment prava na život jasno je da se krivičnim delom proganjanja indirektno štiti i samo pravo na život.

Kada su u pitanju teži oblici ovog krivičnog dela onda je njegova funkcija zaštite prava na život mnogo očiglednija i neposrednija. Kod njegovog prvog težeg oblika osnovnim oblikom dela izaziva se opasnost po život, zdravlje ili telo lica prema kome je delo izvršeno ili njemu bliskog lica, odnosno dolazi do ugrožavanja prava na život, dok kod drugog težeg oblika usled osnovnog oblika dela nastupa smrt drugog lica ili njemu bliskog lica, pa je u pitanju direktna povreda prava na život. Stoga nema sumnje da se ovim delom upotpunjuje zaštita prava na život koje može biti ugroženo ili povređeno u specifičnim situacijama koje pokriva ova inkriminacija.

³⁸ Zoran Stojanović, „Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije“, *Kaznena reakcija u Srbiji VII deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, 4.

³⁹ Ovo krivično delo se u KZ Hrvatske zove „nametljivo ponašanje“, što u duhu srpskog jezika zvuči suviše bezazleno da bi predstavljalo krivično delo.

⁴⁰ Đ. Đorđević, op.cit., 134.

Problemi se, međutim, mogu pojaviti u praksi prilikom primene ove inkriminacije zbog nekih njenih neodređenosti i nedoslednosti o kojima je bilo reči, zbog prevelikog preklapanja ove odredbe sa nekim drugim odredbama KZ i na kraju zbog, čini nam se, neadekvatne zakonski odmerene kazne što sudove navodi da svojom kaznenom politikom koriguju ovakve stavove zakonodavca. Zbog toga bi prilikom sledećih izmena KZ trebalo revidirati odredbu o ovom krivičnom delu preciziranjem pojedinih njegovih elemenata, jasnijim razgraničenjem od srodnih krivičnih dela i iznalazenjem adekvatnijih krivičnih sankcija za njegove učinioce.

Prof. Dr. ĐORĐE ĐORĐEVIĆ
Full Professor, University of Criminal Investigation
and Police Studies, Beograd

STALKING AS A TYPE OF RIGHT TO LIFE ENDANGERMENT

Summary

The right to life, as a basic and most important human right, is maximally protected by the provisions of our criminal legislation. In addition to incriminations that protect human life from immediate attacks and threats, our Criminal Code also recognizes criminal offences that indirectly protect the right to life by protecting the right to feel personal freedom and security as important components of this right. In that context, the Criminal Code also contains the criminal offense of stalking, introduced by the Law on Amendments to the Criminal Code from 2016. While the basic form of this criminal offense only indirectly protects the right to life, the more severe forms of this offense are in the function of direct protection of the right to life – from its endangerment, or even violation. Therefore, we can conclude that the introduction of this criminal offence represents a significant contribution to strengthening the protection of the right to life in our criminal legislation. However, in order for this goal to be fully achieved, it is necessary to make certain changes to this criminal offence incrimination in our CC, which would resolve certain dilemmas and facilitate its application in practice.

Key words: right to life, criminal legislation, Criminal Code, criminal offence, stalking

Literatura

- Barbir M., Stanković B., Krivično delo proganjanje, *Bilten Prvog osnovnog suda u Beogradu*, br. 4, Intermex, Beograd, 2019.
- Delić N., *Krivično pravo, posebni deo*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2021.
- Đorđević Đ., „Nove inkriminacije i njihova usklađenost sa ostalim odredbama Krivičnog zakonika Srbije“, *Reformski procesi i poglavlje 23 (godina dana posle) – krivičnopravni aspekt* (ur. Stanko Bejatović), Beograd, Zlatibor, 2017.

- Dorđević Đ., „Kaznena politika sudova u Srbiji – izazovi i mehanizmi unapređenja“, *Organizacija pravosuđa i efikasnost sudske zaštite (evropski standardi i stanje u Srbiji) – krivičnopravni aspekt* (ur. Stanko Bejatović), Beograd, Zlatibor, 2018.
- Dorđević Đ., „Ugrožavanje života nepružanjem pomoći“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2006.
- Dorđević Đ., Kolarić D., *Krivično pravo, posebni deo*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2020.
- Dorđević M., Dorđević Đ., *Krivično pravo*, Projuris, Beograd, 2020.
- Ignjatović Đ., *Komparacija kriminaliteta i kaznene reakcije: Srbija-Evropa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013.
- Kovačević M., Maljković M., „Proganjanje-kriminološki i krivičnopravni aspekti“, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, br. 3, Beograd, 2016.
- Kolarić D., „Dinamična faza krivičnog zakonodavstva Srbije“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2016.
- Memedović N., „Ugrožavanje sigurnosti pretnjom da će se napasti na život ili telo“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2008.
- Miladinović-Stefanović D., „Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 72, Niš, 2016.
- Nikolić-Ristanović V., Kovačević-Lepojević M., „Proganjanje-pojam, karakteristike i društveni odgovori“, *Temida*, br. 4, Beograd, 2007.
- Paunović N., „Krivičnopravni aspekti proganjanja – uporednopravna analiza i mogući pravci *de lege ferenda* izmena“, *Strani pravni život*, br. 1, Beograd, 2019.
- Randelović V., „Proganjanje: pojam, karakteristike i predlozi *de lege ferenda*“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2016.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Stojanović Z., „Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije“, *Kaznena reakcija u Srbiji VII deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.
- Stojanović Z., „Kaznena politika: raskol između zakona i njegove primene“, *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)*, Ministarstvo pravde Republike Srpske, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Istočno Sarajevo, 2012.
- Škulić M., „Silovanje bez prinude, proganjanje i polno uznemiravanje – nove buduće inkriminacije“, *Bilten Višeg suda u Beogradu*, br. 87, Intermex, Beograd, 2016.
- Čirić J., „Ugrožavanje sigurnosti“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2011.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 01.10.2021.

Prihvaćen: 27.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

NATAŠA DELIĆ

KRIVIČNO DELO UBISTVO NA MAH (čl. 115. KZ)

„Vladati sobom je najveća vlast.“

Seneka

Autorka u radu analizira krivično delo ubistvo na mah (čl. 115 KZ) koje pripada glavi krivičnih dela protiv života i tela. Ubistvo na mah je privilegovano ubistvo za koje je zaprećena blaža kazna u odnosu na kaznu propisanu za obično ubistvo (čl. 113 KZ). Osim radnje, posledice i uzročno-posledične veze, ubistvo na mah podrazumeva i kumulativno ispunjenje tri uslova: da je ubistvo izvršeno u jakoj razdraženosti, da je učinilac u jaku razdraženost doveden bez svoje krivice napadom, zlostavljanjem ili teškim vređanjem od strane ubijenog i da je ubistvo izvršeno na mah. Teorijska obrada navedenih uslova je u prvom delu rada primarno fokusirana na pojam jaka razdraženost. Jaka razdraženost je pravni pojam i pretpostavlja afekat osećanja ljutnje, koji se naziva bes ili srdžba, i/ili afekat osećanja mržnje, koji se naziva gnev. Budući da afekat predstavlja medicinski pojam, njegovo prisustvo, neopodan intenzitet i uticaj na druge psihičke funkcije utvrđuju se na osnovu nalaza i mišljenja veštaka medicinske struke. U datom kontekstu razmatranja najpre je sa psihološkog aspekata objašnjena priroda osećanja mržnje, odnosno afekta besa i osećanja ljutnje, odnosno gneva, a zatim je ukazano na njihovu međusobnu povezanost kao i na kvalitativno različite vidove neefiksanog izražavanja kroz agresiju i destrukciju. Potom je pažnja usmerena na razliku

Prof. dr Nataša Delić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ndelic@ius.bg.ac.rs. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta „Epidemija. Pravo. Društvo“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

između fiziološkog i patološkog afekta. Nakon toga sledi sadržinski najobimniji deo rada u kojem je iznet kritički stav u vezi primene instituta bitno smanjene uračunljivosti kod krivičnog dela ubistva na mah. U drugom delu rada autorka govori o napadu, zlostavljanju i teškom vređanju od strane pasivnog subjekta koji u okviru zakonskog opisa krivičnog dela figuriraju kao mogući uzroci odgovarajućeg afekata visokog intenziteta, što implicira jaku razdraženost. Sledi objašnjenje subjektivne strane krivičnog dela ubistva na mah. Na samom kraju, ukratko su izneti pojedini zaključci. Značajan deo rada posvećen je analizi relevantnih doktrinarnih stavova i stanovišta sudske prakse.

Ključne reči: *krivična dela protiv života i tela, ubistvo, privilegovana ubistva, ubistvo na mah, jaka razdraženost*

U V O D N E N A P O M E N E

Krivično delo ubistvo na mah (čl. 115 Krivičnog zakonika, u daljem tekstu: KZ¹) je privilegovano ubistvo – ubistvo ostvareno uz prisustvo određene privilegujuće okolnosti koja implicira zaprečenu blažu kaznu u odnosu na kaznu propisanu za obično ubistvo (čl. 113 KZ).

Zaštitni objekt ubistva na mah je pravo na život svakog čoveka. Radnja izvršenja je lišenje života drugog lica. U pitanju je tzv. posledična radnja izvršenja. Iako načelno značaj radnje izvršenja može imati bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je podobno da dovede do posledice – smrti drugog lica (tzv. nepravo krivično delo nečinjenja), ovaj oblik ubistva po pravilu pretpostavlja činjenje kao način izvršenja krivičnog dela i delatnosti koje mogu imati značaj radnje izvršenja po prirodi stvari se realizuju u vidu neposrednog fizičkog delovanja na telo pasivnog subjekta. Posledica je smrt pasivnog subjekta. Za krivično delo nije značajno da li je posledica nastupila odmah ili nakon proteka određenog vremena. U skladu sa opštom normom (čl. 16 KZ) vremenom izvršenja krivičnog dela smatra se vreme kada je preduzeta radnja izvršenja (tzv. teorija delatnosti), nezavisno od vremena nastupanja posledice. U svakom konkretnom slučaju potrebno je utvrditi uzročno-posledičnu vezu između radnje i posledice. Kao što je poznato, kod radnje činjenja sudska praksa primenjuje teoriju ekvivalencije i uzrokom se smatra onaj uslov bez kojeg ne bi nastupila zabranjena posledica – smrt pasivnog subjekta. Sužavanje kruga uslova koji mogu imati značaj uzroka vrši se na subjektivnom planu preko zablude o uzročnoj vezi.²

¹ Službeni glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

² V. Nataša Delić, *Krivično pravo Posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 20.

ZAKONODAVNI OKVIR, SUDSKA PRAKSA I DOKTRINARNI STAVOVI

Prema zakonskom tekstu, ubistvo na mah čini ko drugog liši života na mah doveden bez svoje krivice u jaku razdraženost napadom, zlostavljanjem ili teškim vređanjem od strane ubijenog (čl. 115 KZ). Shodno tome, krivično delo ubistvo na mah pretpostavlja kumulativno ispunjenje tri uslova: a) da je ubistvo izvršeno u jakoj razdraženosti, b) da je učinilac u jaku razdraženost doveden bez svoje krivice napadom, zlostavljanjem ili teškim vređanjem od strane ubijenog i v) da je ubistvo izvršeno na mah. U ovako postavljenoj konstelaciji uslova koji definišu ubistvo na mah, značaj privilegujuće okolnosti ima to što je pasivni subjekt svojim ponašanjem, napadom, zlostavljanjem ili teškim vređanjem prouzrokovao donošenje odluke o izvršenju krivičnog dela. Za razliku od ubistva deteta pri porođaju kod koga privilegujuću okolnost predstavlja specifično psihičko stanje u kome se nalazi majka za vreme porođaja ili neposredno nakon porođaja (VSS Kž.II 70/83 i AS u Beogradu Kž. 4034/10), kod ubistva na mah odlučujući značaj nema jaka razdraženost učinioca, koja u izvesnom smislu svakako predstavlja centralni pojam zakonskog opisa ovog krivičnog dela, već „provocirajuće“ ponašanje pasivnog subjekta koje opredeljuje niži stepen nevrednosti objektivnog neprava u konkretnom slučaju.

Jaka razdraženost

Jaka razdraženost u kojoj se nalazi učinilac kao obeležje bića krivičnog dela predstavlja pravni pojam (AS u Beogradu Kž.1 561/14). Jaka razdraženost nastaje usled odgovarajućeg afekta koji predstavlja medicinski pojam i označava snažnu i kratkotrajnu emociju/osećanje.³ Kada afekat traje duže i sa nesmanjenim intenzitetom, naziva se produženi afekat ili afektivno stanje.⁴

³ „Pod afektom treba razumeti osećajno stanje koje je, sa jedne strane, obeleženo primetnom telesnom manifestacijom, a sa druge, stvarnim smetnjama u misaonom toku. U skladu sa Bojlerovim stavom treba razlikovati osećanje od afekta, iako je prelaz osećanja u afekat vrlo lak jer svako osećanje, čim dospe do izvesne jačine, prelazi u afekat. Glavna razlika između osećanja i afekta sastoji se u tome što osećanjem samovoljno raspolažemo, dok se sa afektom to po pravilu ne događa. Takođe, kod osećanja vidljive telesne manifestacije uglavnom izostaju ili su slabog intenziteta, dok su kod afekta izrazito naglašene“ (Karl Gustav Jung, *Psihološki tipovi*, Nova knjiga, Beograd-Podgorica, 2016, 347). „Afekat kao komponentu osećajnog života čoveka odlikuje naglost u nastanku, relativno kratko trajanje, veliki intenzitet, buran tok i jasno manifestovane telesne i izražajne promene.“ Zoran Ćirić, *Sudska psihijatrija*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2013, 87.

⁴ Zoran Milivojević, *Emocije, Psihoterapija i razumevanje emocija*, Psihopolis institut, Novi Sad, 2014, 36.

Iako se pojam razdraženost u jezičkom smislu prevashodno vezuje za ljutnju i bes,⁵ u krivičnom pravu su za jaku razdraženost značajna dva afekta. Prvi, afekat osećanja ljutnje, koji se naziva bes ili srdžba – „*Svako treba da nauči da vlada trbuhom, snom, požudom i ljutnjom*“, Pitagora. „*Ko savlada srdžbu, savladao je svog najvećeg neprijatelja*“, Aristotel. I drugi, afekat osećanja mržnje, koji se naziva gnev ili furor – „*U gnevu bi se trebalo suzdržati od govora i dela*“, Pitagora. „*Gnev sprečava duh da vidi istinu*“, Marko Porcije Kanton Stariji.⁶

U navedenom smislu se u vezi osećanja ljutnje i afekta besa izjašnjava i sudska praksa (AS u Beogradu Kž.1 15/14). Kako se ističe, „jaka razdraženost kao pravni termin odgovara psihijatrijskom terminu afekta besa visokog intenziteta koji se u narodu označava izrazom 'pao mi mrak na oči'“ (VS u Kragujevcu 4K. 66/15). U sudskim odlukama se uglavnom navodi da se „okrivljeni nalazio u stanju povišene emocionalne napetosti sa psihološkim sadržajem afekta besa visokog intenziteta“ (VS u Beogradu K. 33/20, K. 101/20 i VKS Kzz. 1015/14) ili da je reč o „paralelnim“ afektima, među kojima je i afekat besa, npr. „okrivljeni se nalazio u stanju intenzivnog afekata straha i afekta besa“ (VS u Beogradu K. 608/16).

Osećanje ljutnje i osećanje mržnje spadaju u tzv. neprijatna osećanja.⁷

Ljutnja je neprijatno osećanje koje nastaje kada jedno lice procenjuje da se drugi neopravdano ponaša na način koji ugrožava neku njegovu vrednost (dobro) i kada procenjuje da je sposoban da se tome suprotstavi i smatra da na to ima pravo. Izražavanje ljutnje za primarnu funkciju ima promenu ponašanja drugog, ljutnja nije usmerena na njegovo biće. Cilj ljutnje je da kod drugog izazove osećanje neprijatnosti i da motiviše na promenu ponašanja. Pri tome, lice na koje je usmerena ljutnja može da reaguje na neki od sledećih načina: a) osećanjem krivice ili osećanjem straha, b) „kontraljutnjom“ ili v) prkosom. Ukoliko drugi promeni svoje ponašanje i uskladi sa postavljenim zahtevima, prestaje razlog za ljutnju. Kada ljutnja,

⁵ Razdraženost – ljutnja, ljutitost, bes, srditost. Grupa autora, redaktor Miroslav Nikolić, *Rečnik srpskog jezika*, Matica srpska, Novi Sad, 1116.

⁶ V. Igor Vuković, *Krivično pravo Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 151; N. Deliće, (2021), op. cit., 43. D. Jevtić (Dušan Jevtić, *O uračunljivosti sa sudsko-psihijatrijskog gledišta*, Naučna knjiga, Beograd, 1953, 49) i D. Drakić (Dragiša Drakić, „Ubistvo na mah“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 5, 2005, 251) kod ubistva na mah govore o afektu gneva i afektu jarosti. Jarost – gnev, bes, velika ljutina. (Grupa autora, redaktor Miroslav Nikolić, op. cit., 501). J. Tahović (Janko Tahović, *Krivično pravo Posebni deo*, Narodna knjiga, Beograd, 1953, 80) i Lj. Lazarević (Ljubiša Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije Posebni deo*, Savremena administracija, Beograd, 1995, 214) kao relevantnu navode razjarenost. Razjareno – jarosno, gnevno, besno, ljutito. Grupa autora, redaktor, M. Nikolić, op. cit., 1118.

⁷ Z. Milivojević, op. cit., 134.

kao vrsta informacije upućena drugom da promeni svoje ponašanje, ne postigne svrhu, tendenciozno se pojačava i taj proces se naziva eskalacija ljutnje. Signali ljutnje idu od neverbalnih manifestacija ljutnje (pojačavanje intenziteta glasa ili prilaženje drugom) ka verbalnim i najzad fizičkim. Ignorisanje početnih signala ljutnje dovodi do jačanja njenog intenziteta, tako da na kraju ljutnja prerasta u afekat ljutnje, tj. bes. Bes može da dovode do nasilja kao vida neefikasnog izražavanja ljutnje. „Svako može biti ljut. To je lako. Ali biti ljut na pravu osobu, do pravog stepena, u pravo vreme, s pravim razlogom i na pravi način – to nije lako“, Aristotel. Cilj nasilja koje „izvire“ iz besa je isti kao cilj ljutnje – da kod drugog izazove strah i na taj način utiče na njega da promeni svoje ponašanje. Nasilje koje je rezultat besa po svojoj prirodi nije usmereno na povređivanje drugog, već na zastrašivanje u cilju promene ponašanja.⁸

Osećanje ljutnje izvorno potiče iz osećanja iritacije i osećanja frustracije – ljutnja se javlja kao vrsta reakcije na iritaciju ili frustraciju. Shodno tome, ljutnja predstavlja tzv. metaemociju. Osećanje iritacije nastaje kada se opaža neodgovarajući/iritirajući/neprijatan impuls (draž), ali se smatra da je njegovo prisustvo neizbežno ili opravdano. Osećanje iritacije se javlja relativno često, kratko traje, lako se kontroliše i uglavnom se ne manifestuje kroz ponašanje. Ako su iritirajući impulsi dugotrajni i snažni, osećanje iritacije može preći u osećanje ljutnje – ova dva osećanja se međusobno funkcionalno povezuju.⁹ Frustracija-nezadovoljstvo je neprijatno osećanje koje se javlja kada neko nije u mogućnosti da zadovolji svoju aktuelnu važnu želju. Da bi se razvilo osećanje frustracije, potrebno je ispunjenje dva uslova: da postoji želja za nekim objektom ili stanjem i da je zadovoljenje date želje onemogućeno određenim uzrokom. Frustracija je afirmacija želje čija realizacija je suočena sa preprekom. Frustracija nastaje tako što se uprkos prepenci ne odustaje od prisutne želje i time se ona intenzivira. Osećanje frustracije ne opredeljuje samo pojačan intenzitet želje, već i odnos prema prisutnoj prepenci, izvoru osujećenja. Naime, onaj ko oseća frustraciju može privremeno ili trajno da odustane od postojeće želje ili da nastoji da ukloni prepreku za ostvarenje želje, što može imati pozitivne efekte u vidu razvijanja pojedinih osobina ili ličnosti u celini, takođe može kroz različite vidove agresivnog ponašanja da „napadne“ uzrok frustracije i najzad, usled nemogućnosti da „napadne“ stvarni uzrok frustracije agresivno ponašanje može da usmeri u drugom pravcu, prema drugima. Tada osećanje frustracije prelazi u osećanje ljutnje.¹⁰

⁸ Z. Milivojević, *ibidem*, 353-356.

⁹ Z. Milivojević, *ibidem*, 352.

¹⁰ Z. Milivojević, *ibidem*, 258-288. V. takođe, Nikola Rot, *Psihologija ličnosti*, Zavod za udžbenike, Beograd, 2010, 136-139.

Mržnja je vrsta osećanja koje postoji prema nekom licu za koga se veruje da je zlo i da ugrožava određenu vrednost lica koje oseća mržnju. Da bi se neko smatrao zlim, mora se verovati da taj koji se mrzi ispunjava tri uslova: da bitno ugrožava neku visoko rangiranu vrednost lica koje mrzi, da to čini bez odgovarajućeg povoda ili opravdanja i da to čini svesno i voljno. U suštini, svaka mržnja predstavlja reakciju na stvarnu ili umišljenu prethodnu mržnju onoga ko se mrzi. To znači da onaj ko mrzi na neki način sebe doživljava kao žrtvu omrznutog i veruje da bi sve bilo dobro kada omrznuti ne bi postojao. Omrznutom se pripisuju vrhovne anti-vrednosti i on se u odnosu na sistem vrednosti onog koji mrzi postavlja kao njegova inverzija i negacija. Shodno tome, mržnja predstavlja manifestaciju vrednosnog sistema onoga ko mrzi i otuda onaj ko učini neko društveno neprihvatljivo ponašanje iz mržnje, ma kako ono drugima izgledalo surovo i nečovečno, ne samo da neće osećati krivicu i kajanje zbog svog postupka, već naprotiv može osećati ponos i zadovoljstvo. U određenim slučajevima, a to je uglavnom kada onaj ko mrzi dođe u perceptivni kontakt sa omrznutim, mržnja se intenzivira i prerasta u afekat mržnje, tj. gnev. Svim ponašanjima kroz koja se osećanje mržnje objektivno manifestuje zajednička je destrukcija, odnosno nastojanje da se omrznuti na određeni način povredi, da mu se nanese šteta. Svrha datih destruktivnih ponašanja/akcija jeste da se omrznuti natera da pati, da ispašta. Stepenn destrukcije može varirati, a po pravilu, krajnji cilj mržnje jeste da se omrznuti uništi (destruktivna akcija trećeg stepena). Ono što primarno odlikuje destruktivnost proisteklu iz mržnje jesu svi-repost i brutalnost.¹¹

U odnosu na ljutnju, mržnju suštinski diferencira karakteristika koja se sastoji u tome što se osećanje mržnje, odnosno gnev, po pravilu objektivno manifestuje (ispoljava) destruktivnim ponašanjem usmerenim prema drugom licu, prema njegovom biću – cilj ponašanja jeste uništenje objekta mržnje. Za razliku od mržnje, odnosno gneva, ljutnja, odnosno bes nije usmeren prema biću drugog lica, nego prema njegovom ponašanju i ne dovodi do destrukcije, već, kao vid samoi-zražavanja, podrazumeva potencijalnu agresivnost. Takođe, ljutnja se može javiti i izraziti prema voljenoj osobi, ona je spojiva sa osećanjem ljubavi, što nije slučaj sa mržnjom koja negira svaki vid dobrote objekta mržnje. Nadalje, nasilje koje proizlazi iz ljutnje, odnosno besa je po svom dejstvu uvek ograničeno, cilj nije da drugi bude uništen već da promeni ponašanje – nasilje je usmereno na zastrašivanje radi promene ponašanja. Zbog toga je kod ljutnje, odnosno besa, eventualno ispoljeno nasilje primarno usmereno na predmete. Ukoliko osećanje ljutnje, odnosno besa dovede do nasilja prema drugom licu, ono je po svojoj prirodi takvo da treba da zaplaši, ali ne da uništi drugo lice (s tim što fizičko nasilje uvek sa sobom nosi rizik

¹¹ Z. Milivojević, op. cit., 437-444.

da eskalira). Jednom rečju, razlika između osećanja ljutnje i osećanja mržnje, odnosno besa i gneva ogleda se u njihovoj različitoj logici i u kvalitativno drugačijim načinima objektivnog manifestovanja – agresivnost i destruktivnost. Još je Aristotel ukazivao da je „cilj ljutnje neugodnost, a cilj mržnje zlo. Ljutit čovek nastoji da se njegova ljutnja oseti, prepozna i u mnogim slučajevima ljutit čovek može da prašta, a onaj ko mrzi nikada jer on želi da drugi nestane.“¹² Otuda se može zaključiti da osećanje ljutnje, odnosno bes sam po sebi ne dovodi do lišenja života drugog lica. Potrebno je naime da se u konkretnom slučaju kroz složene psihičke mehanizme osećanje ljutnje transformiše u osećanje mržnje, odnosno da bes pređe u gnev – da se ova dva osećanja funkcionalno povežu. U ovako nastalom emotivnom spletu mržnja, odnosno gnev po prirodi stvari dobija dominantnu ulogu i u potpunosti dehumanizuje drugo lice, što može da rezultira destrukcijom, odnosno lišenjem života tog lica.¹³

Ispravan stav jeste da ubistvo na mah ne može biti izvršeno „u stanju prepasti koje nastaje usled snažnog afekta straha izazvanog osećanjem životne ugroženosti“ (VSS Kž. 1543/03 i Kž.1 3221/13), drugim rečima, „ako je na ponašanje okrivljenog uticao afekat straha jakog intenziteta koji je osećao u odnosu na pokojnog oštećenog, postoji ubistvo u prekoračenju granice nužne odbrane usled jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom“ (VS u Zrenjaninu 2K. 10/13). Suprotno tome, Viši sud u Novom Pazaru stoji na stanovištu da je postojala jaka razdraženost „kada je okrivljeni bio u stanju povišene emocionalne napetosti, sa psihološkim sadržajem afekta straha jakog intenziteta“ (K. 120/11). U istom smislu se u pojedinim slučajevima izjašnjava Viši sud u Beogradu (K. 946/14, K. 726/15 i

¹² Aristotel, *Retorika*, Naprijed, Zagreb, 1989, 96. Z. Milivojević uočava da se ljutnja i mržnja neretko pogrešno poistovećuju i to ne samo u svakodnevnom životu (pojmovno poistovećivanje i pogrešno prepoznavanje tuđe ljutnje kao mržnje) već i u stručnoj literaturi. Isto važi i za agresivnost i destrukciju. Kako autor ističe, u forenzičkoj psihijatriji su ova razlikovanja nekada „sudbonosna“. (Z. Milivojević, op. cit., 436). Upor. Nikola Rot, *Osnovi socijalne psihologije*, Zavod za udžbenike, Beograd, 2010, 313-315. O potrebi razlikovanja termina agresija i destrukcija govori i M. Kostić navodeći da je na to prvi ukazao E. From prema čijem mišljenju je agresija defanzivna, biološki adaptivna, služi životu i sastavni je deo ljudske afektivnosti (može biti pozitivna i negativna), a destrukcija je ofanzivna, nije adaptivna i nije filogenetski programirana. V. Milan Kostić, *Forenzička psihologija*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 2002, 132-134.

¹³ U istom smislu v. Nataša Delić, „Neke dileme u vezi pojedinih kvalifikatornih okolnosti kod krivičnog dela teškog ubistva (član 114. KZ)“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Jedanaesti deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 108-109. V. takođe, Nataša Delić, „Krivičnopravni značaj mržnje u svetlu identitetskog preobražaja Srbije“, *Identitetski preobražaj Srbije, prilozi projektu 2015 – Kolektivna monografija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 136-139.

K. 113/17), kao i Viši sud u Sremskoj Mitrovici (K. 93/19), a Apelacioni sud u Novom Sadu navodi da „za postojanje ubistva na mah nije dovoljno afektivno stanje straha srednjeg intenziteta“ (Kž. 3515/12). Takođe, sud najviše instance u jednoj odluci iznosi da je „sud utvrdio da je agresivno ponašanje sada pokojnog oštećenog sa elementima zlostavljanja, kod okrivljenog kritičnom prilikom izazvalo ne samo fizički bol već i strah, stid i zbunjenost, što je dovelo do stanja jake razdraženosti“ (VSS Kž. 264/09).

Strah predstavlja osećanje (grupu osećanja) koje se javlja kada neko proceni da je ugrožena njegova vrednost (dobro), tj. da postoji opasnost kojoj ne može da se suprotstavi na adekvatan način, ali da može da se skloni, da pobegne iz takve, opasne situacije. Strah omogućava brzu i automatsku procenu opasnosti, trenutnu mobilizaciju organizma i spremnost za adaptivno ponašanje. U evolutivnom smislu, strah doprinosi preživljavanju i zaštiti. Strah je signal da se neko nalazi u situaciji koja prevazilazi njegove mogućnosti. Takođe, strah je potvrda da čovek prihvata svoju ograničenu egzistencijalnu poziciju i istovremeno manifestacija volje za životom i preživljavanjem. Osećanje straha prate odgovarajuće fiziološke promene, kao što su aktivacija simpatičkog ili parasimpatičkog nervnog sistema. Da li će određena vrsta straha aktivirati jedan ili drugi nervni sistem zavisi od primarne kognitivne obrade i pri tome aktiviranje simpatičkog nervnog sistema inicira reakciju bega, a aktiviranje parasimpatičkog nervnog sistema izaziva pasivnost (kočenje). Kada se neko nalazi u opasnoj situaciji i u odnosu na prisutnu opasnost sebe jednim delom procenjuje slabijim, a drugim delom jačim, pored osećanja straha može se javiti i osećanje ljutnje, odnosno besa, a izuzetno osećanje mržnje, odnosno gneva. Tada ne dolazi do bekstva ili pasivnosti, već do agresivnog (bes) ili destruktivnog (gnev) ponašanja. Agresivnost ili destruktivnost koja proizlazi iz ovako postavljene konstelacije osećanja, odnosno afekata (strah i ljutnja/bes ili strah i mržnja/gnev) istovremeno obuhvata i predstavu o sopstvenoj nemoći i stoga u konkretnom slučaju može biti izuzetno intenzivna.¹⁴

Osećanje straha može biti različitog intenziteta i trajanja. Strah malog intenziteta naziva se oprez. Najintenzivniji strah jeste afekat straha koji se javlja kada neko lice procenjuje da je ugrožena njegova najvažnija vrednost (dobro). Treba reći da prema savremenim shvatanjima panika i užas nisu stepeni straha, već da između ovih osećanja postoji kvalitativna razlika. U slučaju panike lice nije sigurno da može da pobegne ili spreči opasnost, njegovo ponašanje je nekontrolisano i time neadaptivno, a u slučaju užasa lice je sigurno da ne može da pobegne i smatra da nema izlaza iz opasne situacije, što se manifestuje odsustvom bilo kakve reakcije,

¹⁴ Z. Milivojević, op. cit., 497-498.

tzv. „zaleđivanjem.“¹⁵ Ukratko rečeno, osećanje straha, odnosno afekat straha prevashodno motiviše na bekstvo od izvora opasnosti (adaptivno ponašanje), a samo ukoliko se javlja zajedno sa osećanjem ljutnje, odnosno besa ili osećanjem mržnje, odnosno gneva, tada dolazi do odgovarajuće aktivnosti koju karakterišu specifični „signali straha“ i agresivno ili destruktivno ponašanje. Otuda se može zaključiti da navedena karakteristika osećanja straha, odnosno afekta straha predstavlja osnovni razlog zbog kojeg zakonodavac kod ubistva na mah nije predvideo jaku prepast kao obeležje bića krivičnog dela.

U sudskoj praksi se ističe da „jaka razdraženost pretpostavlja *afekat visokog intenziteta*“ (VSS Kž. 402/97 i Kž.I 855/95) i da za ubistvo na mah nije dovoljna bilo kakva razdraženost na strani učinioca, već je potrebno da je reč o „jakoj razdraženosti koja se ceni u svakom konkretnom slučaju“ (AS u Beogradu Kž.1 6693/12). Postojanje razdraženosti koja nije jaka, odnosno prisustvo afekta koji nije dostigao odgovarajući intenzitet i nije ostvario potreban uticaj na druge psihičke funkcije isključuje ubistvo na mah, tada postoji obično ubistvo i razdraženost učinioca nastala pod dejstvom afekta može imati značaj prilikom redovnog odmeravanja kazne (čl. 54 KZ). U stručnoj literaturi se smatra da je sa stanovišta intenziteta afekte moguće svrstati u tri kategorije: slabe afekte – blag stepen uzbuđenja, skoro neprimetne afektivne reakcije i zanemarljiv uticaj na druge psihičke funkcije; srednje afekte – izraženo afektivno uzbuđenje, afektivne reakcije su jasno uočljive i slabiji uticaj na druge psihičke funkcije i jake afekte – intenzivno emocionalno uzbuđenje, burne manifestacije i izrazito naglašen uticaj na intelektualno-saznajne i voljno-motivacione psihičke funkcije.¹⁶ Međutim, prisutan je i stav da u praksi nema pouzdanih kriterijuma za razlikovanje jake i slabe (obične) razdraženosti i zato veštak u svakom konkretnom slučaju treba da proveriti sve mogućnosti i kao „najverovatniju“ usvoji onu tezu o psihičkim funkcijama učinioca u vreme izvršenja krivičnog dela koja uspostavlja koherentnu vezu kako sa karakteristikama njegove ličnosti, tako i sa relevantnim okolnostima konkretnog slučaja.¹⁷

Prihvaćeno je da jaka razdraženost kao obeležje ubistva na mah pretpostavlja visok intenzitet tzv. *fiziološkog (normalnog) afekta*, tj. afekta u koji, pod odgovarajućim okolnostima, može doći svaki čovek.

Nadalje se smatra da za razliku od tzv. *patološkog (divljeg, neobuzdanog, vehementnog) afekta*, koji dovodi do neuračunljivosti ili bitno smanjene uračunljivosti (AS u Beogradu Kž.1 936/15), fiziološki afekat visokog intenziteta, tj. jaka

¹⁵ Z. Milivojević, *ibidem*, 490-502. Upor. Z. Ćirić, op. cit, 99-100.

¹⁶ Z. Ćirić, op. cit, 94-95.

¹⁷ M. Kostić, op. cit., 173.

razdraženost ne onemogućava sposobnost rasuđivanja i/ili sposobnost odlučivanja i ne isključuje uračunljivost (OS u Prokuplju K. 4/06). Kako se navodi, „iz nalaza i mišljenja veštaka sledi da je afektivno stanje u kojem se našao okrivljeni ostalo u granicama normalnog, što znači da se, suprotno navodima tužioca, ne radi o patološkom afektivnom stanju, u kom slučaju bi došlo do primene instituta neuračunljivosti“ (AS u Beogradu Kž.1 936/15). Shodno tome, može se dovesti u pitanje opravdanost stavova da je za ubistvo na mah potrebno „stanje intenzivnog uzbuđenja u vidu jake razdraženosti koje smanjuje ili isključuje logičko i normalno razmišljanje, tako da su postupci pod uticajem afekata nekontrolisani“ (OS u Prokuplju K. 14/07), odnosno „da je jaka razdraženost posebno duševno stanje u kojem se bez ikakvog rasuđivanja i u trenutku vrši krivično delo“ (VSS Kž. 34/89).

Kada se u relevantnoj literaturi koriste pojmovi fiziološki i patološki afekat, jedan broj autora ima u vidu intenzitet emocionalne reakcije, tj. ispoljen „višak“ afekta. Ukoliko se proceni da je taj „višak“ afekta proporcionalan uzroku (stimulusu), tj. napadu, zlostavljanju ili teškom vređanju, smatra se da je reč o fiziološkom afektu. Ukoliko postoji očigledna nesrazmera, tj. ako je emocionalna reakcija preterana, radi se o patološkom afektu.¹⁸

Osim navedenog, moglo bi se reći kvantitativnog pristupa, u literaturi postoji i jedna vrsta normativnog pristupa shodno kojem razlikovanje fiziološkog i patološkog afekta ne zavisi od prirode i intenziteta afekta, već od činjenice da li je afektivna reakcija bila uobičajena i ukoliko se smatra da ponašanje pasivnog subjekta prema prihvaćenim merilima „zavređuje“ reakciju u vidu lišenja života, afekat se smatra normalnim.¹⁹

Prema sledećem pristupu, „fiziološki afekat je karakterističan za duševno zdravu osobu, a patološki afekat za osobu koja boluje od neke teže ili lakše duševne bolesti.“²⁰ Kako se konstatuje, patološki afekat se najčešće sreće kod epilepsije, psihopatske strukture ličnosti, teže duševne zaostalosti i drugih težih mentalnih poremećaja. Patološki afekat se od fiziološkog afekta razlikuje po kvalitetu, manifestaciji i jačini ispoljavanja. Karakteristike patološkog afekta su sledeće: nastaje naglo, postoji upadljiva nesrazmera između povoda i intenziteta emocionalnog doživljaja i reakcije, kompromituje sve ili većinu psihičkih funkcija, objektivno se manifestuje

¹⁸ Dragana Kolarić, *Krivično delo ubistva*, Službeni glasnik, Beograd, 2008, 262-265; Jovan Marić, „Veštačenje afektivnih stanja kod ubistava“, *Ubistva i samoubistva u Jugoslaviji – telesne povrede*, Srpsko udruženje za krivično pravo, Kopaonik, 1998, 71.

¹⁹ Jovan Ćirić, „Ubistvo u stanju jake razdraženosti izazvane krivicom žrtve“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 1997, 132.

²⁰ Đorđe Lopičić, *Krivično delo ubistvo na mah*, Kultura, Književno izdavačka zadruga, Beograd, 1989, 101. V. takođe D. Drakić, op. cit., 249.

intenzivnim psiho-motornim nemirom koji vodi u agresivnost ili destrukciju, naglo prestaje, često se završava dubokim snom i nakon njegovog prestanka dolazi do delimične ili potpune amnezije za period trajanja patološkog afekta.²¹

U starijoj literaturi nailazimo na pristup, koji bismo, u skladu sa prethodno navedenim, mogli označiti kao kvantitativno-kvalitativni, a shodno kojem se pod patološkim „neobičnim“ afektima podrazumevaju „osećajna uzbuđenja“ koja su patološka bilo po načinu nastanka, jačini, toku, dejstvu na druge psihičke funkcije ili dejstvu na okolinu.²²

Postoji i mišljenje da su novija shvatanja iz forenzičke psihijatrije dovela u sumnju teoriju „patološkog afekta“ jer se došlo do spoznaje da se izuzetno snažni afekti mogu razviti i kod mentalno zdravih i socijalno adaptiranih lica. S obzirom na to, ističe se da je na današnjem stepenu razvoja forenzičke psihijatrije sasvim logično napuštanje konstrukcije „patološkog afekata“ i da bi jedina realna podela obuhvatala dve velike grupe: afekti primereni jačini draži i afekti neprimereni jačini draži. Po prirodi stvari, afekti druge grupe se javljaju kod lica koja pokazuju strukturne abnormalnosti u svojim ličnostima, ali je njihova pojava moguća i kod psihički neupadljivih lica.²³

Prisutno je i stanovište da je pojam patološki afekat primer pravno-psihijatrijskog kompromisa i da je njegov praktični značaj naglašeno sporan.²⁴

Najzad, za ovu problematiku značajan može biti i psihološki pristup shodno kojem prijatna i neprijatna osećanja (ljutnja i mržnja) u konkretnom slučaju mogu biti adekvatna i neadekvatna. Adekvatna osećanja podrazumevaju adekvatnu – primerenu emocionalnu reakciju, tj. reakciju koja svojim kvalitetom, intenzitetom, trajanjem i načinom izražavanja odgovara objektivnoj situaciji. Adekvatnost emocionalne reakcije utvrđuje se poređenjem sa stimulusnom situacijom. Osećanje je adekvatno ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi: stimulusna situacija zaista postoji, tačno je opažena, pravilno shvaćena, ispravno vrednovana, intenzitet i trajanje nastalih osećanja su prihvatljivi, osećanje se izražava na socijalno prihvatljiv način i deluje adaptivno. Neadekvatno osećanje postoji ukoliko nije zadovoljen jedan ili više od navedenih kriterijuma. Sledstveno tome, fiziološki i patološki afekti bi predstavljali neadekvatna osećanja koja se mogu javiti kod normalnih lica i kod lica kod kojih postoji neki vid psihičkog poremećaja. Razlika se sastoji u tome što

²¹ Z. Ćirić, op. cit., 99-100.

²² D. Jevtić (1953), op. cit., 49.

²³ Ratko Kovačević, Marija Moravčević, „Ubistvo u prekoračenju nužne odbrane i ubistvo na mah“, *Pravni život*, br. 9, 2002, 138.

²⁴ Borislav Kapamadžija, „Ubistvo u afektu“, *JRKK*, br. 1, 1980, 48.

se kod normalnih lica neadekvatno osećanje manifestuje tako što intenzitet i/ili trajanje osećanja ne odgovaraju stimulusu i/ili se osećanje izražava na socijalno neprihvatljiv način. Kod pojedinih psihičkih poremećaja, zavisno od njihove prirode (npr. duševne bolesti), neadekvatno osećanje pretpostavlja da nije ispunjen još neki (jedan ili više) od navedenih kriterijuma koji definišu adekvatnost osećanja, npr. stimulusna situacija ne postoji ili postoji ali nije tačno opažena i protumačena.²⁵

Kao što se da videti, pitanje razlike između fiziološkog i patološkog afekta može biti terminološke i suštinske prirode. Naime, iako se u jezičkom smislu pojmovi bolest, nenormalnost, abnormalnost, poremećenost/poremećaj najčešće poistovećuju,²⁶ treba ukazati da se u krivičnopravnoj literaturi insistira na tome da se pojam psihička/duševna poremećenost koristi kao genusni pojam koji u najširem smislu označava svako stanje koje karakteriše poremećaj/narušavanje psihičkih funkcija i koje, shodno tome, drugačije u odnosu na normalno psihičko stanje.²⁷ Stanja koja mogu dovesti do poremećaja psihičkih funkcija su po svojoj prirodi veoma različita i tu, u skladu sa odredbom čl. 23 KZ, dolaze u obzir: a) duševne bolesti – predstavljaju (jednu) vrstu psihičke poremećenosti u širem smislu, u literaturi se označavaju kao psihičke poremećenosti u užem smislu i za potrebe krivičnog prava ovaj pojam treba odrediti prema psihopatološkim kriterijumima, što znači da se o psihotičnom poremećaju, tj. bolesti može govoriti tek kada kvantitet psihičkog poremećaja poprimi referentne kvalitativne promene; b) privremene duševne poremećenosti – podrazumevaju teže poremećaje svesti (time i volje) kraćeg ili nešto dužeg trajanja koji zavise od delovanja određenog egzogenog ili endogenog faktora, to mogu biti stanja izazvana intenzivnim afektima, alkoholnom intoksikacijom kao i prolazni poremećaji svesti uzrokovani organskim bolestima, stanje je prolazno (privremeno), različito od normalnog stanja (poremećeno) i nema karakter bolesti; v) zaostali duševni razvoj – vrsta psihičke poremećenosti koji ne predstavlja „posebnu bolest“ već je u pitanju nedovoljan, niži stepen mentalnog razvoja koji onemogućava efikasno korišćenje raspoloživih psihičkih funkcija i g) druge teže duševne poremećenosti – podrazumevaju sve vrste težih duševnih poremećaja koji se ne mogu podvesti pod prethodno navedene.²⁸

²⁵ V. Z. Milivojević, op. cit., 134. i 154-146.

²⁶ Patološko – nenormalno, abnormalno, bolesno. Grupa autora, redaktor M. Nikolić, op. cit., 918.

²⁷ V. Nataša Delić, „Neke dileme u vezi utvrđivanja neuračunljivosti i bitno smanjene uredljivosti (član 23. KZ)“, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti)* (ur. Svetislav Taboroši), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 154-155.

²⁸ N. Delić, *ibidem*, 156-157.

Ako pojam patološki afekat tumačimo u navedenom kontekstu, zaključujemo da se ova vrsta afekata javlja samo kod bolesnih psihičkih stanja (duševnih bolesti), koja predstavljaju najteži oblik poremećenih psihičkih stanja (u širem smislu). To znači da patološki afekat osim intenziteta, nesrazmerno sa uzrokom (stimulusom), suštinski određuje njegovo poreklo (izvor), a to je bolesno psihičko stanje.²⁹ Na ovaj način određen patološki afekat može biti različitog intenziteta i dejstva na druge psihičke funkcije: može ih (samo) smanjiti, bitno smanjiti ili isključiti (onemogućiti). Ukoliko sud konstatuje da su relevantne psihičke funkcije bile bitno smanjene ili isključene, dolazi do primene instituta bitno smanjene uračunljivosti/neuračunljivosti. No, tada osnov bitno smanjene uračunljivosti/neuračunljivosti neće biti privremena duševna poremećenost, nastala pod dejstvom odgovarajućeg afekta visokog intenziteta, već duševna bolest koja se, pored ostalog, manifestuje i pojavom intenzivnih afekata. Ukoliko relevantne psihičke funkcije budu samo smanjene, ali ne do stepena bitnog, postoji obično ubistvo (čl. 113 KZ) i data okolnost može imati značaj prilikom redovnog odmeravanja kazne (čl. 54 KZ). Navedeno stanovište, shodno kojem se u okviru patološkog afekta ne može govoriti o ubistvu na mah, prisutno je u delu krivičnogpravnog i forenzičke literature.³⁰

Sudska praksa stoji na stanovištu da jaka razdraženost podrazumeva psihičko stanje usled kojeg su sposobnosti rasuđivanja i/ili odlučivanja *samo smanjene* (VSS Kž.1 40/97), što znači da je uračunljivost učinioaca „smanjena, ali ne do stepena bitnog“ (VSS Kž. 244/05) – „*Vladaj svojim osećanjima jer ako ne slušaju, onda zapovedaj*“, *Horacije*. Budući da tada smanjena uračunljivost predstavlja obeležje bića, ne može biti uzeta u obzir prilikom redovnog odmeravanja kazne (čl. 54 KZ).

S obzirom na to da dejstvo odgovarajućeg afekta na druge psihičke funkcije prvenstveno zavisi od njegovog intenziteta kao i od strukture ličnosti učinioaca, u praksi su česti slučajevi da fiziološki afekat besa ili afekat gneva visokog intenzitet bitno smanji mogućnost realizacije drugih psihičkih funkcija, odnosno da sud utvrdi bitno smanjenje sposobnosti rasuđivanja i/ili sposobnosti odlučivanja. Kako se naglašava, „afekat gneva jakog intenziteta dovodi do narušavanja psihičkog života u onom stepenu koji je podoban da prouzrokuje bitno smanjenje sposobnosti shvatanja značaja svog dela i sposobnosti upravljanja svojim postupcima“ (VS u Kragujevcu 4K. 66/15). Razlog za to leži u činjenici da i fiziološki afekat,

²⁹ U sudskoj praksi nailazimo na stav da su „patološki afekti oni afekti koji spadaju u stanja koje zakon određuje kao privremenu duševnu poremećenost“ (OS u Prokuplju K. 4/06).

³⁰ J. Tahović (1953), op. cit., 80; Nataša Mrvić-Petrović, *Krivično pravo Posebni deo*, Pravni fakultet Union, Službeni glasnik, Beograd, 2016, 41; Božidar Krstić, „Psihijatrijsko veštačenje afektivnih stanja“, *Pravo i medicina (dodirne tačke – sporna pitanja)*, Srpsko udruženje za krivično pravo i Jugoslovensko udruženje za medicinsko pravo, Kopaonik, 1997, 171-172.

pod određenim okolnostima, može da prouzrokuje značajne psihičke promene, kao što su dezorganizacija misaonog toka, poremećaj logičkog rasuđivanja i otežana kontrola impulsivnih podsticaja koji su povezani sa postojećim emocionalnim uzbuđenjem.³¹

U doktrini se navodi da tada „jaka razdraženost poprima kvalitet bitno smanjene uračunljivosti“³² i u sudskim odlukama se uglavnom koriste sledeće formulacije: a) krivično delo je učinjeno „u stanju bitno smanjene uračunljivosti usled povišene emocionalne napetosti sa sadržajem afekta besa visokog intenziteta“ (VS u Beogradu K. 266/17 i K. 33/20) ili b) krivično delo je učinjeno „u stanju bitno smanjene uračunljivosti usled stanja jake razdraženosti“ (VS u Beogradu K. 946/14 i OS u Somboru K. 110/06). Kao što se može videti, u oba primera se konstatuje da je krivično delo učinjeno u stanju bitno smanjene uračunljivosti. U prvom primeru se umesto zakonom predviđenog biološkog osnova bitno smanjene uračunljivosti, tj. privremene duševne poremećenosti navodi afekat besa visokog intenziteta koji je inače uzrok, pretpostavka ovog poremećenog psihičkog stanja (u širem smislu). U drugom primeru se bitno smanjena uračunljivost kao opšti institut povezuje sa obeležjem bića krivičnog dela, tj. sa jakom razdraženošću. Najzad, u jednoj odluci se najpre navodi da kod učinioca „nije registrovano postojanje duševne bolesti, privremene duševne poremećenosti, zaostalog duševnog razvoja, niti druge teže duševne poremećenosti“, da bi sud potom zaključio da „s obzirom na početnu psihoorgansku razgradnju ličnosti i stanje povišene emocionalne napetosti sa psihološkim sadržajem afekta straha visokog intenziteta proizlazi da su sposobnosti okrivljenog da shvati značaj svog dela i upravlja svojim postupcima u vreme izvršenja krivičnog dela bile bitno smanjene i da je uračunljivost okrivljenog bila bitno smanjena“ (VS u Sremskoj Mitrovici K. 93/19). Kako se čini, sud pravi dve greške: prvu, kod ubistva na mah jaku razdraženost povezuje isključivo sa afektom straha i drugu, bitno smanjenu uračunljivost, koja predstavlja opšti institut krivičnog prava, u potpunosti izmešta iz zakonskog pojma tako što negira prisustvo relevantnog poremećenog psihičkog stanja, a time isključuje i primenu odgovarajućeg metoda za utvrđivanje bitno smanjene uračunljivosti (čl. 23 KZ).³³

³¹ Z. Ćirić, op. cit., 88-90. Prema B. Kapamadžiji učinilac krivičnog dela ubistva na mah „ne razmišlja, on samo oseća“ (B. Kapamadžija, op. cit, 53). Prema Č. Hajdukoviću „afekat se 'poigrava' sa svešću i onemogućava kontrolu volje.“ Čedomir Hajduković, *Sudska psihijatrija*, Medicinska biblioteka, Beograd-Zaječar, 1981, 42.

³² Grupa autora, redaktor Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1995, 147.

³³ U literaturi se uobičajeno navodi da se neuračunljivost i bitno smanjena uračunljivost utvrđuju primenom mešovitog biološko-psihološkog metoda. Međutim, reč je o mešovitom metodu

Pitanje koje se ovde postavlja jeste da li se u slučaju odgovarajućeg afekta visokog intenziteta koji je doveo do bitnog smanjenja drugih psihičkih funkcija primenjuje institut bitno smanjene uračunljivosti ili je ovu situaciju moguće razmatrati u okviru obeležja bića krivičnog dela ubistva na mah.

Budući da institut bitno smanjene uračunljivosti, u skladu sa zakonskim tekstom, zahteva odgovarajući afekat visokog intenziteta kao pretpostavku (uzrok) stanja privremene duševne poremećenosti koje je bitno smanjilo sposobnost rasuđivanja i/ili sposobnost odlučivanja (bitno smanjena uračunljivost = afekat visokog intenziteta → privremena duševna poremećenost + bitno smanjene relevantnih psihičkih funkcija), smatramo da je konstituisanje instituta bitno smanjene uračunljivosti kod krivičnog dela ubistva na mah moguće jedino primenom kreativne analogije, odnosno ako se pojam jaka razdraženost poistoveti sa pojmom privremena duševna poremećenost, što bi značilo da je odgovarajući afekat visokog intenziteta prouzrokovao jaku razdraženost kao „vid“ privremene duševne poremećenosti koja je bitno smanjila sposobnost rasuđivanja ili sposobnost odlučivanja. Pošto ovaj način tumačenja zahteva odgovarajuću formulaciju u sudskim odlukama, ostaje otvoreno pitanje šta bi trebalo navesti kao osnov bitno smanjene uračunljivosti, da li je to jaka razdraženost ili privremena duševna poremećenost ili privremena duševna poremećenost u vidu jake razdraženosti, odnosno jaka razdraženost kao

čija je kompleksna biološko-psihološka sadržina obogaćena dvostrukom normativnom komponentom. Pri tome, biološki segment neuračunljivosti/bitno smanjene uračunljivosti ne mora uvek imati čisto biološku osnovu, već ona može biti i psihološke prirode, kao što je afekat visokog intenziteta. Stoga bi se moglo reći da prvi segment ovog metoda nije čisto biološki, već bio-psihološki. Takođe, ono što se prilikom utvrđivanja neuračunljivosti/bitno smanjene uračunljivosti označava kao primena psihološkog metoda i svodi se na procenu sposobnosti/mogućnosti shvatanja značaja svog dela i upravljanja svojim postupcima, suštinski nije isključivo psihološke prirode, odnosno ne podrazumeva samo procenu mogućnosti/sposobnosti realizacije određenih psihičkih funkcija učinioca, već nužno obuhvata i odgovarajuću normativnu ocenu s obzirom na to da se u konkretnom slučaju utvrđuje i da li je učinilac bio u stanju da „savlada“ uticaje iz date bio-psihološke sfere i da ne učini krivično delo. Na ovaj način, tek normativna ocena daje odgovarajući značaj prethodno utvrđenim bio-psihološkim stanjima, čije prisustvo samo po sebi ne implicira neuračunljivost/bitno smanjenu uračunljivost, nego je potrebno da se kroz normativnu komponentu utvrdi prisustvo jednostrane veze između bio-psihološkog i psihološkog segmenta. Najzad, propisivanje druge teže duševne poremećenosti kao biološkog osnova neuračunljivosti/bitno smanjene uračunljivosti već u (prvi) bio-psihološki segment neuračunljivosti/bitno smanjene uračunljivosti unosi normativnu komponentu, budući da ocena o tome koja je duševna poremećenost teža takođe pretpostavlja određeno vrednovanje. Shodno navedenom, metod za utvrđivanje neuračunljivosti/bitno smanjene uračunljivosti je u svom prvom segmentu, koji se uobičajeno označava kao biološki, suštinski biološko-psihološko-normativan, a u svom drugom segmentu, koji se uobičajeno označava kao psihološki, isto tako je sadržinski bogatiji, tj. psihološko-normativan i zato ga treba označiti kao kompleksni mešoviti metod. Više, N. Delić (2012), op. cit., 153-154.

vid privremene duševne poremećenosti. Jedino je izvesno da se u sudskoj odluci kao osnov bitno smanjene uračunljivosti ne bi mogao navesti odgovarajući afekat visokog intenziteta, jer je to uzrok, odnosno medicinska pretpostavka koja implicira privremenu duševnu poremećenost kao pravni pojam.³⁴

Druga mogućnost pak, jeste da se bitno smanjenje psihičkih funkcija usled odgovarajućeg afekta visokog intenziteta posmatra isključivo u vezi sa pojmom jake razdraženosti kao obeležjem bića krivičnog dela, što bi značilo da uz ispunjenje preostala dva uslova, za postojanje krivičnog dela ubistva na mah ne bi bilo značajno da li je u konkretnom slučaju usled jake razdraženosti došlo do smanjenja ili bitnog smanjenja sposobnosti rasuđivanja ili sposobnosti odlučivanja (jaka razdraženost = afekat besa ili afekat gneva visokog intenziteta + smanjene ili bitno smanjene relevantnih psihičkih funkcija). Okolnost da su relevantne psihičke funkcije bile bitno smanjene imala bi odgovarajući značaj prilikom redovnog odmeravanja kazne (čl. 54 KZ). Shodno tome, u sudskoj odluci bi trebalo navesti da je krivično delo učinjeno u jakoj razdraženosti nastaloj usled odgovarajućeg afekta visokog intenziteta i da je jaka razdraženost smanjila ili bitno smanjila sposobnost rasuđivanja i/ili sposobnost odlučivanja učinioca.

Treća mogućnost je da se primeni kvalifikacija običnog ubistva i institut bitno smanjene uračunljivosti kao fakultativni osnov za ublažavanje kazne.³⁵

Najzad, smatramo da nije suvišno ako istaknemo da se ne slažemo sa stavom da „stanje jake razdraženosti, kao afektivno stanje visokog intenziteta, koje utiče na svest i volju u manjoj ili većoj meri, može kod učinioca prouzrokovati privremenu duševnu poremećenost sa posledicom bitno smanjene uračunljivosti.“³⁶ Ovo iz razloga što jaka razdraženost i privremena duševna poremećenost predstavljaju pravne pojmove i pri tome je prvi pojam obeležje bića krivičnog dela, a drugi pojam je komponenta opšteg instituta. Ono što im je zajedničko jeste afekat visokog intenziteta koji kao medicinski pojam implicira jaku razdraženost u kontekstu krivičnog dela ubistva na mah, a privremenu duševnu poremećenost u kontekstu instituta bitno smanjene uračunljivosti, međutim data okolnost ne pruža normativno uporište za njihovo uzročno-posledično povezivanje.

Budući da, kao što je prethodno rečeno, sudska praksa u navedenom slučaju prihvata postojanje instituta bitno smanjene uračunljivosti kod ubistva na mah,

³⁴ Upor. Franjo Bačić, Zvonimir Šeparović, *Krivično pravo Posebni dio*, Narodne novine, Zagreb, 1992, 56.

³⁵ U starijoj literaturi v. Stanko Frank, *Kazneno pravo II Posebni dio*, Jugoslovenska štampa, Zagreb, 1934, 44. V. takođe, J. Ćirić, op. cit, 130-131.

³⁶ Dušan Jevtić, *Sudska psihopatologija*, Medicinska knjiga, Beograd-Zagreb, 1966, 87; Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 454.

sudovi u skladu sa pravilom o zabrani dvostrukog vrednovanja u svojim odlukama posebno naglašavaju da „bitno smanjena uračunljivost predstavlja obeležje bića krivičnog dela ubistva na mah i zato je isključena mogućnost ublažavanja kazne po tom osnovu“ (VSS Kž. 1020/00) i „bitno smanjena uračunljivost takođe ne može imati značaj olakšavajuće okolnosti prilikom redovnog odmeravanja kazne kod krivičnog dela ubistva na mah“ (VS u Beogradu K. 33/20).³⁷

Sledstveno navedenom, nadalje se smatra da bi kod ubistva na mah primena instituta bitno smanjene uračunljivosti bila moguća „jedino ukoliko do bitnog smanjenja relevantnih psihičkih funkcija nije došlo na osnovu jake razdraženosti, već ako je prisutan neki drugi biološki osnov bitno smanjene uračunljivosti, npr. duševna bolest.“³⁸

Iz navedenog proizlazi da tada postoji odgovarajući afekat visokog intenziteta, odnosno jaka razdraženost kao obeležje ubistva na mah, ali da jaka razdraženost nije ostvarila značajniji uticaj na relevantne psihičke funkcije, već je njihovo bitno smanjenje nastalo usled nekog drugog poremećenog psihičkog stanja (u širem smislu), koje shodno zakonskom tekstu može imati značaj osnova bitno smanjene uračunljivosti. Jednom rečju, u ovako postavljenoj konstelaciji koja obuhvata istovremenu egzistenciju dva poremećena psihička stanja (u širem smislu) primena instituta bitno smanjene uračunljivosti kod ubistva na mah zahteva da je sa visokim stepenom izvesnosti utvrđeno prisustvo kao i intenzitet uticaja svakog od poremećenih psihičkih stanja na relevantne psihičke funkcije.

Ovde treba reći da u praksi ima i odluka u kojima stoji da je ubistvo na mah učinjeno u stanju bitno smanjene uračunljivosti koja je nastala usled „sadejstva“ najmanje dva uzroka, npr. „alkoholne opijenosti i afekta visokog intenziteta“ (VS K. 113/17) ili „omamljenosti opojnim drogama i afekta visokog intenziteta“ (VS u Beogradu K. 101/20). U navedenim primerima sudovi ne pominju osnov bitnog smanjenja relevantnih psihičkih funkcija, već samo njegov uzrok, a jaka razdraženost se navodi kao obeležje bića krivičnog dela. Pošto u sudskim odlukama nema reči o privremenoj duševnoj poremećenosti, može se zaključiti da ubistvo na mah kao i primena instituta bitno smanjene uračunljivosti ovde pretpostavljaju „samo“ jaku razdraženost nastalu pod dejstvom više (najmanje dva) različitih uzroka, među kojima je i odgovarajući afekat, za koji može biti sporno da li je njegov intenzitet u konkretnom slučaju bio opredeljen odgovarajućim povodom (napadom, zlostavljanjem ili teškim vređanjem), što predstavlja obeležje bića ubistva na mah ili pak, prisustvom drugog uzroka. Odgovor na ovo pitanje nije nimalo jednostavan,

³⁷ Upor. Jovan Buturović, „Značaj afekta za krivičnu odgovornost“, *JRKK*, br. 1, 1908, 40.

³⁸ Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, op. cit., 47; I. Marković, „Ubistvo na mah“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 1997, 171.

jer pretpostavlja kvalitativno diferenciranje prisutnih uzroka, koji imaju ista dejstva, kao i gradiranje ostvarenog uticaja na relevantne psihičke funkcije.

Nakon svega o čemu je prethodno bilo reči, smatramo da je ključno pitanje, pitanje suštine i pravne prirode pojma jaka razdraženost – da li pojam jaka razdraženost kao obeležje ubistva na mah označava vrstu poremećenog psihičkog stanja (u širem smislu) koje je po svojoj prirodi, odnosno uzroku – afektu visokog intenziteta blisko pojmu privremene duševne poremećenosti iz čl. 23 KZ ili se pak, radi o sinonimima (jaka razdraženost = privremena duševna poremećenost). Ako je jaka razdraženost slična stanju privremene duševne poremećenosti i stoga podobna da smanji ili bitno smanji relevantne psihičke funkcije, onda nema potrebe da se „u priču uvodi“ institut bitno smanjene uračunljivosti i treba ostati u okvirima obeležja bića krivičnog dela. Ukoliko se pak, uzme da je pojam jaka razdraženost sinonim za pojam privremena duševna poremećenost, onda jaka razdraženost koja je bitno smanjila relevantne psihičke funkcije može da konstituiše institut bitno smanjene uračunljivosti. Međutim, ovde problem stvara činjenica da se u odredbi čl. 23 KZ pojam jaka razdraženost uopšte ne pominje i da je, kao što je već bilo istaknuto, navedeno pojmovno poistovećivanje, kao pretpostavka za primenu instituta bitno smanjene uračunljivosti kod krivičnog dela ubistva na mah, moguće jedino primenom kreativne analogije, što je u direktnoj suprotnosti sa načelom zakonitosti.

Jaku razdraženost sud utvrđuje *na osnovu nalaza i mišljenja veštaka* medicinske (psihijatrijske) struke koji se izjašnjava/ju „o prisustvu jakog afekta gneva u vreme izvršenja ubistva“ (AS u Beogradu Kž.1 3221/13). Kako se naglašava, „pojam 'jaka razdraženost' je pravni pojam, ocena da li se okrivljeni nalazio u stanju 'jake razdraženosti' pripada sudu, a ne veštacima i otuda su u konkretnom slučaju sudski veštaci prekoračili svoja ovlašćenja navodeći u mišljenju da su okrivljeni postupali u stanju 'jake razdraženosti', što je prvostepeni sud pogrešno prihvatio“ (VSS Kž. 1876/03).

Na osnovu svog stručnog znanja angažovani veštak sudu treba da razjasni činjenice vezane za ličnost učinioca i njegovo psihičko stanje u vreme izvršenja krivičnog dela (VSS Kž. 189/02 i Kž. 1876/03). Pri tome, stručna ekspertiza obuhvata sintezu opšte slike ličnosti učinioca, sa posebnim akcentom na jačinu emocionalnih uzbuđenja (afekata) u određenim, životnim okolnostima (tzv. opšti model za poređenje) i slike njegovog psihičkog stanja u konkretnom trenutku – vreme izvršenja krivičnog dela. Odgovarajući fenomenološki pristup, u smislu primene opšteg teorijskog modela na konkretan slučaj, prvenstveno podrazumeva korišćenje raspoloživih podataka iz spisa predmeta u vezi preduzetih radnji, koje su spoljna manifestacija psihičkih stanja učinioca u vreme vršenja krivičnog dela, zatim korišćenje eventualno dostupne medicinske dokumentacije kao i iskaz učinioca

krivičnog dela. Pošto se iskaz učinioca odnosi na događaje koji su bili dominantno obeleženi snažnim emocijama, sadržinu iskaza primarno karakteriše specifičan mehanizam odbrane u vidu potiskivanja (represije), što u tim slučajevima predstavlja gotovo uobičajeni način reagovanja.³⁹ Kako se ističe u sudskoj praksi, „prilikom utvrđivanja jake razdraženosti sudovi uzimaju u obzir i način na koji okrivljeni opisuje kritični događaj i zato se smatra da nije postojala jaka razdraženost kada je okrivljeni vrlo detaljno opisao sve radnje koje su se dogodile pre i tokom vršenja krivičnog dela, kao i sve što je nakon toga usledilo, a ovo iz razloga što stanje jake razdraženosti po pravilu dovodi do toga da nakon kritičnog događaja postoje samo delimična sećanja i mogućnost parcijalnog opisa događaja, sa fokusom na pojedine njegove segmente“ (AS u Kragujevcu Kž.1 1415/15 i Kž. 66/15).

Nema ubistva na mah kada jaka razdraženost nije posledica (neskrivljenog) napada, zlostavljanja ili teškog vređanja od strane pasivnog subjekta „već *specifične strukture ličnosti okrivljenog* koja je eksplozivnog tipa“ (VS u Valjevu K. 28/12, u istom smislu i VSS Kž. 759/03), „ako je okrivljeni emotivno nestabilna ličnost i sklon impulsivnom reagovanju“ (OS u Valjevu K. 34/97), odnosno ako je jaka razdraženost „nastala usled preosetljivosti učinioca“ (VSS Kž.I 315/86 i Kž. 138/92, u istom smislu VS u Šapcu 3K. 223/10 i AS u Beogradu Kž.1 6693/12) – „*Narav ćeš terati vilama, a ona će se opet vratiti*“ Horacije.

Apelacioni sud u Novom Sadu posebno naglašava da je potrebno da ubistvo „bude izvršeno u izvanrednom duševnom stanju koje po svom intenzitetu dovodi do tolikog uzbuđenja učinioca da on trenutno i iznenada stvori odluku da izvrši ubistvo, razlog za takvo postupanje ne sme da bude karakterna struktura ličnosti učinioca već u stanje jake razdraženosti mora biti doveden usled delovanja faktora koji su izvan njega“ (Kž. 3515/12).⁴⁰

Budući da je u pitanju opšteprihvaćen stav, treba reći da je u forenzičkoj literaturi prisutno stanovište prema kome postojeće teorije ličnosti ne daju

³⁹ M. Kostić, op. cit., 74. Odbrambeni mehanizmi su instrumentalno stečeni načini reagovanja na frustrirajuće situacije, koriste se automatski, njihovo korišćenje zavisi od različitih faktora, pre svega od situacija u kojima se čovek nalazi i osobina ličnosti, a mogu biti korisni i štetni, zavisno od prirode i učestalosti korišćenja. N. Rot (2010), op. cit., 140-142.

⁴⁰ Sve definicije ličnosti na koje nailazimo u relevantnoj psihološkoj literaturi ističu tri momenta prilikom definisanja ličnosti: jedinstvo ili integritet ličnosti; jedinstvenost ili osobenost ličnosti i relativnu doslednost u ponašanju kao posledicu jedinstva i osobenosti ličnosti. Shodno tome, ličnost se određuje kao jedinstvena organizacija osobina koja se formira uzajamnim delovanjem organizma i socijalne sredine i određuje opšti, za pojedinca karakterističan način ponašanja. Takođe je većinski prihvaćen stav da struktura ličnosti podrazumeva organizaciju svojstava/crta/osobina/aspekata ličnosti – temperament, karakter, telesna konstitucija, određene sposobnosti, motivi, stavovi i interesi. N. Rot (2010), op. cit., 6-8. i 40-44.

zadovoljavajući odgovor na pitanje može li jedna ličnost (kao skup određenih osobina) da postupa mimo očekivanog obrasca ili čak sasvim suprotno tome.⁴¹ Suštinsko pitanje ovde jeste da li su postupci koji su nespojivi sa nekom crtom ličnosti dokaz da ta crta ličnosti ne postoji ili je u pitanju crta ličnosti koja do tada nije bila dominantna, ali se pod određenim uslovima može ispoljiti u ponašanju. Navedeno govori da ličnost učinioca u svakom slučaju treba sagledati u totalitetu i pojedine osobine ličnosti razvrstati po stepenu aktuelne prisutnosti i logične povezanosti sa preduzetim radnjama.⁴²

Za ubistvo na mah je potrebno da je učinilac u jaku razdraženost *doveden bez svoje krivice*, što znači da svojim ponašanjem nije dao povod za napad ili zlostavljanje, odnosno da nije isprovocirao teško vređanje od strane pasivnog subjekta (VSS Kž. 188/06). U doktrini se ističe da pojam „skrivljenost“ ovde ne treba tumačiti u smislu krivične odgovornosti, već da treba utvrditi da li je učinilac izazvao, isprovocirao ponašanja pasivnog subjekta. Skrivljena provokacija podrazumeva ponašanje učinioca koje po objektivnoj proceni predstavlja (opravdan) povod za napad, zlostavljanje ili teško vređanje.⁴³

Napad, zlostavljanje ili teško vređanje treba da *potiču isključivo od pasivnog subjekta* – ubijenog (VSS Kž.I 388/78). U svakom slučaju, potrebno je utvrditi odsustvo uzročno-posledične veze između prethodnog ponašanja učinioca i ponašanja pasivnog subjekta i uzročno-posledičnu vezu između napada, zlostavljanja ili teškog vređanja od strane pasivnog subjekta i afekta visokog intenziteta, odnosno jake razdraženosti učinioca. Postojanje ove veze je isključeno ako je kod učinioca

⁴¹ Prema N. Rotu razlikuju se tri grupe teorija ličnosti: prvu grupu čine teorije koje naglašavaju ulogu bioloških momenata i nasleđa (biologističke teorije), jedna od takvih teorija je i poznata Frojdova psihoanalitička teorija ličnosti, koja istovremeno sa naglašavanjem bioloških faktora ističe i ulogu doživljaja u prvim godinama života; drugu grupu teorija čine teorije koje, ne ističući ulogu bioloških momenata i nasleđa, naglašavaju osobenost svakog pojedinca, njegovu različitost u odnosu na druge ljude (personalističke teorije), među kojima je najznačajnija Olportova teorija ličnosti i treću grupu teorija ličnosti čine teorije koje stavljaju naglasak na značaj sredine, posebno socijalnih faktora (socijalne teorije), među kojima je najstarija Adlerova teorija ličnosti, a moglo bi se reći najpoznatija Fromova teorija ličnosti, koja ne predstavlja samo psihološku teoriju ličnosti već nudi i obuhvatno filozofsko i sociološko tumačenje ličnosti. N. Rot, *ibidem*, 9-33.V. takođe, K. G. Jung, op. cit., 278-343.

⁴² M. Kostić, op. cit., 173. Još je Seneka, najznačajniji predstavnik rimskog stoicizma, pisao, „Ali kao što neke naravi priroda upućuje na sklonost gnevu, tako postoje mnogi uzroci koji mogu isto što i priroda, jedne je dovela dotle bolest ili telesna povreda, druge napor i neprestano bdenje, noći ispunjene brigom ili ljubavne čežnje, a sve ono što je škodilo telu ili duši izaziva teško raspoloženje.“ Lukije Anej Seneka, *O gnevu*, Ušće, Beograd, 2002, 72.

⁴³ Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, op. cit., 146.

već bio prisutan odgovarajući afekat visokog intenziteta, koji je nastao delovanjem nekog drugog uzroka, a ponašanje pasivnog subjekta je samo povećalo intenzitet prisutnog afekta. U skladu sa navedenim, prema stavu sudske prakse, ne postoji ubistvo na mah „kada afekat besa visokog intenziteta koji je postojao kod okrivljenog prilikom ubistva sada pokojnog oštećenog, nije bio izazvan njegovim ponašanjem, već ponašanjem sada pokojne oštećene koju je okrivljeni lišio života nakon što ga je vređala i fizički napala, da bi zatim u afektu besa visokog intenziteta koji je i dalje trajao, otišao u kuću oštećenog i lišio ga života“ (AS u Novom Sadu Kž.1 2182/12). Kako sud najviše instance zaključuje, „kada je okrivljeni bio u stanju jake razdraženosti i kada je bio vređan od strane pasivnog subjekta to neće biti kvalifikovano kao ubistvo na mah ukoliko nije utvrđeno da je jaka razdraženost bila posledica teškog vređanja“ (VSS Kž. 138/92).

Doktrina i sudska praksa jedinstveno stoje na stanovištu da između povoda, tj. napada, zlostavljanja ili teškog vređanja i odgovarajućeg afekta visokog intenziteta, odnosno jake razdraženosti, osim uzročno-posledične veze, treba da postoji *srazmera*, koja, u skladu sa većinski prihvaćenim mišljenjem, podrazumeva da priroda i intenzitet afekta prema *objektivnoj proceni*, tj. kriterijumu normalne (uobičajene) osetljivosti, odgovaraju napadu, teškom vređanju ili zlostavljanju (VVS K.II 115/73 i VSS Kž. 1279/99).⁴⁴

U vezi sa ovim pitanjem ima i nešto drugačijih mišljenja, prvo, kompromisno, da objektivni kriterijum treba primenjivati uz uvažavanje okolnosti konkretnog slučaja,⁴⁵ drugo, da je prilikom utvrđivanja jake razdraženosti neophodno primeniti objektivno-subjektivni kriterijum i u istoj ravni na adekvatan način vrednovati senzibilitet učinioca⁴⁶ i treće, da jaku razdraženost treba procenjivati samo subjektivno, prema konkretnoj ličnosti, a ne prema nekom prosečnom čoveku.⁴⁷

Napad, zlostavljanje, teško vređanje i vremenski kontinuitet

Napad kao obeležje ubistva na mah mora objektivno da postoji i shodno zakonskom tekstu treba da potiče od strane pasivnog subjekta, tj. ubijenog.

⁴⁴ Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, *ibidem*, 147; Đ. Lopičić, op. cit., 95; Z. Stojanović, op. cit., 456; D. Kolarić, op. cit., 265; N. Mrvić-Petrović, op. cit., 42; Dragan Jovašević, „Ubistvo na mah i ubistvo u prekoračenju nužne odbrane“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2005, 204.

⁴⁵ Janko Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Savremena administracija, Beograd, 1957, 342.

⁴⁶ I. Marković, op. cit., 170.

⁴⁷ F. Bačić, Z. Šeparović, op. cit., 55.

Pretnja budućim, vremenski udaljenim napadom nije relevantna. Nije značajno na koji način i kojim sredstvima je izvršen napad. Ako napad potiče od psa koji je pod kontrolom vlasnika, pas predstavlja sredstvo napada. Ne radi se o napadu u navedenom smislu kada je u pitanju napad psa koji nije pod kontrolom vlasnika, npr. pas je izašao na ulicu i napao prolaznika, da bi potom iz dvorišta dotrčao vlasnik u kojeg je napadnuti pucao iz pištolja. Napad može biti učinjen i lažnim oružjem ili oruđem koje izgleda kao pravo. Postojanje napada treba ceniti objektivno uz uvažavanje aspekta napadnutog. Ako napad nije bio stvaran, nema ubistva na mah, jer tada izostaje uzročno-posledična veza između napada i odgovarajućeg afekta visokog intenziteta, odnosno jake razdraženosti.

Napad se može sastojati u činjenju ili nečinjenju – ukoliko postoji garantna dužnost, npr. otac ne spasava svoje dete koje se davi u reci. Napad ne mora biti protivpravan.⁴⁸ Ako učinilac smatra da je napad protivpravan to ne utiče na postojanje ubistva na mah.⁴⁹

Napad ne mora predstavljati radnju koja je svesno i voljno upravljena na učionica ili drugo lice. U obzir dolazi napad koji potiče od bilo kog lica, to može biti i neuračunljivo lice kao i dete. Napad se ne mora sastojati u telesnom pokretu koji predstavlja radnju u krivičnom pravnom smislu, već to može biti i refleksni pokret ili radnja izazvana inercijom.

U literaturi s početka dvadesetog veka je prisutno gledište da kod ubistva na mah napad može biti fizički, npr. telesna povreda ili psihički, npr. izazivanje straha.⁵⁰ Navedeno je prihvaćeno i u jednom delu savremene doktrine.⁵¹

U novijoj teoriji postoji mišljenje da kod ubistva na mah pojam napada treba shvatiti na sličan način kao kod instituta nužne odbrane (čl. 19 KZ).⁵² To bi, pored ostalog, značilo da napad može biti uperen protiv bilo kog pravom zaštićenog dobra ili interesa, ukoliko je pogodan da izazove stanje jake razdraženosti,⁵³ kao i da u obzir

⁴⁸ Suprotno u starijoj literaturi v. Gojko Niketić, *Krivični zakonik – objašnjenja, praksa, sporodno zakonodavstvo*, Geca Kon, Beograd, 1939, 312.

⁴⁹ D. Drakić, op. cit., 256.

⁵⁰ Toma Živanović, *Osnovi krivičnog prava Posebni deo, knjiga prva i druga*, Geca Kon, Beograd, 1933, 26.

⁵¹ J. Tahović (1953), op. cit., 80; Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, op. cit., 145; F. Bačić, Z. Šeparović, op. cit., 54; Đ. Lopičić, op. cit., 98; D. Kolarić, op. cit., 271; N. Mrvić-Petrović, op. cit., 41; D. Jovašević (2005) op. cit., 207.

⁵² Z. Stojanović, op. cit., 455. V. takođe, D. Kolarić, op. cit. 270.

⁵³ Miloš Babić, Ivanka Marković, *Krivično pravo Posebni dio*, Pravni fakultet Banja Luka, Banja Luka, 2013, 61. U starijoj literaturi v. Bogdan Zlatarić, *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, Drugi svezak*, Narodne novine, Zagreb, 1958, 193. Upor. D. Drakić, op. cit., 254.

dolazi napad na imovinu.⁵⁴ Ipak, veći broj autora⁵⁵ i sudska praksa insistiraju na tome da se pod napadom kod krivičnog dela ubistva na mah ne može smatrati napad na imovinu, već samo napad koji je upravljen na ličnost, tj. na neko lično dobro (AS u Beogradu 3Kž. 1279/99, u istom smislu i starija sudska praksa, VSS Kž. 2294/57).

Napad treba da bude takve prirode i/ili intenziteta da može dovesti do odgovarajućeg afekta visokog intenziteta, odnosno jake razdraženosti. Kao što je napred rečeno, ova procena se vrši objektivno. Napad ne sme biti samo povod za lišenje života, već uzrok odgovarajućeg afekta visokog intenziteta, odnosno jake razdraženosti u kojoj je došlo do lišenja života drugog lica.

Ne može se smatrati relevantnim napad do kojeg je došlo tokom fizičkog obračuna u koji su pasivni subjekt i učinilac dobrovoljno stupili, tzv. međusobna tuča. Prema stavu sudske prakse, „kada je između okrivljenog i oštećenog prvo došlo do verbalnog sukoba koji je prerastao u tuču u kojoj je okrivljeni upotrebio nož i naneo tešku telesnu povredu oštećenom, postoji pokušaj običnog ubistva jer okrivljeni nije došao u jaku razdraženost bez svoje krivice“ (VKS Kzz. 1369/19). Takođe, „nema ubistva na mah kada je okrivljeni bio u stanju uzbuđenosti koje opredeljuje dominantni afekat srdžbe nakon verbalnog sukoba sa sada pokojnom oštećenom, koju je prvo zamolio da učuti, a potom nekoliko puta udario čekićem u predelu glave“ (VSS Kž. 568/99).

Jedan broj autora navodi da kod ubistva na mah u obzir dolazi napad na učinioca krivičnog dela ili na neko njemu blisko lice,⁵⁶ odnosno na lice sa kojim je učinilac u „posebnom odnosu“⁵⁷ ili „drugo omiljeno lice.“⁵⁸ Na isti stav nailazimo i u sudskoj praksi (AS u Beogradu 3Kž. 1279/99). Međutim, opravdano je uzeti da to može biti i napad na lice sa kojim učinilac nije u bliskom odnosu, pa i napad na lice koje učinilac ne poznaje, ako je u pitanju napad koji je po svojoj prirodi i/ili intenzitetu podoban da kod učinioca prouzrokuje odgovarajući afekat visokog intenziteta, npr. kada odrasla osoba napadne nepoznato dete (činjenje) ili kada nepoznati otac ne spašava svoje dete koje je upalo u vodu (nečinjenje).⁵⁹

⁵⁴ Đ. Lopičić, op. cit., 100; Davor Derenčinović *et al.*, *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013, 73.

⁵⁵ Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, op. cit., 145; Lj. Lazarević, op. cit., 215; Dragoljub Atanacković, *Krivično pravo Posebni deo*, Privredna štampa, Beograd, 1981, 146; F. Bačić, Z. Šeparović, op. cit., 54.

⁵⁶ B. Zlatarić, op. cit., 90; M. Babić, I. Marković, op. cit., 62.

⁵⁷ J. Tahović (1953), op. cit., 81.

⁵⁸ Lj. Lazarević, op. cit., 217.

⁵⁹ Upor. Dragan Jovašević, „Pravo na život i nužna odbrana“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 1998, 60.

U doktrini i sudskoj praksi dominira stav shodno kojem je „kada su ispunjeni svi zakonom predviđeni uslovi, moguće isključenje postojanja ubistva na mah primenom instituta nužne odbrane iz čl. 19 KZ“ (VSV Kž. 88/91) „jer se stanje jake razdraženosti kod ubistva na mah i nužna odbrana međusobno ne isključuju“ (VSS Kž. 1057/05).⁶⁰ Isto tako, prema stavu sudske prakse, „radnje okrivljenog je moguće kvalifikovati kao pokušaj ubistva na mah u nužnoj odbrani“ (AS u Beogradu Kž.1 219/14, u istom smislu i VS u Novom Sadu K. 17/14).

Sudska praksa takođe jedinstveno stoji na stanovištu da ubistvo na mah *ne može biti učinjeno u prekoračenju granice nužne odbrane usled jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom* (čl. 19, st. 3 KZ) iz razloga što jaka razdraženost predstavlja obeležje bića krivičnog dela ubistva na mah (VSS Kž. 878/90).⁶¹ U skladu sa rečenim, nadalje se ističe da „ukoliko se ubistvo izvršeno u prekoračenju granice nužne odbrane usled jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom 'podudara' sa ubistvom na mah, primenom blažeg zakona krivično delo se kvalifikuje kao obično ubistvo uz primenu odredbe o prekoračenju granice nužne odbrane usled jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom, koja predstavlja fakultativni osnov za oslobođenje od kazne“ (VKS Kzz. 1015/14, u istom smislu i VSS Kž. 1057/04, Kž. 878/98 i Kž.1 924/88).⁶² Isto tako, prema stavu Višeg suda u Novom Sadu ne postoji ubistvo na mah već pokušaj ubistva u prekoračenju granice nužne odbrane „kada je okrivljena pokušala da liši života okrivljenog koji je fizički napao njenu ćerku, a koja je sa njim prethodno bila u emotivnoj vezi, tako što je u afektivnom stanju straha najvišeg intenziteta, a potom i afektivnom stanju besa i srdžbe takođe najvišeg intenziteta, kuhinjskim nožem dužine 22 cm okrivljenom zadala više uboda u predelu stomaka, prekoračivši na taj način granice nužne odbrane budući da je optuženi bio nenaoružan“ (K. 1/14). Međutim, „zbog izostanka istovremenog protivpravnog napada ne radi se o ubistvu u nužnoj odbrani ili ubistvu u prekoračenju granice nužne odbrane već o ubistvu na mah kada je okrivljeni izbio nož iz ruke sada pokojnom oštećenom, da bi nakon toga u stanju jake razdraženosti sa stola uzeo drugi nož, kojim je zadao smrtonosnu povredu oštećenom, koji je u tom trenutku bez noža klečao na krevetu“ (AS u Beogradu Kž.1 207/10).

⁶⁰ Upor. Dragan Jovašević, „Krivično-pravni značaj privilegijućih okolnosti kod ubistva na mah“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 1997, 159; J. Tahović (1953), op. cit., 81.

⁶¹ Na sednici krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije održanoj 30. maja 1958. godine zauzet je stav da kvalifikacija ubistva na mah isključuje primenu propisa o prekoračenju granice nužne odbrane. Isto odeljenje je na sednici održanoj 3. jula 1974. godine zauzelo stav da se ubistvo na mah ne može izvršiti u prekoračenju granice nužne odbrane. M. Petrović, I. Simić, op. cit., 48.

⁶² „Kod ubistva na mah učinilac ne razmišlja na koji način će odbiti napad, a kod prekoračenja granice nužne odbrane učinilac razmišlja o načinu odbijanja napada, ali ne i o srazmernosti napada i odbrane“ (VS u Požarevcu 2K. 24/14).

Zlostavljanje podrazumeva preduzimanje različitih postupaka koji učiniocu ubistva na mah prouzrokuju fizičke i/ili psihičke patnje koje ne uključuju nanošenje telesnih povreda. Zlostavljanje je kompleksan akt i obuhvata višekratno delovanje – kontinuirano ponavljanje odgovarajućih delatnosti. Zlostavljanje u konkretnom slučaju može trajati kraće ili duže vreme (AS u Beogradu Kž. 1885/10). Nezavisno od okolnosti koliko je zlostavljanje trajalo, „za ubistvo na mah treba utvrditi da je jaku razdraženost učinioca prouzrokovao akt zlostavljanja koji je neposredno prethodio ubistvu“ (AS u Beogradu Kž. 664/11). Takođe, „za utvrđivanje jake razdraženosti uvek je bitna objektivna procena koja podrazumeva odgovarajuću srazmeru između zlostavljanja kao povoda za razdraženost i intenziteta razdraženosti u konkretnom slučaju“ (AS u Novom Sadu Kž.1 1140/14).

Premda je bilo mišljenja da se uvođenje zlostavljanja kao obeležja bića ovog krivičnog dela odnosi na radnje pasivnog subjekta koje bi ispunile prostor između napada i vređanja,⁶³ treba uzeti da zlostavljanje po svojoj prirodi predstavlja napade (fizičko zlostavljanje) ili teška vređanja (psihičko zlostavljanje) koja su duže trajala, a što je povezano sa pojmom tzv. akumulacije afekta. Radi se o relativno trajnom prigušivanju ili potiskivanju odgovarajućih (neprijatnih) osećanja koja nastaju pod dejstvom određenog uzroka i koja se na taj način akumuliraju, da bi se u situaciji kada „kap prelije čašu,“ nagomilana osećanja ispoljila u vidu „eksplozivnog“ afekta, tj. neadekvatnog emotivnog izraza, koji u zavisnosti od vrste akumuliranog neprijatnog osećanja može biti u vidu agresije (ljutnja/bes) ili destrukcije (mržnja/ gnev).⁶⁴ U skladu sa navedenim je i stav sudske prakse shodno kojem je „okrivljeni bez svoje krivice doveden u stanje jake razdraženosti tako što ga je sada pokojni oštećeni pre kritičnog događaja, u jednom dužem periodu zlostavljao, vređao, pretio mu seksualnim nasiljem, uzimao njegov automobil na korišćenje, a oštećeni je bio prinuđen da trpi navedeno ponašanje sve do kritičnog događaja kome je takođe prethodilo vređanje i fizičko zlostavljanje oštećenog od strane okrivljenog“ (AS u Beogradu Kž.1 5363/10).

Prema stavovima sudske prakse, *teško vređanje* kao obeležje krivičnog dela ubistva na mah predstavlja faktičko pitanje i utvrđuje se objektivno (VSS Kž.I 315/86), tj. „prema prihvaćenim socijalnim merilima“ (VSS Kž. 138/92). Smatra se da teško vređanje ovde treba razumeti u širem smislu u odnosu na krivično delo uvrede (OS u Jagodini K. 74/04). U obzir dolazi „bilo koji postupak kojim se vređa čast drugog lica, a koji se može oceniti kao teško vređanje“ (VSS Kž. 138/92). Primera radi, prema stavu sudske prakse reči „seljačino jedna“ ne predstavljaju

⁶³ Franjo Bačić, „Krivično pravosuđe i ustavnost i zakonitost“, JRKK, br. 1, 1987, 12.

⁶⁴ Z. Milivojević, op. cit., 185-186; Z. Ćirić, op. cit., 92-93; B. Kapamadžija, op. cit., 51.

teško vređanje (VSS Kž. 1055/05). Potrebno je da se radi o vređanju koje je prema težini i načinu podobno da prouzrokuje stanje jake razdraženosti kod učinioca „koji ima normalnu psihološku strukturu ličnosti“ (VSV Kž. 598/87, Kž. 568/99, Kž. 759/03 i VS u Leskovcu K. 44/12). Otuda, „nema ubistva na mah kada je okrivljeni nestabilna ličnost i sklon impulsivnom reagovanju, pa je obična verbalna uvreda koju mu je uputio sada pokojni oštećeni, kod njega izazvala neplaniranu voljnu radnju sa smanjenom intelektualnom kontrolom“ (VSS Kž.I 137/98). Takođe, „ponašanje sada pokojne oštećene se ne može tretirati kao teško vređanje koje bi kod osobe sa normalnom psihološkom strukturom ličnosti moglo prouzrokovati afektivno stanje jake razdraženosti ako se ima u vidu geneza i priroda odnosa između okrivljenog i njegove vanbračne supruge, koji su karakterisali međusobni sukobi, svađe i fizički obračuni i zato postupci koje je kritičnom prilikom preduzela oštećena, za okrivljenog sasvim izvesno nisu mogli predstavljati neuobičajenu i atipičnu provokaciju koja bi kod njega izazvala osećaj povrede časti“ (VS u Šapcu 3K. 130/11).

Teško vređanje (napad na čast⁶⁵) podrazumeva izjavu odgovarajuće sadržine koja može biti učinjena rečima, znacima ili konkludentnim radnjama, npr. pljuvanje (OS u Beogradu Kž. 168/02). Sadržina izjave može biti istinita ili neistinita i može se sastojati u vrednosnim sudovima. Prema stavu sudske prakse „potrebno je ceniti izjavu u celini i svaka reč sama za sebe ili u sklopu celine može da ima odgovarajući značaj za utvrđivanje smisla onoga što je rečeno“ (VSS Kž.I 1440/73). Krivično delo pretpostavlja da je uvredljiva izjava neposredno saznata od samog učinioca. Nema ubistva na mah ako je učinilac došao u jaku razdraženost naknadnim saznanjem o teškom vređanju jer se jaka razdraženost mora javiti kao neposredna reakcija na teško vređanje. Prema stavu sudske prakse u ovom slučaju „izostaje neposredni kontakt između učinioca i pasivnog subjekta koji je neophodan za ubistvo na mah“ (VSS Kž. 55/03). Ubistva na mah takođe nema ako je pasivni subjekt uzvratio uvredu koju mu je učinilac prethodno naneo, jer tada učinilac nije doveden u stanje jake razdraženosti bez svoje krivice.

Po prirodi stvari, teško vređanje obuhvata nameru omalovažavanja vrednosti pasivnog subjekta koje čine njegovu čast. U literaturi i sudskoj praksi je prisutan i stav da se teško vređanje može sastojati u „intenzivnom psihičkom bolu i povredi osećanja,⁶⁶ odnosno „vređanju osećaja i nanošenju duševnih patnji“ (VSS 878/99). Navedeno ekstenzivno tumačenje, koje potiče iz starije literature, imalo

⁶⁵ V. I. Vuković, op. cit., 134; Miloš Babić, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske Opšti deo*, GrafoMark, Banja Luka, 2021, 187.

⁶⁶ Milić Petrović, Ilija Simić, *Praktična primena Krivičnog zakona SR Srbije*, Napredak, Aranđelovac, 1985, 48.

je za posledicu da se teškim vređanjem duže vreme smatralo zaticanje bračnog druga u preljubi (VSV Kž. 1639/63).⁶⁷ Novija teorija i praksa opravdano napuštaju ovo stanovište.

Treba reći da je stav sudske prakse u kojem se naglašava da je „teško vređanje ono vređanje koje po objektivnim merilima, a ne subjektivnoj proceni učinioca može dovesti do jake razdraženosti“ (VSS Kž. 568/99) u nekim odlukama opravdano korigovan (ublažen) time što se navodi da se teško vređanje ceni „po objektivnom kriterijumu uz uzimanje u obzir svih okolnosti slučaja kao i ličnosti učinioca“ (SVS Kz. 7/75), odnosno da je „potrebno primeniti objektivna merila uz uvažavanje subjektivnih okolnosti“ (VSV Kž. 507/87). U vezi sa tim, u teoriji nailazimo na dva karakteristična mišljenja. Prvo mišljenje, da je umesto „čisto“ objektivnog potrebno primeniti objektivno-subjektivni kriterijum koji „u prvi plan stavlja ličnost učinioca“, odnosno da „teško vređanje treba ceniti objektivno u korelaciji sa ličnošću učinioca“⁶⁸ i drugo mišljenje, shodno kojem se prilikom procene da li je vređanje teško i time podobno da izazove odgovarajući afekat visokog intenziteta, odnosno jaku razdraženost, primenjuje psihološko (psihijatrijsko)-socijalni kriterijum, jer se najpre utvrđuje da li je vređanje izazvalo odgovarajući afekat visokog intenziteta, a potom se utvrđuje da li je prema shvatanju socijalne sredine „uobičajeno“ da upućena uvreda izazove odgovarajući afekat visokog intenziteta, odnosno jaku razdraženost.⁶⁹

U vezi sa pitanjem da li teško vređanje, jednako kao napad, može da potekne od neuračunljivog lica ili lica pod dejstvom alkohola, treba prihvatiti da u tom slučaju ubistvo na mah postoji jedino ukoliko navedeno stanje pasivnog subjekta nije bilo očigledno za učinioca.⁷⁰

Za ubistvo na mah se nadalje zahteva da je do ubistva došlo za vreme napada. To „ne mora biti u istom trenutku“ (VSS Kž. 1309/95), „moguće je da je napad

⁶⁷ Đ. Cenić je među prvim našim autorima smatrao da se „velikim uvredama“ može smatrati i zaticanje supruge sa ljubavnikom *in flagranti* (Đorđe Cenić, *Objasnenija Kaznitelnog zakonika za Knjaževstvo Srbiju*, Državna štamparija, Beograd, 1866, 535). Na isti stav nailazimo i u starijoj engleskoj literaturi, s tim što se naglašava da, za razliku od antičkih društava u kojima je lišenje života supruge zbog preljube bilo izričito dozvoljeno, u engleskom pravu ono predstavlja „najlakši“ oblik privilegovanog ubistva i zato zaslužuje najblažu moguću kaznu koja se sastoji u „nežnom“ spaljivanju šake. William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Vol. 2, J. B. Lippincott Co., Philadelphia, 1893, 190-191.

⁶⁸ I. Marković, op. cit., 170.

⁶⁹ J. Ćirić, op. cit., 134. V. takođe, Jovan Ćirić, *Knjiga o mržnji, Sa reči na dela...Od govora do zločina mržnje*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 93-95.

⁷⁰ D. Drakić, op. cit., 254.

prestao ili počeo da slabi“ (VSS Kž. 924/88) ili neposredno nakon napada, odnosno zlostavljanja ili teškog vređanja od strane pasivnog subjekta – ubijenog, dok traje jaka razdraženost. Ukoliko je ubistvo izvršeno neposredno nakon napada, zlostavljanja ili teškog vređanja od strane ubijenog, potrebno je da postoji *vremenski kontinuitet* između napada, zlostavljanja ili teškog vređanja učinioca i lišenja života pasivnog subjekta (VSS Kž.I 115/05). To znači da je između ponašanja pasivnog subjekta i ponašanja učinioca protekao kraći vremenski interval (VSS Kž. 2727/65), kao na primer, „kada je okrivljena nakon dužeg maltretiranja od strane supruga pobjegla u spavaću sobu i legla na krevet držeći u naručju njihovog maloletnog sina, da bi joj okrivljeni prišao i udario je u glavu do pola napunjenom plastičnom flašom od 'Koka-Kole', nakon čega je ona ustala sa kreveta, spustila dete na pod, poslala ga u drugu sobu, otišla u kuhinju, uzela nož koji je stajao na stolu i prišla oštećenom koji joj je bio okrenut licem i zadala mu smrtni udarac nožem u stomak“ (VSS Kž. 1457/04, u istom smislu i OS u Somboru K. 110/06). Takođe, „kada je okrivljeni u toku kritičnog dana trpeo razna maltretiranja i vređanja od sada pokojnog oštećenog, izlazak okrivljenog iz sobe da bi uzeo sekiru kojom je izvršio ubistvo nije doveo do prekida kontinuiteta događaja koji se može posmatrati kao celina“ (VSS Kž. 1921/04, u istom smislu i starija sudska praksa, VSV Kž. 94/74).

Kako se ističe, „krivično delo ubistvo na mah nije opredeljeno samo trajanjem stanja jake razdraženosti, već je i vremenski ograničeno u tom smislu da se neće raditi o ubistvu na mah kada je prilikom lišenja života pasivnog subjekta okrivljeni i dalje bio u stanju jake razdraženosti, ali je između provokacije i ubistva protekao vremenski period koji govori u prilog zaključku da okrivljeni nije trenutno reagovao“ (AS u Novom Sadu Kž. 2229/11). Otuda, prema stavu sudske prakse, „ponašanje okrivljenog posle lišenja života sada pokojne oštećene govori da nije trenutno reagovao, budući da je nakon što je ispalio dva metka u glavu svoje supruge vrlo sabrano i trezveno rekao sinu da ne izlazi iz sobe da ne bi video mrtvu majku“ (VS u Leskovcu K. 44/12).

Za razliku od navedenog, u teoriji postoji i nešto drugačije mišljenje prema kome pitanje vremenskog kontinuiteta ne treba postavljati na relaciji povod i reakcija učinioca – ponašanja pasivnog subjekta i ponašanja učinioca, već u korelaciji stanja jake razdraženosti i reakcije učinioca. Na ovaj način, kako autor ističe, navedeni kontinuitet se ne bi shvatao u strogom vremenskom smislu, već bi se njegovo tumačenje baziralo na okolnostima konkretnog slučaja, naročito psihičkim svojstvima učinioca – da li je reč o ličnosti koju karakteriše kratak proces nastajanja afekta ili o ličnosti kod koje afekat ima relativno duži tok razvoja.⁷¹

⁷¹ I. Marković, op. cit., 166-167.

Opravdan stav jeste da do lišenja života pasivnog subjekta mora doći dok traje jaka razdraženost i da prilikom dugog trajanja jake razdraženosti koje bi prekinulo neposrednu vremensku povezanost između povoda i reakcije ne bi postojalo ubistvo na mah, budući da „ova inkriminacija obuhvata samo momentalna, nedovoljno kontrolisana eksplozivna reaganja učinioca“ (VSS Kž.I 1377/71). Pojam „momentalna reaganja“ ne treba tumačiti isuviše usko, što govori da se dozvoljeni razmak između povoda i reakcije ne može unapred formalno odrediti i da je to faktičko pitanje koje zavisi od okolnosti slučaja. Nesporno je samo da se mora raditi o relativno kratkom vremenskom razmaku između povoda i reakcije do koje je došlo u jakoj razdraženosti učinioca. No, ne bi trebalo prihvatiti stav da, u zavisnosti od okolnosti slučaja, a posebno kada se imaju u vidu priroda i karakter ličnosti učinioca, ubistvo na mah nije isključeno i posle nekoliko sati od nastanka povoda⁷² jer, kako se pravilno naglašava „ubistvo na mah može postojati samo dok postoji jedinstvo toka razvoja afektivnog stanja.“⁷³ Primera radi, prema stavu sudske prakse postoji vremenski kontinuitet kada je „nakon što ga je oštećeni vređao i udario mu nekoliko šamara okrivljeni otišao do svoje kuće, uzeo ručnu kosu za košenje trave i nakon par minuta se vratio kod sada pokojnog oštećenog i zadao mu više teških povreda u predelu stomaka“ (VS u Beogradu K. 608/16).

Moguć je *pokušaj* ubistva na mah koji je kažnjiv u skladu sa opštom normom (čl. 30 KZ). U vezi sa tim, nailazimo na interesantnu odluku u kojoj se navodi da se „okrivljeni sastao na ulici sa oštećenim kako bi razjasnili nesporazum koji je postojao među njima i tom prilikom se najpre okrivljeni uneo u lice oštećenom, a zatim je oštećeni udario pesnicom u glavu okrivljenog, da bi okrivljeni u stanju reaktivne afektivne napetosti sa pojavom afekta gneva visokog intenziteta i u stanju omamljenosti usled korišćenja droga amfetamina i kanabisa, pri čemu su njegove sposobnosti da shvati značaj svog dela i upravlja svojim postupcima bile bitno smanjene, zamahom desne ruke u kojoj je držao nož, dužine sečiva oko 10 cm, zadao oštećenom najmanje četiri snažna uboda u predelu grudnog koša i naneo mu tešku telesnu povredu opasnu po život... sud nije prihvatio stav odbrane da je okrivljeni postupao u nužnoj odbrani iz razloga što oštećeni nije imao kod sebe nikakvo oružje, niti opasno oruđe, a okrivljeni je, prema navodima svedoka, ranije govorio da će da izbode oštećenog i na mesto susreta je doneo nož, što govori da se sa oštećenim sastao da bi se njim „razračunao“...sud takođe smatra da se i pored navedenog ponašanja oštećenog ne može govoriti o tome da je okrivljeni bez svoje krivice doveden u stanje jake razdraženosti i da je postupao na mah, ali s obzirom

⁷² D. Atanacković, op. cit., 145.

⁷³ J. Tahović (1953), op. cit., 82.

na to da je tužilaštvo u konkretnom slučaju podnelo optužni predlog za pokušaj ubistva na mah i da bi promenom pravne kvalifikacija na pokušaj (običnog) ubistva bilo učinjeno prekoračenje na gore, odnosno da bi bio prekoračen identitet optužnog predloga, sud je pošao od pravne fikcije da postoji postupanje na mah okrivljenog i doneo odluku kao u izreci, tj. da je okrivljeni pokušao da liši života na mah oštećenog“ (VS u Beogradu K. 101/20).

Najzad, nezavisno od eventualno ostvarenih okolnosti, ubistvo na mah isključuje postojanje teškog ubistva i stoga „okolnost da je okrivljeni prilikom vršenja ubistva na mah sa umišljajem doveo u opasnost život još dva lica, ne može imati uticaja na pravnu kvalifikaciju krivičnog dela već može imati značaj prilikom odmeravanja kazne“ (VS u Zrenjaninu 2K. 41/10).⁷⁴

Subjektivna strana krivičnog dela

Za ubistvo na mah relevantan oblik krivice je *umišljaj*. Naime, „okolnost da se okrivljena u vreme izvršenja krivičnog dela nalazila u stanju jake razdraženosti ne isključuje umišljaj u odnosu na lišenje života sada pokojnog oštećenog“ (AS u Beogradu Kž.1 4057/10). Odnosno, „činjenica da je okrivljeni postupao u stanju smanjene uračunljivosti ne utiče na umišljaj okrivljenog jer je uračunljivost psihičko stanje učinioca krivičnog dela, a umišljaj psihički odnos učinioca prema izvršenom krivičnom delu“ (AS u Beogradu Kž.1 5366/13).

U pitanju je specifična vrsta umišljaja koji primarno karakteriše okolnost da se odluka o izvršenju ubistva donosi „spontano i naglo“ (VSS Kž. 1402/97). To znači „da je učinilac radnju izvršenja preduzeo bez prethodnog kritičkog rasuđivanja“ (VS u Sremskoj Mitrovici K. 9/12) i da je „eksplozivno reagovao“ (VS u Leskovcu K. 44/12). Radi se o tzv. iznenadnom umišljaju (*dolus repentinus*) koji nastaje kao reakcija na neposrednu „provokaciju“ pasivnog subjekta i prema tome „ne postoji ubistvo na mah kada se iz ponašanja okrivljenog ne može zaključiti da je postupao mahinalno“ (VSS Kž. 1346/95).

Stanovište da je umišljaj jedini relevantan oblik krivice kod ubistva na mah prihvaćeno je i u stručnoj literaturi, s tim što se jedan deo autora ne izjašnjava da li je reč o direktnom i/ili eventualnom umišljaju.⁷⁵ No, neki drugi autori decidirano

⁷⁴ F. Bačić, Z. Šeparović, op. cit., 56. „Veliki broj povreda ne mora uvek biti znak da je ubistvo izvršeno na svirep način već može biti znak da se radi o delu izvršenom u afektu“. Slobodan Savić, *Pravna medicina, autorizovana predavanja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018, 231.

⁷⁵ Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, op. cit., 150; Lj. Lazarević, op. cit., 216; D. Atanacković, op. cit., 147; Z. Stojanović, op. cit., 457; Đorđe Đorđević, Dragana Kolarić, *Krivično pravo Posebni deo*,

navode da kod ubistva na mah u obzir dolaze kako direktni, tako i eventualni umišljaj jer „učinilac ne postupa uvek sa ciljem da drugog liši života već radi afektivnog prажnjenja pri čemu je dovoljno i pristajanje na nastupanje smrti pasivnog subjekta.“⁷⁶ Sa druge strane, ima onih koji smatraju da je prirodi ovog krivičnog dela imanentan isključivo direktni umišljaj.⁷⁷ Najzad, u sudskoj praksi je izgleda bilo i slučajeva u kojima je bila sporna mogućnost da ubistvo na mah bude izvršeno sa direktnim umišljajem, pa tako nailazimo na stav prema kome „okolnost da se okrivljeni u vreme izvršenja krivičnog dela nalazi u stanju naglašene afektivne uzbuđenosti koje dovodi do jake razdraženosti ne isključuje direktni umišljaj, budući da je usled postojećeg psihičkog stanja uračunljivost učinioca samo smanjena, ali ne i isključena i da je otuda učinilac mogao da ima određeni psihički odnos prema delu“ (VSS Kž. 2449/05 i AS u Beogradu Kž. 664/11).

Kao i kod običnog ubistva, umišljaj učinioca se utvrđuje na osnovu objektivnih okolnosti konkretnog slučaja, tj. prirode delatnosti koja ima značaj radnje izvršenja i okolnosti pod kojima je preduzeta (VSS Kž. 356/91 i Kž. 608/03), odnosno „na osnovu sveukupnog ponašanja okrivljenog kritičnom prilikom“ (VSS Kž. 608/03). Primera radi, Apelacioni sud u Beogradu je stao na stanovište da umišljaj učinioca nije bio upravljen na nanošenje teške telesne povrede već na lišenje života pasivnog subjekta „kada je okrivljeni nakon upućenih uvreda u stanju jake razdraženosti pojurio za oštećenim i kada ga je sustigao dohvatio je nož koji je oštećenom ispaо iz ruke i tim nožem mu za vreme trajanja afektivnog stanja, do njegovog potpunog 'pražnjenja' naneo 11 povreda u predelu stomaka“ (Kž.1 300/15).

ZAVRŠNE NAPOMENE

Sve prethodno izloženo ukazuje da analiza pojedinih obeležja ubistva na mah otvara veliki broj pitanja. Kao što je u radu prikazano, praktičan značaj odgovora na veći deo postavljenih pitanja zavisi od primene odgovarajućih metodoloških pristupa prilikom tumačenja pojedinih zakonskih pojmova, kao i norme u celini. Međutim, pojam jaka razdraženost kao obeležje bića krivičnog dela ubistva na mah zahteva kompleksniji pristup, budući da ovaj pravni pojam pretpostavlja odgovarajući afekat visokog intenziteta koji predstavlja medicinski pojam i njegovo prisustvo kao i intenzitet uticaja na druge psihičke funkcije utvrđuje se na osnovu

Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2020, 44; Dragan Jovašević, *Krivično pravo Posebni deo*, Dosije, Beograd, 2017, 33.

⁷⁶ Derenčinović *et al.*, op. cit., 76.

⁷⁷ I. Marković, op. cit., 173-174; N. Mrvić-Petrović, op. cit., 44.

nalaza i mišljenja veštaka medicinske struke. Jednom rečju, jaka razdraženost je pojam koji se koristi u krivičnom pravu, ali njegovo tumačenje zahteva i primenu znanja određenih vanpravnih naučnih disciplina (psihologije i psihijatrije). Kao što je poznato, ovo nije jedinstven slučaj u krivičnom pravu i veliki broj opštih instituta takođe ima, moglo bi se reći, hibridnu prirodu. Pri tome treba imati u vidu da krivično pravo po prirodi stvari ne može da koristi izvorna znanja pomenutih vanpravnih naučnih disciplina i da stoga dolazi do njihovog „uprošćavanja“ u smislu prilagođavanja nomotehničkim zahtevima krivičnog prava. Otuda zakonodavac tendenciozno koristi određenu terminologiju i dugi niz godina ostaje pri pojmovima koji s obzirom na stepen opštosti imaju potreban nivo adaptibilnosti u pogledu uvažavanja savremenih dostignuća relevantnih vanpravnih naučnih disciplina. Među tim pojmovima nalazi se i pojam „duševna poremećenost“ iz čl. 23 KZ (privremena duševna poremećenost i druga teža duševna poremećenost) koji je po našem mišljenju od značaja za tumačenje pojma jaka razdraženost. Naime, zakonodavac se u odredbi čl. 23 KZ sasvim opravdano opredelio za izraz „poremećenost“, jer za razliku od izraza „poremećaj“ koji označava narušavanje pravilnosti, izraz poremećenost označava stanje onog koji je poremećen i onoga što je poremećeno. Kao što je već bilo naglašeno, za utvrđivanje neuračunljivosti/bitno smanjene uračunljivosti relevantna su određena stanja, stanja različita od normalnog, prosečnog stanja – poremećena psihička stanja u širem smislu.⁷⁸ Može se reći da jaka razdraženost po svojoj prirodi takođe predstavlja poremećeno psihičko stanje u širem smislu – stanje različito od normalnog, uzrok stanja je odgovarajući afekat visokog intenziteta, a dejstvo stanja se sastoji u smanjenju relevantnih psihičkih funkcija. Ono što ovde treba posebno naglasiti jeste to da na ovaj način nastala smanjena uračunljivost kao obeležje bića krivičnog dela ubistva na mah ne predstavlja istovremeno i opšti institut krivičnog prava. Istini za volju, smanjena uračunljivost se utvrđuje na isti način kao i neuračunljivost/bitno smanjena uračunljivost, ali krug poremećenih psihičkih stanja u širem smislu koja mogu dovesti do smanjenja relevantnih psihičkih funkcija nije ograničen na poremećena psihička stanja u širem smislu koja su predviđena odredbom čl. 23 KZ.⁷⁹ Da pojednostavimo, jaka razdraženost predstavlja vrstu poremećenog psihičkog stanja koje je po svojoj prirodi podobno da ostvari odgovarajući uticaj na relevantne psihičke funkcije, tj. sposobnost rasuđivanja i sposobnost odlučivanja.

⁷⁸ Kako ističe D. Kecmanović, „Psihijatrija se rodila onog dana kada je postavljeno pitanje: ko je to ili šta je to duševno poremećen čovek“. Dušan Kecmanović, *Između normalnog i patološkog*, Ideje, Beograd, 1985, 182.

⁷⁹ V. Nataša Delić, *Krivičnopravni značaj smanjene uračunljivosti*, MR, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1994, 57-58.

Uzrok, medicinska pretpostavka jake razdraženosti je odgovarajući afekat visokog intenziteta za koji je potrebno utvrditi da je u manjoj meri kompromitovao realizaciju drugih psihičkih funkcija. Navedeno implicira smanjenu uračunljivost učinioca koja u datom kontekstu predstavlja obeležje bića krivičnog dela. Ukoliko se utvrdi da je odgovarajući afekat visokog intenziteta, za koji još jednom naglašavamo da predstavlja medicinsku pretpostavku jake razdraženosti, u većoj meri kompromitovao realizaciju pojedinih psihičkih funkcija, tada postoji jaka razdraženost koja je bitno smanjila sposobnost rasuđivanja i/ili sposobnost odlučivanja. Međutim, u tim okolnostima ne postoje uslovi za institut bitno smanjene uračunljivosti jer nije utvrđeno da je bitno smanjenje relevantnih psihičkih funkcija nastalo usled privremene duševne poremećenosti. Tada bi naime, o bitno smanjenoj uračunljivosti moglo biti reči jedino ukoliko se pođe od fikcije da je pojam jaka razdraženost sinonim za pojam privremena duševna poremećenost i da su na taj način ispunjeni uslovi predviđeni odredbom čl. 23 KZ. Kao što je bilo ukazano, navedeno rešenje pretpostavlja kreativnu analogiju kao vid stvaranja prava pri čemu konstituisanje instituta bitno smanjenje uračunljivosti ne bi bilo u korist učinioca jer, shodno zabrani dvostrukog vrednovanja, bitno smanjena uračunljivost ne može imati značaj fakultativnog osnova za ublažavanje kazne.

Prof. Dr. NATAŠA DELIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

THE CRIMINAL OFFENCE OF MURDER IN THE HEAT OF PASSION

Summary

In this paper, the author analyzes the criminal offence of murder in the heat of passion, which is one of the criminal offences against life and limb. Murder in the heat of passion (art. 115 CC) is a privileged murder that carries a lighter punishment than regular murder (art. 113 CC). Besides an act, a consequence and causation, murder in the heat of passion also presupposes the cumulative fulfillment of the following three circumstances: the murder has been committed in a state of severe agitation, the perpetrator has been brought into the state of severe agitation of no fault of their own, but by an assault, abuse or severe insults from the victim, and the murder has been committed in the heat of passion. The theoretical analysis of the aforementioned circumstances in the first part of this paper is primarily focused on the meaning of the term “the heat of passion”. In Serbian criminal law, “the heat of passion” is a legal term that presupposes the affect from the feeling of anger, also called rage or fury, and the affect from the feeling of hate, also called wrath. Since affects are a medical term, their existence, as well as their intensity and influence on other mental functions, are determined

on the basis of the findings and opinion of a medical court expert. In this context, the nature of the aforementioned affects is analyzed from a psychological aspect. The mutual connection between these affects as well as the qualitatively variable ways of their inefficient expression through aggression and destruction are also discussed. The difference between the physiological and the pathological affect is made, followed by a critical viewpoint regarding the application of the legal institute of significantly diminished mental competence in cases involving murder in the heat of passion. The second part of this paper deals with the concepts of assault, abuse and severe insults that present possible causes of high-intensity affects in the context of the titular criminal offence, altogether implying severe agitation. The subjective side of the criminal offence of murder in the heat of passion is also analyzed. Finally, relevant conclusions are brought up. A considerable part of this paper deals with the analysis of the relevant doctrinal and judicial stances.

Key words: criminal offences against life and limb, murder, privileged murder, murder in the heat of passion, the heat of passion

Literatura

Aristotel, *Retorika*, Naprijed, Zagreb, 1989.

Atanacković D., *Krivično pravo Posebni deo*, Privredna štampa, Beograd, 1981.

Babić M., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske Opšti deo*, GrafoMark, Banja Luka, 2021.

Babić M., Marković I., *Krivično pravo Posebni dio*, Pravni fakultet Banja Luka, Banja Luka, 2013.

Baćić F., „Krivično pravosuđe i ustavnost i zakonitost“, *JRKK*, br. 1, 1987.

Baćić F., Šeparović Z., *Krivično pravo Posebni dio*, Narodne novine, Zagreb, 1992.

Blackstone W., *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Vol. 2, J. B. Lippincott Co., Philadelphia, 1893.

Buturović, J. „Značaj afekta za krivičnu odgovornost“, *JRKK*, br. 1, 1908.

Cenić Đ., *Objasnenija Kaznitelnog zakonika za Knjaževstvo Srbiju*, Državna štamparija, Beograd, 1866.

Ćirić J., „Ubistvo u stanju jake razdraženosti izazvane krivicom žrtve“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 1997.

Ćirić J., *Knjiga o mržnji, Sa reči na dela...Od govora do zločina mržnje*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.

Ćirić Z., *Sudska psihijatrija*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2013.

Delić N., „Krivičnopravni značaj mržnje u svetlu identitetskog preobražaja Srbije“, *Identitetski preobražaj Srbije, prilozi projektu 2015 – Kolektivna monografija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.

Delić N., „Neke dileme u vezi pojedinih kvalifikatornih okolnosti kod krivičnog dela teškog ubistva (član 114. KZ)“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Jedanaesti deo*, (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.

- Delić N., „Neke dileme u vezi utvrđivanja neuračunljivosti i bitno smanjene uračunljivosti (član 23. KZ)“, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti)*, (ur. S. Taboroši), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
- Delić N., *Krivično pravo Posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Delić N., *Krivičnopravni značaj smanjene uračunljivosti*, MR, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1994.
- Derenčinović D. et al, *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013.
- Drakić D., „Ubistvo na mah“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 5, 2005.
- Đorđević Đ., Kolarić D., *Krivično pravo Posebni deo*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2020.
- Frank S., *Kazneno pravo II Posebni dio*, Jugoslovenska štampa, Zagreb, 1934.
- Grupa autora, redaktor Lazarević LJ., *Komentar Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Grupa autora, redaktor Nikolić M., *Rečnik srpskog jezika*, Matica srpska, Novi Sad.
- Hajduković Č., *Sudska psihijatrija*, Medicinska biblioteka, Beograd-Zaječar, 1981.
- Jevtić D., *O uračunljivosti sa sudsko-psihijatrijskog gledišta*, Naučna knjiga, Beograd, 1953.
- Jevtić D., *Sudska psihopatologija*, Medicinska knjiga, Beograd-Zagreb, 1966.
- Jovašević D., „Krivično-pravni značaj privilegujućih okolnosti kod ubistva na mah“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 1997.
- Jovašević D., „Pravo na život i nužna odbrana“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 1998.
- Jovašević D., „Ubistvo na mah i ubistvo u prekoračenju nužne odbrane“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2005.
- Jovašević D., *Krivično pravo Posebni deo*, Dosije, Beograd, 2017.
- Jung K. G., *Psihološki tipovi*, Nova knjiga, Beograd-Podgorica, 2016.
- Kapamadžija B., „Ubistvo u afektu“, *JRKK*, br. 1, 1980.
- Kecmanović D., *Između normalnog i patološkog*, Ideje, Beograd, 1985.
- Kolarić D., *Krivično delo ubistva*, Službeni glasnik, Beograd, 2008.
- Kostić M., *Forenzička psihologija*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 2002.
- Kovačević R., Moravčević M., „Ubistvo u prekoračenju nužne odbrane i ubistvo na mah“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2002.
- Krstić B., „Psihijatrijsko veštačenje afektivnih stanja“, *Pravo i medicina (dodirne tačke – sporna pitanja)*, Srpsko udruženje za krivično pravo i Jugoslovensko udruženje za medicinsko pravo, Kopaonik, 1997.
- Lazarević Lj., *Krivično pravo Jugoslavije Posebni deo*, Savremena administracija, Beograd, 1995.

- Lopičić Đ., *Krivično delo ubistvo na mah*, Kultura, Književno izdavačka zadruga, Beograd, 1989.
- Marić J., „Veštačenje afektivnih stanja kod ubistava“, *Ubistva i samoubistva u Jugoslaviji – telesne povrede*, Srpsko udruženje za krivično pravo, Kopaonik, 1998.
- Marković I., „Ubistvo na mah“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 1997.
- Milivojević Z., *Emocije, Psihoterapija i razumevanje emocija*, Psihopolis institut, Novi Sad, 2014.
- Mrvić-Petrović N., *Krivično pravo Posebni deo*, Pravni fakultet Union, Službeni glasnik, Beograd, 2016.
- Niketić G., *Krivični zakonik – objašnjenja, praksa, sporedno zakonodavstvo*, Geca Kon, Beograd, 1939.
- Petrović M., Simić I., *Praktična primena Krivičnog zakona SR Srbije*, Napredak, Arandelovac, 1985.
- Rot N., *Osnovi socijalne psihologije*, Zavod za udžbenike, Beograd, 2010.
- Rot N., *Psihologija ličnosti*, Zavod za udžbenike, Beograd, 2010.
- Savić S., *Pravna medicina, autorizovana predavanja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018.
- Seneka L., *O gnevu*, Ušće, Beograd, 2002.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Tahović J., *Komentar Krivičnog zakonika*, Savremena administracija, Beograd, 1957.
- Tahović J., *Krivično pravo Posebni deo*, Narodna knjiga, Beograd, 1953.
- Vuković I., *Krivično pravo Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Zlatarić B., *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, Drugi svezak*, Narodne novine, Zagreb, 1958.
- Živanović T., *Osnovi krivičnog prava Posebni deo, knjiga prva i druga*, Geca Kon, Beograd, 1933.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 10.10.2021.

Prihvaćen: 28.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ŽELJKO NIKAČ
BRANKO LEŠTANIN

UVOĐENJE „AMBER ALERT“ SISTEMA U RAD POLICIJE SRBIJE RADI ZAŠTITE ŽIVOTA DECE I MALOLETNIKA

U radu se razmatra ideja uvođenja „AMBER alert“ sistema traganja za decom i maloletnim licima u rad policije Republike Srbije, u funkciji zaštite života ove najosteljivije kategorije lica. Nestanak dece se vezuje za otmice i srodna krivična dela koja duboko uznemiravaju javnost, a u praksi su prisutni i drugi oblici odsutnosti poput samoinicijativnog napuštanja porodice i bekstvo od kuće usled zlostavljanja u porodici. Deca su često mete pedofila i trgovaca ljudima i mogu biti zloupotrebljena u pornografske svrhe, za prostituciju, prosjačenje i prinudni rad. Po ugledu na SAD i druge velike razvijene države u našoj zemlji je nedavno inicirano uvođenje ovog sistema traganja za nestalom decom i maloletnicima u rad policije, pravosudnih i drugih organa. U radu se ukazuje na početne korake i dobre rezultate policije MUP RS u traganju za nestalom decom i maloletnicima, kao i u saradnji sa građanima i nevladinim organizacijama. Na kraju su dati predlozi za unapređenje legislativnog okvira i ujednačavanja prakse u radu policije, pravosudnih organa i zainteresovanih subjekata.

Ključne reči: „AMBER alert“ sistem, život i zdravlje dece i maloletnika, policija, Srbija, EU

Prof. dr Željko Nikač, redovni profesor Kriminalističko-policijskog univerziteta u Beogradu, e-mail: zeljko.nikac@kpu.edu.rs.

Branko Leštanin, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, e-mail: b.lestanin@gmail.com. Rad je nastao kao rezultat aktivnosti na projektima „Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija“ br. 179045 i „Inoviranje forenzičkih metoda i njihova primena“ br. 34019, koje podržava MPNTR RS i Internog projekta „Položaj i uloga policije u multisektorskom pristupu rešavanja lokalnih bezbednosnih problema“, KPU, 2021, Beograd.

U V O D

Na početku III milenijuma savremeno društvo uživa u mnogim benefitima industrijalizacije, tehničko-tehnološkog razvoja, kompjuterizacije i boljeg ekonomskog razvoja. Primetno je smanjenje smrtnosti ljudi u razvijenom društvu jer su uslovi za život dosta bolji, posebno u razvijenim i srednje razvijenim zemljama. Države u tranziciji takođe pokušavaju da dostignu ekonomske i druge standarde razvijenog sveta i da poboljšaju uslove za život svojih građana.

S druge strane, industrijalizacija i modernizacija su imale i brojne negativne posledice poput gubitka slobodnog vremena, teškog i napornog rada u industrijskim kompleksima, otuđenja ljudi i sociopatoloških pojava. Pored skitničenja, prosjačenja, prostitucije i drugih relativno blažih formi javljaju se i teški oblici kriminala što sve zajedno utiče na razaranje društva, porodica i posebno utiče na najmlađe članove zajednice. U savremenom društvu je veliki stepen alijenacije ličnosti, povlačenja u sebe i narušenih porodičnih relacija. To su najčešće uzroci koji dovode do nestanka dece, udaljenja i bežanja od kuće i, što je još gore, krivičnih dela u kojima su deca i maloletnici žrtve ovih dela. Broj nestanaka dece i maloletnika u svetu i kod nas je u stalnom porastu, dok se o samim nestancima ne zna mnogo ili je pak upućen neznatan broj ljudi pre svega zahvaljući angažovanju porodica žrtava. Mediji, društvene mreže, internet i druga moderna sredstva komunikacije se koriste u velikoj meri mogu biti od znatne pomoći u traganju za nestalima.

U Republici Srbiji je ovaj problem takođe evidentan i prati stanje i trendove u razvoju društva. Sa povećanjem industrijalizacije i kompjuterizacije povećava se i otuđenje građana i mladih, posebno dece i maloletnika. Svake godine se zabeleži oko 1300 do 1500 incidenata vezanih za nestanak dece koji duboko uznemiravaju porodice žrtava, ali i celokupnu zajednicu. Na sreću najveći broj slučajeva se odnosi na poremećene odnose i nesporazume u porodicama ali i nasilje u porodici, usled čega deca beže od kuće ili iz ustanova u kojima borave. Zabeleženi su i slučajevi otmice dece najčešće od strane jednog od roditelja koji ne žive zajedno, dok je teži oblik otmica dece čiji su izvršioци nepoznata lica koja decu dovode u opasnost svojim radnjama. Tako deca i maloletnici mogu biti žrtve trgovaca ljudima, pedofila i kriminalnih grupa koje ih prisiljavaju na prosjačenje, prinudni rad, pornografiju, prostituciju i druga krivična dela.

Društvena reakcija na nestanak dece je normativna i operativna od strane ovlašćenih službenika agencija za primenu zakona. Legislativna reakcija podrazumeva adekvatan pravni okvir i regulativu problema nestanka dece, sankcija za počinioce i podršku žrtvama i članovima njihovih porodica. Operativni aspekt je

kriminalistički i obuhvata mere i radnje koje predzimaju javno tužilaštvo i policija, kao i sud na kraju koji valorizuje aktivnosti organa prijavljivanja i gonjenja. U slučaju nestanka dece ili maloletnika prvi u nizu koraka je obaveštavanje policije, odnosno teritorijalno nadležne policijske uprave preko jedinstvenog broja 192 ili jedinstvenog evropskog broja 116 000 za nestalu decu. U pitanju je broj koji je prihvaćen još 2012 godine kao SOS linija i uz logističku podršku koju mu pruža poznata nevladina organizacija „ASTRA“.¹

NACIONALNI LEGISLATIVNI OKVIR ZA SUZBIJANJE NESTANKA DECE I MALOLETNIKA

Otmica prema Krivičnom zakoniku Republike Srbije

Legislativni okvir za suzbijanje nestanaka dece i mladih je uglavnom definisan odredbama nacionalnog krivičnog zakonodavstva svake države, pre svega normama važećeg krivičnog zakona. Tako se u Republici Srbiji u glavi XIV *Krivičnog zakonika* (KZ) navode krivična dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina. Sa stanovišta teme referata – nestanka dece i maloletnika, najvažnije je krivično delo otmice iz čl.134 KZ.² Pored otmice u bliskoj vezi su i krivična dela protivpravnog lišenja slobode (čl.132) i prinude (čl.135), dok u širem smislu od značaja mogu biti kao povezana krivična dela zlostavljanje i mučenje (čl.137) i ugrožavanje sigurnosti (čl.138).

U nacionalno zakonodavstvo Republike Srbije *otmica* je uvedena kao krivično delo 1977. godine,³ dok su u periodu pre toga pojedinačni slučajevi otmica pravno kvalifikovani kao krivična dela sa elementima protivpravnog lišenja slobode, prinude i iznude (danas čl.214). U pitanju je krivično delo koje je upereno protiv slobode kretanja i odlučivanja, kao osnovnih ličnih sloboda i prava čoveka i građanina.⁴ Posebnu težinu ovom krivičnom delu daje činjenica da po značaju prevazilazi napad na osnovne slobode, posebno što predstavlja oblik ugrožavanja fizičkog integriteta i života čoveka. I dalje do toga, izvršilac krivičnog dela postavlja kao uslov za oslobađanja žrtve konkretan zahtev koji je najčešće praćen pretnjom težim zlom i uz istaknutu spremnost da se pretnja realizuje, ako se zahtevi otmičara ne ispune.

¹ <https://www.astra.rs/evropski-broj-za-nestalu-decu/>, 04.09.2021.

² Krivični zakonik – KZ, *Službeni glasnik RS*, br. 85/05,88/05-ispavka, 107/05-ispavka, 72/09,111/09,121/12,104/13,108/14, 94/16 i 35/19.

³ Veljko Delibašić, „Krivično delo otmica u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije“, *Kultura polisa*, br. 27, Beograd, 2015, 499-510.

⁴ Više, Đorđe Đorđević, *Krivično pravo – posebni deo*, III izdanje, Kriminalističko – policijska akademija, Beograd,2014.

Krivično delo otmice iz čl.134 KZ glasi:

1. Ko silom, pretnjom, obmanom ili na drugi način odvede ili zadrži neko lice u nameri da od njega ili drugog lica iznudi novac ili kakvu drugu imovinsku korist ili da njega ili koga drugog prinudi da nešto učini, ne učini ili trpi, kazniće se zatvorom od dve do deset godina;

2. Ko radi ostvarenja cilja otmice preti ubistvom ili teškom telesnom povredom otetom licu, kazniće se zatvorom od tri do dvanaest godina;

3. Ako je oteto lice zadržano duže od deset dana ili je prema njemu postupano na svirep način ili mu je teško narušeno zdravlje ili su nastupile druge teške posledice ili ko delo iz stava 1 ovog člana učini prema maloletnom licu, učinilac će se kazniti zatvorom od tri do petnaest godina;

4. Ako je usled dela iz st.1 do 3 ovog člana nastupila smrt otetog lica ili je delo izvršeno od strane grupe, učinilac će se kazniti zatvorom od pet do osamnaest godina;

5. Ako je delo iz st. 1 do 3 ovog člana izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe, učinilac će se kazniti zatvorom od najmanje pet godina.⁵

Pravna analiza ovog krivičnog dela ukazuje da je ono u velikoj meri slično iznudi, ali je znatno šire u pogledu radnje izvršenja i namere. Pored iznuđivanja novca ili kakve druge koristi učinilac oteto ili drugo lice, po pravilu blisko, pokušava da prinudi da nešto učini, ne učini ili da trpi. To je osnovni razlog zašto se otmica kao krivično delo nalazi u okviru glave čiji su zaštitni objekti sloboda i prava čoveka i građanina. Preciznije, otmica se ne svrstava samo kao iznuda u zaštitnu grupu krivičnih dela protiv imovine, već primarno u grupu krivičnih dela protiv slobode i ljudskih prava čoveka i građanina.

Radnja izvršenja ovog krivičnog dela obuhvata protivpravno lišenje slobode odvođenjem ili zadržavanjem nekog lica i to sledećim sredstvima: upotrebom sile, pretnje, obmane ili na drugi način protivno volji otetog lica. Po našem mišljenju zakonodavac je dobro uradio što je stavio širu inkriminaciju jer je moguće izvršiti ovo krivično delo na pr. na štetu nemoćnog lica koje je nepokretno.

Teži oblici otmice predviđeni su u istoj odredbi tač.2-5 gde se kao kvalifikovane okolnosti navode: a) pretnja ubistvom ili nanošenje TTP (kazna zatvora od 3 do 12 g); b) zadržavanje (protivpravno lišenje slobode) otetog lica duže od 10 dana, svirepo postupanje koje je prouzrokovalo teško narušavanje zdravlja i druge teške posledice, zadržavanje maloletnika (zatvor od 3 do 15 g); c) nastupanje smrti otetog lica ili izvršenje dela od strane grupe (zatvor od 5 do 18 g) i d) izvršenje dela od strane organizovane kriminalne grupe (zatvor od min 5 g).

⁵ Čl. 134 KZ.

U slučaju nastupanja smrti otegot lica zbog pravne kvalifikacije je važno da je delo učinjeno nehatom učinioca, jer u suprotnom će se raditi o krivičnom delu ubistva koje je obuhvaćeno umišljajem učinioca. Postoji mogućnost da se takvo delo izvrši iz koristoljublja, zatim radi prikrivanja drugog krivičnog dela ili iz niskih pobuda i tada nije u pitanju otmica već klasično ubistvo.

Ostale relevantne zakonske odredbe

a) Pored krivičnog zakonodavstva, slobode i prava čoveka i građanina su zaštićene, pre svega, normama ustavnog zakonodavstva. Tako se u čl. 27 st. 1 *Ustava* Republike Srbije navodi sledeće: „Svako ima pravo na ličnu slobodu i bezbednost. Lišenje slobode dopušteno je samo iz razloga i u postupku koji su predviđeni zakonom“.⁶ Pomenuta odredba je pravnički i leksički veoma jasna i na nesumnjiv način pokazuje da najviši pravni akt zemlje garantuje poštovanje i zaštitu univerzalnih vrednosti, poput slobode i bezbednosti čoveka i građanina.

b) Podsećamo da svako lišenje slobode i ograničenje prava građana može biti jedino u okviru zakonskih razloga, po proceduri i postupku koji predviđaju relevantni zakoni kao što su kod nas *Zakonik o krivičnom postupku*,⁷ *Zakon o policiji*⁸ i dr. U delu izlaganja u kojem se obrađuje kriminalističko-operativni rad policije u traganju i pronalasku nestalih lica, dece i maloletnika, biće detaljnije ukazano na mehanizme rada policije i na relevantne podzakonske akte u ovoj oblasti.

c) Pored klasičnog krivičnog zakonodavstva u zaštiti prava dece i maloletnika određeno mesto imaju i odredbe tzv. *maloletničkog krivičnog zakonodavstva*, ali se one odnose uglavnom na maloletnike kao počiniocce krivičnih dela. Pored toga veliku ulogu imaju i odredbe aktuelnog *Porodičnog zakona*⁹ koje definišu između ostalog porodične odnose, odnos dece prema roditeljima, nasilje u porodici i druge situacije koje mogu biti uzroci bekstva dece od kuće.

d) Slobode i prava čoveka i građanina su posebno zaštićene kao univerzalne vrednosti *međunarodnog prava* – odredbama *Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima UN* (1948) i odredbama *Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda Saveta Evrope* (1950), kao i drugim međunarodnim instrumentima. U pomenutim međunarodnim dokumentima se posebno ističe da svaki čovek kao pojedinac

⁶ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br.98/06.

⁷ *Zakonik o krivičnom postupku* – ZKP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 4/13, 55/14, 35/19, 27/21 – odluka US i 62/21 – odluka US.

⁸ *Zakon o policiji* – ZP, *Službeni glasnik RS*, br.06/16, 24/18 i 87/18.

⁹ *Porodični zakon* – PZ, *Službeni glasnik RS*, br.18/05, 72/11 – dr.zakon i 06/15.

i pripadnik zajednice ima pravo na slobodu i bezbednost ličnosti.¹⁰ Obzirom da je Republika Srbija pravni sledbenik ex SFRJ, pored ostalih država naslednica, to je Srbija prihvatila pomenute konvencije i prava i obaveze koji iz njih proističu. U tom smislu su rešenja koja se odnose na ljudska prava i građanske slobode ugrađena i u naše nacionalno zakonodavstvo.

Naša zemlja ratifikovala je i *Međunarodnu konvenciju o zaštiti svih lica od prisilnih nestanaka*,¹¹ koja se oslanja na prethodno donetu Deklaraciju GS UN br.47/133 o zaštiti svih lica od prisilnog nestanka (1992).¹² Međutim, ovaj dokument je prevashodno posvećen prisilnim nestancima lica u ratnim i vanrednim okolnostima, gde postoji mogućnost vanpravnog i kriminalnog ponašanja pojedinih nosilaca vlasti, državnih organa i ostalih aktera.

U korpusu međunarodnog prava valja pomenuti i *međunarodne konvencije o pravima deteta*¹³ koje mogu biti od značaja za sagledavanje položaja i statusa dece u razvijenom društvu, te u tom kontekstu praćenja i suzbijanja pojava nestanaka dece i maloletnika.

DRUŠTVENI ODGOVOR NA NESTANAK DECE I MALOLETNIKA

Pored normativno-pravnog odgovora na nestanak lica – dece i maloletnika, na najteže oblike i vidove kriminala i društveno negativnih pojava, veliki značaj ima usaglašeni društveni odgovor na nestanak dece i maloletnika. Odgovor zajednice uslovno možemo podeliti prema nosiocima aktivnosti na vaninstitucionalni i institucionalni. U pitanju su konkretne aktivnosti koje sprovodi nevladin i vladin sektor u otkrivanju nestale dece i njihovoj rehabilitaciji.

Vaninstitucionalni odgovor zajednice na nestanak dece i maloletnika

Vaninstitucionalni odgovor zajednice na problem nestanka dece i maloletnih lica podrazumeva pre svega stav građanske javnosti, rad i delovanje nevladinih

¹⁰ Thomas Buergenthal, *International Human Rights in u Nutschell*, 2nd, West Publishing, Minnesota, USA. Srpsko izdanje: Međunarodna ljudska prava (u sažetom obliku), Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997, 50-55 i 100-103.

¹¹ Zakon o potvrđivanju Međunarodne konvencije o zaštiti svih lica od prisilnih nestanaka, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br.01/11.

¹² UN GS, Rezolucija br.47/133 od 18.12.1992.g. Rezolucija se navodi u čl.2. Međunarodne konvencije o zaštiti svih lica od prisilnih nestanaka.

¹³ Centar za prava deteta, *Odabrani međunarodni instrumenti*, Beograd, /pd.org.rs/projects/odabrani-medjunarodni-instrumenti/, 03.09.2021.

organizacija i drugih nedržavnih subjekata. U pitanju je kategorija subjekata koja je u savremenom društvu veoma prisutna, dobro organizovana, adaptibilna i mobilna jer brzo reaguje na probleme u zajednici i nove izazove, rizike i pretnje po bezbednost građana. Na problem nestanka lica – dece i maloletnika reagovali su na identičan način nevladine organizacije (NVO), mediji, udruženja građana i drugi nedržavni subjekti.

a) Među važnijim subjektima iz redova nevladinih organizacija ističe se poznata „ASTRA“ osnovana 2000. godine u Beogradu, koja se bavi problemima trgovine ljudima, ženama i decom, kao i angažovana je u potragama za nestalom decom i njihovoj zaštiti nakon pronalaska. U radu organizacije se naglašava afirmacija koncepta modernog društva bez eksploatacije, nasilja, diskriminacije, ekonomskih i socijalnih nejednakosti. U dokumentima organizacije se ističe da svoj rad i angažovanje temelji na vrednostima i međunarodnim standardima kao što su: poštovanje ljudskih prava i građanskih sloboda, tolerancija i uvažavanje različitosti, nediskriminacija, profesionalizam i posvećenost u radu.¹⁴

Organizacija ostvaruje dobru saradnju sa policijom MUP RS u smislu dostave podataka o licima koja su predmet trgovine ljudima,¹⁵ pa u tom kontekstu i potencijalnom nestanku dece i maloletnika. „Astra“ pruža pomoć porodicama nestalih lica u pogledu informacija, a ima i uspostavljen Call centar – SOS telefon aktivan 24 časa dnevno i to svih sedam dana u nedelji (sistem 24/7). Dežurni telefon pomaže da se prime, zabeleže i proslede policiji podaci o nestalom licu, u našem slučaju o deci i maloletnicima. Značajna je uloga ove NVO i u procesu oporavka i reintegracije žrtava trgovine ljudima, gde je takođe zapažen određeni broj dece i maloletnika koji su bili žrtve radne ili seksualne eksploatacije.¹⁶ Organizacija pruža žrtvama različite vidove pomoći – psihološku, medicinsku, pravnu i alternativni smeštaj, kao i pomoć u pogledu nastavka školovanja i reintegracije žrtava u normalan život i rad.

b) *Fondacija „Tijana Jurić“* je osnovana sredinom 2015. godine u Subotici nakon otmice i ubistva istoimene mal.devojčice, koji zločin se dogodio godinu dana ranije u noći između 24/25.07.2014. godine u blizini sela Bajmok. Telo tražično stradale devojčice je pronađeno 12 dana kasnije i to 23 km dalje od mesta

¹⁴ „ASTRA“, <https://www.astra.rs/o-astri/>, 05.09.2021.

¹⁵ Čl.388 KZ.

¹⁶ Više, Vanda Božić, Željko Nikač, „Trafficking in human beings for sexual exploitation in Croatia and Serbia“, *Criminal Justice and Security in Central and Eastern Europe, From Common Sense to Evidence-based Policy-making*, Faculty of Criminal Justice and Security, Maribor, Conference Proceedings, Ljubljana 2018, 453-466.

zločina, na zapuštenom smetlištu u naselju Čonoplja, opština Sombor.¹⁷ Do tada nezabeleženi zločin u našoj zajednici je izazvao revolt građana i osudu čitavog društva, pa su angažovani svi operativni kapaciteti policije na rasvetljavanju ovog zločina. Izvršilac ovog krivičnog dela je pronađen i uhapšen u rekordno kratkom roku, pa je nakon višesatnog informativnog razgovora sa operativcima za krvne delikte MUP RS pokazao mesto izvršenja krivičnog dela i mesto gde je sakrio telo žrtve.

Nakon toga osumnjičeni je pritvoren po odluci nadležnih organa, podignuta je optužnica za brutalno ubistvo i potom izrečena prvostepena presuda Višeg suda u Subotici na maksimalnu kaznu zatvora od 40 godina. Posle žalbe branioca opt.Dragana Djurića Apelacioni sud u Novom Sadu je potvrdio provostepenu presudu kojom je izvršilac pravosnažno osuđen na maksimalnih 40 godina zatvora.¹⁸

Ovaj tragični događaj je bio povod da porodica i posebno otac devojčice g.Igor Jurić, pokrenu akciju na zaštiti dece i traganju za decom i maloletnicima u slučajevima otmica i srodnih krivičnih dela gde su žrtve najosetljivije kategorije lica. Porodica je osnovala Fondaciju „Tijana Jurić“ ne samo radi sećanja na svoje tragično stradalo dete, već i sa ciljem da se u zajednici preventivno deluje na zaštiti dece i maloletnika i edukacije dece u funkciji poboljšanja lične bezbednosti.

Jedna od najvažnijih akcija ove organizacije je bila inicijativa da se u naš pravni sistem ugradi svetski poznati model uzbunjivanja „Amber alert“, koji je nastao u SAD sredinom 90-tih godina nakon otmice istoimene devojčice. Fondacija je uspela uz podršku javnosti i pomoć profesora Pravnog fakulteta u Beogradu da u avgustu 2014. godine inicira novele Zakona o policiji. U pitanju je bila *izmena i dopuna čl.72 ZOP* koji propisuje vreme potrage za decom i maloletnim licima, što je prihvatila Narodna skupština RS i naredne godine usvojila predloženu izmenu i dopunu (16.07.2015.).¹⁹ Ova važna novela je simbolično nazvana „Tijanin zakon“ iz pijeteta prema tragično stradaloj devojčici. Prema usvojenom rešenju policija u slučaju prijave nestanka lica koje ima elemente krivičnog dela, što se posebno odnosi na decu i maloletnike, više ne čeka protek roka između 24 i 48 časova već odmah pokreće potragu za nestalim licem, preduzima druge mere i radnje i saraduje sa drugim nadležnim organima, udruženjima i građanima.

¹⁷ MUP RS oficijelni sajt, Press konferencija ministra i direktora policije 07.08.2014. nakon otkrića ubistva i pronalaska tela tragično stradale devojčice, www.mup.gov.rs, arhiva sajta, 06.09.2021.

¹⁸ Sajt Fondacije „Tijana Jurić“, <https://tijana.rs/potvrda-apelacionog-suda-draganu-duricu-40-godina-za-tijanino-ubistvo/>, 10.09.2021.

¹⁹ Zakon o izmenama i dopunama (ZiD) Zakona o policiji, *Službeni glasnik RS*, br.65/15 (stari ZOP).

Fondacija je uvela interni *Registar nestalih lica* koji sadrži fotografije, personalne podatke, okolnosti nestanka i druge podatke. Pristup bazi podataka nije dozvoljen opštoj javnosti zbog zaštite privatnosti lica, pre svega dece i maloletnika.²⁰

Mišljenja smo da je ova organizacija danas lider u nevladinom sektoru u oblasti zaštite dece i maloletnika od otmica, nestanka i srodnih oblika ugrožavanja. Organizacija je nedavno, posle brojnih birokratskih prepreka, uspela da upriliči sastanak u Ministarstvu pravde RS radi pokretanja ideje o uvođenju sistema brzog uzbunjivanja i potrage za decom. Istom prilikom je inicirano i formiranje multi-sektorske radne grupe u vezi sa zakonskim i drugim aktima vezanih za uvođenje ovog sistema.²¹

Institucionalni odgovor na nestanak dece i maloletnika

Borba protiv kriminala podrazumeva preventivno i represivno delovanje ovlašćenih subjekata u zajednici koji imaju kapacitete, kadrovske i materijalne resurse i koji se u okviru svojih poslova bave suzbijanjem kriminala. U kriminološkoj doktrini i kriminalističkoj praksi ovi subjekti su sistematizovani po različitim kriterijumima i mi smo se opredelili za klasičnu podelu na: privatne, specijalizovane, međunarodne i državne organe (organizacije).²²

Privatne organizacije se uglavnom bave prevencijom kriminala i posebno su aktivne u SAD i razvijenim zapadnim zemljama, finansirane iz privatnih fondova i koje imaju dobru saradnju sa državnim organima i organizacijama. U pitanju su savetovališta, klubovi i udruženja. Specijalizovane organizacije su uglavnom profesionalne ustanove koje pružaju pomoć osobama koje su sklone kriminalu i sociopatološkim ponašanjima. Cilj postojanja i angažovanja ovih organizacija je resocijalizacija prestupnika i mladih delikvenata, pa su povezane sa školama, sličnim ustanovama, policijom i drugim organima. Međunarodne organizacije polaze od stava da kriminal nije izolovana pojava već fenomen koji u savremenom svetu ima značajnu međunarodnu dimenziju i predstavlja problem međunarodne zajednice u celini. Pitanjem suzbijanja kriminala bave se danas brojne međunarodne organizacije (vladine i nevladine) među kojima su najznačajnije Interpol, Evropol, Međunarodno udruženje za kriminologiju, Međunarodno udruženje pravnika i dr.²³

²⁰ <https://tijana.rs/potvrda-apelacionog-suda-draganu-duricu-40-godina-za-tijanino-ubistvo/>, 10.09.2021.

²¹ „Amber alert uskoro u Srbiji“, „Politika“, 27.08.2021.

²² Milan Milutinović, *Kriminologija*, Savremena administracija, Beograd, 1981, 474–478.

²³ Željko Nikač, *Policija u zajednici*, Kriminalističko – policijska akademija, Beograd, 2019, 13-26.

Državni organi i organizacije su nesporno najvažniji subjekti u borbi protiv kriminala i svih njegovih pojavnih oblika. Ove organe osniva država po pravilu posebnim zakonom, finansira njihov rad, odlučuju o upravljačkom mehanizmu, polju delovanja i prioritetima u radu. Na osnovu utvrđenih stručnih planova ovi subjekti preventivno deluju u odnosu na mladu generaciju i pokušavaju da utiču na uzroke problema, njihovo otklanjanje delovanjem prema pojedincu i u porodici, kao i eksterno delovanje kroz sportske, kulturne i ostale aktivnosti.

U kontekstu nestanka dece i maloletnika najvažnije su aktivnosti koje preduzimaju ovlašćeni državni organi kao što su javno tužilaštvo, policija, centri za socijalni rad, sudovi i drugi. Pravosudni organi i policija su na prvoj liniji borbe protiv svih pojavnih oblika kriminala, dakle i na suzbijanju krivičnih dela otmica i drugih vidova nestanka dece i maloletnika. U pitanju su organi koji imaju posebno uređen pravni status i ustrojstvo po posebnim zakonima, koji veliki deo aktivnosti ostvaruju zajedničkim radom, multiagencijskim pristupom i multisektorskom saradnjom.

Javno tužilaštvo je nadležno za procesuiranje krivičnih dela koje se gone po službenoj dužnosti i shodno čl.43 rukovodeći organ u krivičnom postupku koji ima značajna ovlašćenja: rukovodi predistražnim postupkom; odlučuje o nepreduzimanju ili odlaganju krivičnog gonjenja; sprovodi istragu; zaključuje sporazum o priznanju krivičnog dela i o svedočenju; podiže i zastupa optužbu pred sudom; može da odustane od optužbe; izjavljuje žalbe protiv nepravnosnažnih sudskih odluka i da podnosi vanredne pravne lekove protiv pravnosnažnih sudskih odluka i preduzima dr. radnje.²⁴ Svi organi koji učestvuju u predistražnom postupku su dužni da postupaju po svakom zahtevu JT u cilju otkrivanja krivičnog dela ili pronalaženju osumnjičenog (čl.44). Prema odredbama istog Zakona predviđene su opšte (čl.85-čl.160) i posebne dokazne radnje (čl.161-čl.187).

Policija ima značajna ovlašćenja u predistražnom postupku (čl. 286-čl.294) od kojih su najvažnija: traženje obaveštenja od građana; pregled prevoznih sredstava, putnika i prtljaga; ograničenje kretanja do 8 časova na određenom prostoru; utvrđivanje istovetnosti lica i predmeta; raspisivanje potrage za licem i predmetima; pregled objekata i prostorija pravnih lica, uvid u dokumentaciju i privremeno oduzimanje; pribavljanje podataka od telefonskih operatera po odorenju suda; saslušanje osumnjičenog; zadržavanje zatečenog lica na mestu izvršenja krivičnog dela; policijsko hapšenje, hvatanja na delu; zadržavanje osumnjičenog.

Centri za socijalni rad takođe imaju svoje nadležnosti posebno kada je u pitanju pomoć i psihološka podrška povodom prihvata dece pronađene posle prijave

²⁴ Čl. 43 ZKP.

nestanka, nakon otmice, trgovine ljudima, seksualne i radne eksploatacije. Pravni status i metodologija rada u ovim slučajevima regulisani su najpre odredbama Porodičnog zakona,²⁵ Zakona o socijalnoj zaštiti (čl.41 st.2t 7) i podzakonskim aktima za njihovu implementaciju.

Sudovi su organi suđenja i presuđenja i njihov položaj, pravni status, poslovi i zadaci su detaljnije regulisani odredbama Zakona o uređenju sudovima i drugim sistemskim propisima u pravosudnoj materiji. Kod nas je istaknuto načelo nezavisnosti sudstva i proklamovano Ustavom RS, pomenutim Zakonom o uređenju sudova²⁶ i drugim propisima.

„AMBER ALERT“ SISTEM TRAGANJA ZA NESTALOM DECOM

Sistem upozorenja javnosti i traganja za nestalom decom poznat pod nazivom „AMBER alert“ je pokrenut u SAD 1996. godine, nakon nestanka istoimene devojčice koja je oteta i ubijena u gradu Arlingtonu, država Teksas. Naime, desetogodišnja devojčica Amber Hegerman je dana 13.01.1996. g. vozila bicikl na parking u ispred napuštene prodavnice kada je primetio čovek u crnom kombiju i prišao joj vozilom, te po kazivanju jedinog svedoka udario je, ugruao u vozilo i udaljio se sa mesta izvršenja.²⁷ Uprkos brze reakcije policije i organizovane potrage u kojoj je učestvovala lokalna i savezna policija, telo male Amber je nađeno posle pet dana u obližnjem zalivu sa prerezanim vratom. Nažalost učinilac ovog zločina do danas nije pronađen i istraga je zastala zbog nedostatka podataka.

Lokalna zajednica je reagovala na ovaj užasan zločin i iskazala solidarnost sa porodicom žrtve, kao i saradnju sa policijom u cilju rasvetljavanja krivičnog dela. U akciju su se po prvi put uključili i lokalni mediji, radio i TV stanice koji su iz časa u čas objavljivali informacije i obavestavali javnost o nestanku devojčice, navodeći opis žrtve i druge okolnosti zločina. Proaktivan informativni pristup lokalnih medija je obuhvatio povremena uključivanja reportera sa mesta dešavanja, prekid programa i saopštavanje važnijih informacija o događaju u toku programskih blokova. Tako je nastala ideja da se inicira uvođenje sistema upozorenja i brzog obavestavanja u slučajevima otmica, kidnapovanja i drugih srodnih krivičnih dela i pojava oblika kriminala gde su oštećeni deca i maloletnici. Zajednica, država i njeni organi, posebno policija i agencije za primenu zakona, su iskazali empatiju

²⁵ Čl. 12 PZ.

²⁶ Zakon o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br.116/08,104/09, 101/10, 31/11 – dr. zakon, 78/11 – dr. zakon, 101/11, 101/13, 40/15 – dr. zakon, 106/15, 13/16.

²⁷ US Department of Justice. Office of Justice Programs, AMBER Alert, <https://amberalert.ojp.gov/>, 10.09.2021.

prema ųrtvama ovog i drugih zločina. Pojedine TV stanice su inicirale saradnju sa lokalnom samoupravom radi uspostavljanja sistema obavješavanja javnosti o ote-toj deci i maloletnicima, što je zahvatilo skoro celu teritoriju SAD, sa idejom da se obuhvate sve jurisdikcije.

Program „AMBER Alert“ koji je pokrenut u SAD je dobio naziv s jedne strane po imenu stradale devojčice Amber, a s druge strane to je skraćenica (tzv. bekronim) za engl. America's Missing: Broadcast Emergency Response. Potom je program prihvaćen na celoj teritoriji i osnovan je nacionalni „AMBER alert“ sistem u okviru Ministarstva pravde SAD, što su prihvatile sve savezne države do 2005. godine.²⁸ Rukovodilac programa je nacionalni koordinator upozorenja na AMBER opasnost koji je u saradnji sa Nacionalnim centrom za nestalu i eksploatisanu decu (engl.NCMEC – National Center for Missing and Exploited Children) nosilac svih aktivnosti kao centar za razmenu informacija o ovom programu. Kao najvažnije komponente nacionalne strategije „AMBER Alert“ u SAD navode se: a) procena trenutnih aktivnosti vezanih za AMBER upozorenja; b) kreiranje koordinirane AMBER mreže upozorenja i c) zajednički rad i saradnja Programa sa organima za sprovođenje zakona i emiterima.²⁹

Nacionalni „AMBER alert“ centar SAD je pripremio Izveštaj za 2019. godinu prema kojem je bilo ukupno 145 slučajeva aktiviranja sistema za teritoriju cele države, koji su na sreću većinom dali pozitivne rezultate. U izveštaju su dati parametri po saveznm državama i navedeni su drugi značajni elementi kao što su: lažne prijave, broj pronađene dece, oporavak posle pronalaženja i ostali. Sistem se ne aktivira u slučaju bekstva dece od kuće osim u posebnim slučajevima i specifičnim okolnostima. Najveći broj slučajeva nestanka dece koji imaju elemente otmice se reši u prvih 72 časa i zato je važno rano upozorenje, aktiviranje policijske potrage i angažovanje medija.³⁰

Pored SAD ovaj sistem je zaživeo u još nekoliko zemalja pod ovim ili srodnim nazivima i to: Belgiji, Bugarskoj, Češkoj, Francuskoj, Grčkoj, Holandiji, Italiji, Irskoj, Malti, Češkoj, Nemačkoj, Poljskoj, Portugalu, Rumuniji, Španiji i UK.³¹

Prema raspoloživim podacima iz država koje primenjuju ovaj sistem upozorenja ustanovljeni su konkretni kriterijumi za pokretanje sistema: a) traga se za

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ US Department of Justice. Office of Justice Programs, AMBER Alert, 2019 AMBER Alert Report, <https://amberalert.ojp.gov/>, 10.09.2021.

³¹ <https://tijana.rs/potvrda-apelacionog-suda-draganu-duricu-40-godina-za-tijanino-ubistvo/>, 10.09.2021.

decom i maloletnicima (do 18 godina); b) po mišljenju policije aktiviranje sistema neće ugroziti život lica za kojim se traži; c) postoji sumnja da otmičar ima namenu da povredi oteto lice; d) nestanak ima za posledicu ugrožavanje života otetog lica; e) dostupne su informacije za pokretanje sistema (lični opis, garderoba i dr.) i f) druge nepoznate okolnosti.³²

KRIMINALISTIČKO-OPERATIVNI RAD POLICIJE NA PRONALAZENJU NESTALE DECE I MALOLETNIKA

U Republici Srbiji status, poslovi i nadležnost MUP-a su najpre određeni Zakonom o ministarstvima, gde se pored ostalog u čl.13 navodi da: „MUP obavlja poslove državne uprave koji se odnose na zaštitu života, lične i imovinske bezbednosti građana; sprečavanje i otkrivanje krivičnih dela i pronalaženje i hvatanje učinilaca krivičnih dela i njihovo privođenje nadležnim organima; održavanje javnog reda i mira i dr.“³³

Položaj, organizacija, poslovi i zadaci, ovlašćenja i kontrola rada policije u okviru MUP RS su bitni elementi koji su dalje detaljnije regulisani odredbama Zakona o policiji i razrađeni podzakonskim aktima za njegovu implementaciju.

Najvažniji deo MUP je policija kao operativni deo po kojem se prepoznaje ovaj resor u formi *Direkcije policije*, koja je centralizovana i organizovana po linijskom i teritorijalnom principu.³⁴ Poslove borbe protiv kriminala u prvom redu obavlja *Uprava kriminalističke policije* koja ima svoje detaširane jedinice u formi odeljenja u okviru teritorijalnih područnih policijskih uprava. Pored UKP veoma važnu ulogu u borbi protiv kriminala ima i Uprava policije poznata u policijskoj praksi kao policija poretka (uniformisani sastav), koja pokriva teritorije područnih policijskih uprava i primarno obavlja poslove zaštite javnog poretka, reda i mira. U suzbijanju kriminala udela imaju i druge organizacione forme policije kao što su Uprava granične policije, Uprava saobraćajne policije i druge čiji je položaj određen Uredbom o načelima za unutrašnje uređenje u MUP.³⁵

Kriminalističko-operativni policijski rad na pronalazanju nestale dece i maloletnika po pravilu počinje nakon nestanka lica, za koji se podnosi prijava nestanka policiji. Nakon prijema prijave i obaveštavanja nadležnog javnog tužioca

³² USAID, Beogradska otvorena škola (BOŠ), Fondacija „Tijana Jurić“, Kriterijumi za pokretanje alarma, <http://amberalert.rs/kriterijumi-za-pokretanje-alarma/>, 12.09.2021.

³³ Čl. 13. Zakon o ministarstvima, *Službeni glasnik RS*, br.128/21.

³⁴ Ž. Nikač (2019), op.cit., 36-48.

³⁵ Uredba o načelima za unutrašnje uređenje u MUP, *Službenik glasnik RS*, br.60/17.

o tome policija po pravilu pokreće *potražnu delatnost* koja može biti u okviru kriminalističke obrade, ali i van tog postupka. Potražna delatnost se preduzima sa osnovnim ciljem pronalazjenja nestalog lica uz mere opreza da se licu ne naudi, da se ne dovedu u pitanje životi policijskih službenika i da se zadatak obavi uz najmanje štetne posledice. Potražna delatnost u sklopu kriminalističke obrade se preduzima ako postoje osnovi sumnje da je do nestanka lica došlo usled krivičnog dela. Potražna delatnost van kriminalističke obrade se preduzima kada početna saznanja ukazuju na to da je dete – maloletnik odbeglo od kuće, ili se samo udaljilo izvesno vreme bez znanja roditelja (staraoca). Postupanje policije van kriminalističke obrade ima važan preventivni značaj posebno kod dece, maloletnika i drugih kategorija lica jer može sprečiti nastupanje srodnih ponašanja *pro futuro* i drugih štetnih posledica.

Potražne radnje se realizuju *potražnim aktima* koji su regulisani odredbama ZKP, Zakona o policiji (ZOP) i Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica. Raspisivanje akata je usmereno pre svega na potencijalnog učinioca krivičnog dela ili pak na žrtvu (oštećeno lice).

Traganje za licima i predmetima je jedna od mera i radnji iz čl.47 Zakona o policiji koja se preduzima odmah po saznanju za krivično delo ili potencijalnog izvršioca. Traganje se raspisuje poternicom, policijskom potragom i objavom koji su detaljnije razrađeni u čl.57 istog Zakona.³⁶

Poternica je potražni akt³⁷ kojim se zahteva traganje za licem u cilju pronalazjenja, hapšenja i sprovođenja nadležnom organu određenih kategorija lica (okrivljeni, osuđeni ili odbeglo lice sa izdržavanja kazne, odnosno zavodske mere u vezi sa lišenjem slobode), koje lice je nedostupno organima i nalazi se u bekstvu. Poternica se može raspisati i po zahtevima drugih subjekata³⁸ radi pronalaska lica koje je u bekstvu.

Izdavanje poternice naređuje sud pred kojim se vodi krivični postupak protiv okrivljenog zbog krivičnog dela koje se goni po sl. dužnosti, a koji je nedostupan sudu i nalazi se u bekstvu a postoji naredba za njegovim dovođenjem ili rešenje o određivanju pritvora. Izdavanje poternice narediće sud i ukoliko je okrivljeni pobjegao sa izdržavanja krivične sankcije, što se sve dostavlja policiji radi izvršenja. Poternica je akt koji je usmeren na traganje za poznatim licem koje dok je u bekstvu i krije se, može da izvrši i krivična dela o kojima je ovde reče.

³⁶ Čl. 47 i 57 ZP.

³⁷ Čl. 596 – čl. 601 ZKP.

³⁸ Milan Žarković, Zvonimir Ivanović, *Kriminalistička taktika*, Kriminalističko – policijska akademija, 2017, 212.

Objava je jedan od važnijih akta koji raspisuje policija na zahtev suda, a može biti od velikog značaja za pronalaženje nestalog lica. Prema čl.59 ZP predviđa se sledeće:

„Ako je prijavljen nestanak lica, a postoje osnovi sumnje da je to lice žrtva krivičnog dela, policijski službenici su dužni da u saradnji sa drugim nadležnim organima, udruženjima građana i građanima, bez odlaganja, preduzmu mere i radnje predviđene ovim i drugim zakonima, u cilju njegovog pronalaska.“³⁹

Shodno čl.59 ZOP objava se raspisuje: a) za nestalim licem; b) radi utvrđivanja identiteta lica koje nije u stanju da pruži lične podatke ili radi utvrđivanja identiteta pronađenog nepoznatog leša; c) za predmetima koji su pronađeni ili nestali i d) u drugim slučajevima, u skladu sa posebnim zakonom. Ako je prijavljen *nestanak lica*, a postoje osnovi sumnje da je lice žrtva krivičnog dela, policijski službenici su dužni da u saradnji sa drugim nadležnim organima, udruženjima građana i građanima, bez odlaganja preduzmu mere i radnje predviđene ovim i drugim zakonima, u cilju njegovog pronalaska.

Izdavanje objave naređuje organ postupka ukoliko su potrebni podaci o pojedinim predmetima ili licima koja su u vezi sa krivičnim delom, ili ove predmete ili lica treba pronaći, a naročito ako je to potrebno radi ustanovljenja identiteta pronađenog nepoznatog leša. U tom kontekstu policija može objavljivati i fotografije leševa i nestalih lica ako postoje osnovi sumnje da je do smrti, odnosno nestanka tih lica, došlo usled krivičnog dela.⁴⁰ Objava i poternica se mogu plasirati i u medijima i sredstvima javnog informisanja.

Policijska potraga je akt koji se raspisuje radi pronalaženja lica za koje postoje osnovi sumnje da je učinilo krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, kao i u drugim slučajevima koji nisu u kontekstu teme.⁴¹

Centralna potraga ima funkciju da obavesti sve organizacione jedinice MUP na teritoriji celokupne RS da jedinica koja je raspisala potragu traga za konkretnim licem ili predmetima kaznenog dela, koji se možda mogu naći na određenom području.

³⁹ Čl. 59 ZP.

⁴⁰ Čl.599 ZKP.

⁴¹ Čl. 59 ZP. Ostali slučajevi u kojima se raspisuje policijska potraga odnose se na traganje za: a) licem koje traži prekršajni sud po naredbi za dovođenje; b) predmetima krivičnog dela ili prekršaja i za predmetima za kojima je policija dužna da traga u skladu sa posebnim propisima; b) licem koje može dati potrebna obaveštenja o krivičnom delu ili prekršaju, učiniocu ili predmetima krivičnog dela ili prekršaja.

U praksi se koristi i *raspis* kao vid obaveštavanja organizacionih jedinica o određenim pitanjima, smernicama za rad i koordinaciju.

Međunarodne potrage se aktiviraju u kontekstu međunarodne policijske saradnje MUP RS sa inostranim policijskim organima i kada postoje operativni podaci da je traženo lice izvan granica RS, pa MUP uz saglasnost ministarstva pravde može da raspiše međunarodnu poternicu i dostavi je dalje u razmenu preko Interpola.⁴² Za lociranje nestalih osoba, dakle i dece i maloletnika, u praksi rada Interpola koriste se tzv. *žute poternice* koje se odnose na traganje za nestalim licima. U pitanju je međunarodni akt prvenstveno namenjen za pronalaženje nestalih osoba, zatim za identifikaciju lica koja ne mogu da pruže podatke o sebi u postupku autoidentifikacije i za decu otetu od strane roditelja (tzv. roditeljske otmice).⁴³ Žutu poternicu izdaje centrala Interpola na zahtev našeg NCB Interpol Beograd koji se formacijski nalazi u sastavu Direkcije policije – Uprave za međunarodnu policijsku saradnju (UMOPS).⁴⁴

Jedinstveni informacioni sistem (JIS) MUP RS ima veliki značaj kada je u pitanju traganje za nestalim licima. JIS obuhvata upotrebu informacione i srodne tehnologije koja omogućava brzu i bezbednu komunikaciju između organizacionih jedinica u sistemu MUP, kako susednih tako i svih ostalih uprava. U pogledu potražnih akata isti se takođe evidentiraju kroz sistem JIS i posebne aplikacije koje su dodatno zaštićene od kompromitacije, dok su ulazak i korišćenje u formi dozvola i posebnih šifara ovlašćenih lica za ove poslove. Potraga za učiniocem krivičnog dela sadrži potrebne elemente: raspoložive personalne podatke, fotografije i lični opis, podatke o ličnosti osumnjičenog (borilački sportovi, agresivnost, nasilništvo, očekivani otpor, naoružanje), opis eventualno korišćenog vozila za izvršenje krivičnog dela (otmice) ili drugog sredstva izvršenja, podatke gde se eventualno lice krije koje je u bekstvu, ranije osude i dr. Potraga za nestalim licem, detetom ili maloletnikom, je slična po formi ali dominiraju podaci o žrtvi – oštećenom, okolnostima nestanka, načinu izvršenja krivičnog dela (otmica) ili događaja (odlazak od kuće), lični opis, fotografije, opis odeće, način postupanja u slučaju pronalaska lica. U JIS se mogu dopuniti nova saznanja koja su od značaja za pronalazak osumnjičenog lica ili nestalog lica – deteta ili maloletnika. Potražni akti uvek imaju oznaku hitnosti i ne trpe odlaganje.

Korišćenjem raspoloživih policijskih mera, radnji i ovlašćenja po ZKP i Zakonu o policiji kriminalističko-operativni rad je usmeren na rešavanje nestanaka dece i mladih, otmica i srodnih krivičnih dela koje uznemiravaju javnost. Policijsko

⁴² Više, Željko Nikač, *Međunarodna policijska saradnja*, Kriminalističko – policijska akademija, Beograd, 2015, 115-143.

⁴³ Oficijelni sajt Interpola, Interpol Wanted, Yellow Notices, <https://www.interpol.int/How-we-work/Notices>, 11.09.2021.

⁴⁴ *Ibidem*.

obaveštajni model rada⁴⁵ je preovlađujući u slučajevima rasvetljavanja krivičnih dela i rešavanja kriminalnih događaja, koji kod nas ima dobru osnovu i razvijenu praksu.

ZAKLJUČAK

Tragedija koja je pre par godina pogodila porodicu Jurić nakon otmice i ubistva njihove kćeri mal.devojičice Tijane potresla je celokupnu javnost i zabrinula sve ljude u našem društvu. Postavilo se opravdano pitanje koliko smo zaista bezbedni u zajednici, posebno koliko su sigurni deca i maloletnici kao jedna od najosteljivijih društvenih grupa. Takođe, postavilo se i pitanje kakav je društveni odgovor na ovakve i druge izazove, rizike i pretnje koji su danas realnost u razvijenom svetu.

U zajednici je podstaknuta debata o mehanizmima i ovlašćenjima policije u ovakvim i sličnim situacijama, posebno kada je reč o pokretanju potrage za nestalim osobama i drugim vidovima efikasnog operativnog rada policije.

U odgovoru na ovu veliku tragediju zajednica je reagovala sa zakašnjenjem i Narodna skupština je na inicijativu fondacije „Tijana Jurić“ usvojila novele čl.72 aktuelnog Zakona o policiji. U slučaju prijave nestanka lica koje ima elemente krivičnog dela, što se posebno odnosi na decu i maloletnike, policija više ne čeka protok roka od 24-48 časova već odmah pokreće potragu za nestalim licem, preduzima druge mere i radnje i saraduje sa nadležnim organima, udruženjima i građanima. Smatramo da ima mesta razmišljanju da se poznati sistem upozorenja „AMBER alert“ uvede i u praksu rada naših organa, u koji je moguće povezati sve službe bezbednosti, javne i komunalne službe i ostale subjekte.

Mišljenja smo da bi u funkciji efikasne potrage bilo celishodno inicirati i eventualne novele ZKP, posebno u delu koji se odnosi na lociranje mobilnih telefona i srodnih uređaja nestalih lica. U tom smislu treba obezbediti promptnu reakciju JT da odobri lociranje mobilnih telefona, jer je u potrazi za nestalim detetom – maloletnikom dragocen svaki trenutak. Naravno da se to može otkloniti usmenim nalogom policiji a da se kasnije pribavi pisana odluka nadležnog JT ili sudije za pretходni postupak. Ovo bez obzira na pitanje da li se radi o krivičnom delu otmice ili pak samovoljnom udaljenju deteta iz kuće, što potražni organi u prvim trenucima ne znaju i ishod postupka umnogome zavisi od mobilnosti. Prema neproverenim podacima čak 75% slučajeva otmica se nažalost završilo tragično, ako organi nisu reagovali i rešili predmet u prva tri sata od otmice.

⁴⁵ Branko Leštanin, Vanda Božić, Željko Nikač, „Pravni okvir za uspostavljanje kriminalističko obaveštajnog modela prema standardima EU“, *Zbornik Međunarodne konferencije „Usaglašavanje pravne regulative sa pravnim tekovinama (Acquis Communautaire) EU – stanje u BiH i iskustva drugih“*, Istraživački centar Banja Luka i Institut za uporedno pravo Beograd, Banja Luka, 2018, 241-254.

Na kraju ističemo da proglašenje 25. maja za „Međunarodni dan nestale dece“ nije samo akt simbolike i pijeteta, već značajna aktivnost kojom se podiže nivo svesti ljudi u zajednici i povećava solidarnost građana.

Prof. Dr. ŽELJKO NIKAČ
Full Professor, University of Criminal Investigation
and Police Studies, Belgrade
BRANKO LEŠTANIN
Ministry of Interior, Serbia

INTRODUCTION OF THE „AMBER ALERT“ SYSTEM IN THE WORK OF THE SERBIAN POLICE FOR THE PROTECTION OF THE LIVES OF CHILDREN AND MINORS

Summary

The paper discusses the idea of introducing the „AMBER alert“ system for searching for children and minors in the work of the police of the Republic of Serbia, in the function of protecting the lives of this most vulnerable category of persons. The disappearance of children is linked to kidnappings and related crimes that deeply disturb the public, and in practice there are other forms of absence such as leaving the family on their own initiative and running away from home due to domestic abuse. Children are often targeted by pedophiles and traffickers and can be abused for pornographic purposes, prostitution, begging and forced labor. Following the example of the USA and other large developed countries, the introduction of this system of searching for missing children and minors in the work of the police, judicial and other bodies was recently initiated in our country. The paper points out the initial steps and good results of the RS MOI police in the search for missing children and minors, as well as in cooperation with citizens and non-governmental organizations. Finally, proposals were made to improve the legislative framework and harmonize practice in the work of the police, judicial authorities and stakeholders.

Key words: „AMBER alert“ system, life and health of children and minors, police, Serbia, EU

Literatura

- Božić V., Nikač Ž., „Trafficking in human beings for sexual exploitation in Croatia and Serbia“, *Criminal Justice and Security in Central and Eastern Europe, From Common Sense to Evidence-based Policy-making*, Faculty of Criminal Justice and Security, Maribor, Conference Proceedings, Ljubljana, 2018.
- Buergenthal Th., *International Human Rights in u Nutschell*, 2nd, West Publishing, Minnesota, USA. Srpsko izdanje: Međunarodna ljudska prava (u sažetom obliku), Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997.

- Delibašić V., „Krivično delo otmica u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije“, *Kultura polisa*, br. 27, Beograd, 2015.
- Đorđević Đ., *Krivično pravo – posebni deo*, III izdanje, Kriminalističko – policijska akademija, Beograd, 2014.
- Žarković M., Ivanović Z., *Kriminalistička taktika*, Kriminalističko – policijska akademija, Beograd, 2017.
- Leštanin B., Božić V., Nikač Ž., „Pravni okvir za uspostavljanje kriminalističko obaveštajnog modela prema standardima EU“, *Zbornik Međunarodne konferencije „Usaglašavanje pravne regulative sa pravnim tekovinama (Acquis Communautaire) EU – stanje u BiH i iskustva drugih“*, Istraživački centar Banja Luka i Institut za uporedno pravo Beograd, Banja Luka, 2018.
- Milutinović M., *Kriminologija*, Savremena administracija, Beograd, 1981.
- Nikač Ž., *Policija u zajednici*, Kriminalističko – policijska akademija, Beograd, 2019.
- Nikač Ž., *Međunarodna policijska saradnja*, Kriminalističko – policijska akademija, Beograd, 2015.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 20.09.2021.

Prihvaćen: 10.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

SRETKO JANKOVIĆ

PRAVO NA ŽIVOT I POGREŠNE PRESUDE

Autor, pre svega, ukazuje na značaj prava na život, koje je, između ostalog, ugroženo i pogrešnim sudskim odlukama u krivičnom postupku. Posebno se razmatra šta se smatra pogrešnim sudskim odlukama, zatim koji su uzroci takvih odluka, te ističe da su najdrastičnije pogrešne osude na smrtnu kaznu, kada se nakon izvršenja te kazne utvrdi da je osoba bila nevinna. U radu je dat prikaz pogrešnih sudskih osuda na smrtnu kaznu kroz istoriju, ali su potencirane i neke takve odluke koje su prisutne i danas. Primena DNK analize u krivičnom postupku i „projekti nevinosti“ ukazali su na značaj i broj pogrešnih sudskih odluka u krivičnom postupku, ali i na to da postoje određene nepravilnosti u sistemu krivičnog pravosuđa koje dovode do pogrešnih sudskih odluka. S obzirom da je Republika Srbija ukinula smrtnu kaznu, pa stoga nema mogućnosti ugrožavanja prava na život pogrešnim osudama na tu kaznu, ali to ne znači da nema pogrešnih sudskih odluka u krivičnom postupku. Na kraju, autor se zalaže za osnivanje „projekata nevinosti“ i u našoj zemlji.

Ključne reči: pravo na život, pogrešne presude, smrtna kazna, „projekti nevinosti“

U V O D

Pravo na život je vrhunsko ljudsko pravo i bez njega nije moguće ostvarenje svih drugih ljudskih prava. Kao najvažnije ljudsko pravo, ono uživa pravnu zaštitu, koju predviđaju brojni međunarodni akti, kao i domaći propisi. Treba imati da umu da su države dužne da štite svaki ljudski život, ali u zemljama gde postoji smrtna kazna, pravo na život je u najvećoj meri ugroženo, ako dođe do izricanja i izvršenja ove kazne.

Mr Sretko Janković, sudija Apelacionog suda u Beogradu, e-mail: jankovic@bg.ap.sud.rs.

Bez obzira na sistem pravnih lekova u krivičnom postupku i dvostепенost (ili višestепенost) u odlučivanju, iz raznih razloga dolazi do donošenja pogrešnih sudskih odluka. Posebnu i najveću težinu imaju pogrešne sudske odluke kojima je izrečena smrtna kazna, a nakon izvršenja te kazne da se utvrdi da je osuđeni bio nevin. Zbog toga protivnici smrtne kazne kao jedan od najvažnijih argumenata za ukidanje ove kazne ističu moguće sudske greške.

Uvođenjem DNK analize u krivični postupak dovelo je do toga da se jasnije spozna broj pogrešnih sudskih odluka, uključujući i one na najtežu kaznu. Brojni „projekti nevinosti“, koji su se pojavili krajem ‘80-tih godina prošlog veka u SAD-u, a koji su kasnije nastali i u drugim zemljama, pokazali su da broj pogrešnih sudskih odluka nije tako mali, a mnogi nevinno osuđeni, uključujući i osuđene na smrtnu kaznu, u ponovljenim postupcima su oslobođeni.

O PRAVU NA ŽIVOT

Pravo na život je prešlo dugačak istorijski put dok nije postalo ono što je danas. Mnogi međunarodni akti, odnosno njihove odredbe, kao npr. član 3 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, član 6 Međunarodnog pakta o građanskim političkim pravima, član 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, i mnogi drugi, garantuju pravo na život. Ustavi pojedinih država, uključujući i Ustav Republike Srbije, na prvom mestu garantuju pravo na život. Sve države kroz krivičnopravnu zaštitu štite pravo na život, propisivanjem većeg broja krivičnih dela kojima se pruža zaštita najvažnijem ljudskom pravu. Pravo na život se može izraziti kao pravo čoveka da ne bude samovoljno lišen života ili ostavljen bez uporišta, živeći u svetu nepredvidivosti.¹

Evropski sud za ljudska prava u mnogim predmetima bavio se pravom na život, tako da danas raspoložemo sa bogatom sudskom praksom koja se odnosi na najvažnije ljudsko pravo.

Smrtna kazna je nespojiva sa pravom na život, te je veliki broj država u svetu smrtnu kaznu izbrisao iz registra krivičnih sankcija. U Evropi jedino Belorusija izriče i izvršava smrtnu kaznu, a u svetu SAD, Kina i Japan i neke arapske zemlje, ali i neke druge zemlje primenjuju ovu najstrožu kaznu.

Prema podacima Amnesty International, u 2019. godini evidentirano je 657 pogubljenja (izvršenja smrtne kazne) u svetu i to u 20 zemalja.² Međutim, neke zemlje,

¹ Mirjana Sredojević, „Pojam, ograničenje i zaštita prava na život kao vrhunskog ljudskog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2014, 476.

² V. Amnesty International global report: Death sentences and executions 2019, AI 2020, 8.

kao npr. Laos i Demokratska Republika Koreja ne daju izveštaje o izvršenju smrtnih kazni, dok se broj izvršenih smrtnih kazni smatra tajnom u Belorusiji, Vijetnamu i Kini.

POGREŠNE SUDSKE ODLUKE

Krivični postupak se rukovodi principom da niko nevin ne bude osuđen.³ Međutim, pogrešne sudske odluke, kada dolazi do osude nevinih, su deo naše stvarnosti. Problem pogrešnih sudskih odluka ima poseban značaj u krivičnom postupku, jer se tada odlučuje o najvažnijim ljudskim vrednostima kao što su život, sloboda, itd... Odluke donose ljudi koji su, uprkos svojoj kulturi, načinu obrazovanja i načinu odabira podložne neznanju, koje predstavlja izvor grešaka... Do nepravilnih i nezakonitih sudskih odluka može doći i usled svakojakih propusta i nedozvoljenih radnji stranaka i drugih učesnika u postupku, kao i zbog preopterećenosti sudova velikim brojem predmeta o kojima odlučuju.⁴

U stručnoj literaturi se podvlači razlika između činjenične (stvarne) nevinosti i pogrešne osude (pogrešne pravde). Neka osoba je činjenično nevinna ako nije učinila krivično delo, dok pogrešna osuda postoji onda kada je neko lice osuđeno uprkos proceduralnoj grešci zbog koje nije trebalo da bude osuđena.⁵ Međutim, ove razlike nisu prihvaćene bez izuzetka, jer neki autori i statistički izveštaji uzimaju kao pogrešnu osudu samo osudu kada neka osoba nije učinila krivično delo za koje je osuđena.⁶

POGREŠNE OSUDE NA SMRTNU KAZNU KROZ ISTORIJU

Broj pogrešnih sudskih odluka, a samim tim i broj nevinno osuđenih na smrt nu kaznu nemoguće je utvrditi. Naime, uvek se sumnjalo da su katkad osuđeni na smrt ili čak i pogubljeni, nevin. Sa druge strane, stvarni postotak nevinno osuđenih na smrt smatrao se ne samo nepoznatim, nego i nespoznatljivim.⁷ Odnos prema pravu na život, vrhovnom i osnovnom pravu, ali tako često kršenom i relativizovanom,

³ Odredba člana 1 Zakonika o krivičnom postupku glasi: „Ovaj zakonik utvrđuje pravila čiji je cilj da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon, na osnovu zakonito i pravično sprovedenog postupka.“

⁴ Goran Ilić, „Pravo na žalbu protiv krivične presude kao osnovno ljudsko pravo“, *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2016, 82.

⁵ Tijana Đurđević, „Is DNA analysis the key to freeing the wrongfully convicted?“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, broj 2, 2019, 706 – 707.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Ivan Šimonović, „Zašto je važna borba protiv smrtne kazne?“, *Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb*, Zagreb, broj 70 (2-3), 2020, 218.

svedoči o odnosu prema istoriji čovečanstva, ali i o njegovoj budućnosti. Istorija Evrope je puna neslavnih perioda, od inkvizicije, kolonijalizma, fašizma, komunizma, tokom kojih je ovo pravo bilo negirano.⁸

Mnoge pogrešne osude na smrtnu kaznu donete su u vreme inkvizicije.⁹ U postupcima koje je sprovodila inkvizicija korišćena je tortura da bi se došlo do priznanja, a ogroman broj osumnjičenih je osuđen na smrtnu kaznu. Prema istraživanjima španskih istoričara u periodu od 1480. do 1530. godine, kada je bilo najviše smrtnih kazni, smrtno je stradalo oko 5.000 ljudi.¹⁰ Prema nekim podacima Rimski inkvizicija je u periodu od 150 godina spalila barem 30.000 veštica.¹¹ Mnogi gradovi u Nemačkoj (npr. Keln, Diseldorf, i dr.) su tokom 2011. i 2012. godine doneli odluke o rehabilitaciji spaljenih veštica u 16 i 17 veku, a u gradu Bambergu je rehabilitovano 816 spaljenih veštica.¹² Takvi postupci rehabilitacije osuđenih u procesima koje je vodila inkvizicija pokrenuti su i u drugim zemljama.

Mnoge osude na smrtnu kaznu desile su se za vreme Francuske buržoaske revolucije. Veliki teror, kao poslednja faza terora, započeo je 10.06.1794. godine zakonom kojim je uvedeno pojednostavljenje i pojačanje terora, tako što je ukinuta odbrana i istražni postupak, a porotnici su morali zadovoljiti samo moralnim dokazima. Presuda je mogla biti samo oslobađajuća ili smrtna.¹³ U ovom periodu izricalo se po hiljadu smrtnih presuda mesečno.¹⁴ Smrtno presude u Parizu u periodu od marta 1793. do maja 1794. godine bilo je 2.639, dok je u celoj Francuskoj, za vreme terora izrečeno 16.594 smrtnih presuda.¹⁵ S obzirom na to kako se tada sudilo, i kako su olako izricane smrtne kazne, nije teško pretpostaviti da je u tom periodu bilo i mnogo pogrešnih osuda.

Nakon Drugog svetskog rata u mnogim zemljama Evrope vođeni su krivični postupci zbog saradnje sa okupatorom i sl., a veliki broj je okončan izricanjem smrtnih kazni, koje su često izvršavane odmah po izricanju, bez mogućnosti žalbe. Tako npr. u Francuskoj, zbog saradnje sa okupatorom, i sl. sudovi su do februara

⁸ Edo R. Korljan, „Evropska konvencija o ljudskim pravima i pravo na život“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 335.

⁹ Govoreći 2000. godine u bazilici Svetog Petra u Vatikanu, Papa Jovan Pavle II zatražio je oproštaj grehova što ih je Katolička crkva počinila u prošlosti. Svi ti grehovi su svrstani u sedam grupa, a jedna se odnosi na inkviziciju (*nedeljnik „Vreme“*, br. 480 od 18.3.2000).

¹⁰ Draženko Tomić, *Inkvizicija: nastanak, razvoj i povjesno značenje*, Zagreb, 2004, 58.

¹¹ Michael Baigent, Richard Leigh: *Inkvizicija*, Zagreb, 2002, 37.

¹² Detaljnije, *Nedeljnik „Vreme“*, 31.8.2012.

¹³ Albert Soboul, *Francuska revolucija*, Zagreb, 1966, 300.

¹⁴ Enrico Cravetto, *Povijest, 12 – Kolonijalizam i građanske revolucije*, Zagreb, 2008, 589.

¹⁵ Marisa Linton, „Robespierre and the Terror“, *History Today*, Vol. 56, No. 8, 2006.

1945. godine izrekli 2.853 smrtnih kazni, od kojih je izvršeno 767, dok su vojni sudovi doneli još 707 smrtnih kazni. U Belgiji je do avgusta 1945. godine 2.117 lica osuđeno na smrt a kazna je izvršeno samo u 242 slučaja.¹⁶ Ovako veliki broj izrečenih smrtnih kazni u kratkom vremenskom periodu ukazuje da je i među njima verovatno bilo i pogrešnih osuda.

U prvoj zemlji socijalizma (komunizma) donete su mnoge pogrešne osude na smrtnu kaznu, a naročito u periodu staljinizma. Ad hoc sudovi po zemlji (za vreme Lenjina) su utvrđivali odgovornost za antirevolucionarnu delatnost po slobodnim kriterijumima, a smrtna kazna izricana je olako.¹⁷ I izmene određenih propisa pogodovale su donošenju pogrešnih osuda, najčešće na smrtnu kaznu. Tako npr. CIK-a SSSR-a, nakon ubistva Sergeja Kirova 1934. godine, doneo je odluku o izmenama Zakona o istragama i suđenjima u vezi terorističkih organizacija i terorističkih akata protiv pripadnika sovjetske vlasti, pa je tako bilo propisano:

- 1) istraga u takvim slučajevima će završavati u roku ne dužem od deset dana;
- 2) optužnicu uručiti okrivljenom 24 sata pre početka suđenja;
- 3) raspravljati bez učešća stranaka;
- 4) ulaganja žalbi i molbi za pomilovanje nedozvoljavati;
- 5) presude na najtežu (smrtnu kaznu) izvršavati neposredno po donošenju presude.¹⁸

Kada su u pitanju totalitarni režimi u Nemačkoj i SSSR-u (Rusiji), članovi totalitarne partije nisu imali nikakve skrupule prilikom uspostavljanja i učvršćivanja svoje vlasti, sprovođenjem propagande i propagandne indoktrinacije i moralne degradacije svojih podanika kao i prilikom progona i istrebljenja neprijatelja (ili samo neistomišljenika). U svetu grandioznog zadatka „regeneracije celog sveta“ njima se svaki zločin činio nebitnim ili čak korisnim (a koji je služio kakvom naprednom političkom cilju).¹⁹ Verovatno se nikada neće utvrditi broj osuđenih na smrtnu kaznu u tom periodu, a svakako ni broj pogrešnih osuda na najtežu kaznu.²⁰

¹⁶ Julian Jackson, *France, The dark years 1940-1944*, New York, 2003, 577-579 (citirano prema Srđan Cvetković: „Žrtve komunističkog revolucionarnog terora u Srbiji posle 12.9.1944. – Istraživanje Državne komisije za tajne grobnice“, *Hereticus*, Beograd, br. 1-2, 2011, 12).

¹⁷ Vladimir Petrović, „Čistka u boljševičkoj teoriji i praksi“, *Hereticus*, Vol. IX, No. 1-2, Beograd, 2011, 173.

¹⁸ Miljenko Cvitanović, „Sudski procesi u SSSR-u od 1936. od 1938: tzv. Čistke kao zlouporaba kaznenog postupka“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, br. 2, 2004, 1032.

¹⁹ Aleksandar Molnar, „Pravno savladavanje totalitarne prošlosti“, *Reč*, br. 65, 2002, 149-150.

²⁰ Veliki broj stradalih u čistkama rehabilitovan je u periodu 1957.-1963. godine, a Plenum Vrhovnog suda je na sednici 04.02.1988. godine rehabilitovao skoro sve osuđene, a u presudi je stajalo da je istraga u tim predmetima „...sprovedena uz grubo narušavanje socijalističke zakonitosti, falsifikate i upotrebu nedopuštenih metoda u iznudivanju priznanja“, M. Cvitanović, op. cit., 1111.

Mnoge pogrešne presude na smrtnu kaznu donete su i u našoj zemlji, odnosno u bivšoj Jugoslaviji. Poznat je tzv. Solunski proces 1916. i 1917. godine, koji je bio montirani politički proces u kojem su osuđeni pripadnici pokreta „Ujedinjenje ili smrt“, 7 lica na čelu sa Dragutinom Dimitrijevićem Apisom su osuđeni na smrtnu kaznu, a prema trojici je i izvršena, dok su četvorica pomilovana i smrtna kazna im je preinačena na zatvorsku kaznu. U ponovljenom postupku 1953. godine dva ključna svedoka su navela da su pretnjama smrću naterani da lažno svedoče, pa su osuđeni oslobođeni, odnosno rehabilitovani.²¹

U jesen 1944. godine, uporedno sa oslobođenjem pojedinih regiona Srbije u kojima se intenzivno odvija proces „čišćenje narodnih neprijatelja“, kroz optužbe za ratne zločine i kolaboraciju, ... zajedno sa istinskim kolaboracionistima „pročišćeni“ su i mnogi nevini ljudi, ili pak oni koji nisu zaslužili smrtnu kaznu.²² Uobičajeni scenario je bio da se narodni neprijatelji likvidiraju a tek potom za viđenije građane, sačinjavaju presude.²³

Suđenje i izvršenje smrtnih kazni samo je jedan od vidova kojima je nova vlast nastojala nametnuti svoj legitimitet, pri čemu treba imati u vidu i da su se fizičke likvidacije obavljale i mimo sudskih odluka. Često se, doduše, u izveštajima Sreskog narodnooslobodilačkog odbora navodi da su te likvidacije „okorelih neprijatelja“ vršene tokom akcije koje su vlasti organizovale protiv „bandi“, ali je bilo slučajeva da se likvidacija vrši i nad uhapšenim „banditima“.²⁴ Navodi se primer javnog suđenja šefu ustaške policije u Mostaru 13.05.1945. godine, na kojem je presuda izrečena u 13,00 časova, a u 18,00 časova istog dana je obešen „uz učestvovanje 8.000 duša“.²⁵

POGREŠNE OSUDE NA SMRTNU KAZNU U BLIŽOJ PROŠLOSTI

Nesumnjivo je da pogrešnih osuda na smrtnu kaznu ima i danas. Na to upućuje i podatak da su između 2004. i 2014. godine utvrđeni slučajevi pogrešnih presuda na smrt u više država: Belize, Kina, Japan, Malavi, Malezija, Pakistan, Papua Nova Gvineja, Filipini i Trinidad i Tobago.²⁶

²¹ Detaljnije, Radosav Gaćinović: „Solunski proces – politički obračun sa srpskim patriot-skim pokretom“, *Nauka, bezbednost, policija*, broj 2, Beograd, 2016, 123-138.

²² S. Cvetković, op. cit., 11.

²³ *Ibidem*, 14.

²⁴ Husnija Kamberović, „Smrtne presude Vrhovnog suda BiH iz 1945 godine“, *Prilozi*, Sarajevo, 2011, 160.

²⁵ *Ibidem*, 161.

²⁶ Carolyn Hoyle, Roger Hood, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 95.

Prvi nevinno osuđeni na smrt, a zatim oslobođen na temelju DNK analize bio je Kirk Noble Bloodsworth 1993. godine (radi se o bivšem marincu koji je osuđen za silovanje i ubistvo devojčice na osnovu lažne dojave i pogrešne identifikacije od strane više svedoka), a nakon ovog slučaja u SAD-u je najmanje još 120 na smrt osuđenih oslobođeno na temelju rezultata analize DNK.²⁷ Poznat je i slučaj Demiena Echolsa, osamnaestogodišnjeg mladića, koji je osuđen na smrtnu kaznu zbog brutalnog ubistva dečaka, a postupak je bio prepun grešaka. U ponovljenom suđenju, uz kvalitetnu odbranu oslobođen je od optužbe, a na izvršenje smrtno kazne čekao je 18 godina.²⁸

Iako je od početka tvrdio da je nevin, tj. da nije pucao u vlasnika prodavnice pića u Teksasu 1989. godine Claude Jones osuđen je na smrtnu kaznu, koja je izvršena 2000. godine. Jedini dokaz protiv njega bio je pramen kose pronađen na mestu zločina, za koji je tužilac tvrdio da pripada okrivljenom. Međutim, 10 godina kasnije DNK analizom je utvrđeno da je pramen kose pripadao ubijenom vlasniku prodavnice pića, te je postalo jasno da je smrtna kazna izvršena nad nevinom osobom.²⁹

Jedan od najpoznatijih slučajeva pogrešne osude na smrtnu kaznu je Iwao Hacamada iz Japana, koji je osuđen na smrtnu kaznu zbog ubistva dvoje dece i njihovih roditelja, a oslobođen je od optužbe 2014. godine na osnovu otkrića novih DNK dokaza, nakon što je 47 godina čekao izvršenje smrtno kazne.³⁰ Dva Kineza su osuđena na smrtno kazne zbog ubistva njihovih supruga, koje su se nakon nekoliko godina pojavile žive. Međutim, prema jednom je smrtna kazna izvršena, dok je drugom smrtna kazna zamenjena kaznom zatvora od 29 godina.³¹

Sud u pokrajni Inner Mongolia na severu Kine je 1996. godine osudio na smrt i pogubio osamnaestogodišnjeg mladića zbog silovanja i ubistva žene u javnom toaletu. Naknadno je 2005. godine drugi kriminalac priznao da je on počinio taj zločin, a sud koji je izrekao smrtnu kaznu priznao je da je prvi okrivljeni pogrešno osuđen, odnosno da je bio nevin. Nakon ovoga sprovedena je istraga, te je utvrđeno da je 27 zvaničnika umešano u prvobitno suđenje a reč je o službenicima koji su radili u policiji, tužilaštvu i u sudu i oni su sankcionisani. Posle toga sud

²⁷ I. Šimonović, op. cit., 219-220.

²⁸ I. Šimonović, op. cit., 218-219.

²⁹ DNA Tests Unermine evidence in Texas Execution (New results show Claude Jones was put to death on flawed evidence), 2010, <http://www.texasobserver.org/cover-story/texas-observer-exclusive.dn>, 23.9.2021.

³⁰ *Death penalty and the victims*, United Nations, 2016, 96.

³¹ *Ibidem*, 98.

je naredio da se porodici pogrešno osuđenog mladića isplati odšteta u iznosu od 2.000.000,00 jena (322.000 dolara), a okrivljeni koji je priznao ubistvo osuđen je, takođe, na smrtnu kaznu.³²

Kada je pomoću DNK analize potvrđena nevinost jednog osuđenika na smrt, guverner države Illinois u SAD-u je 2007. godine doneo odluku da se sve osuđe na smrtnu kaznu u toj državi preinače u kazne doživotnog zatvora a medijima je dao legendarnu izjavu: „Našim pravnim sistemom krstari duh sudske zablude.“³³

Predsednik Tajvana se 2011. godine izvinio majci vojnika Chiang Kuo-Ching, koji je pogrešno osuđen na smrtnu kaznu 1997. godine zbog silovanja i ubistva petogodišnje devojčice, koja kazna je izvršena, a nakon što je drugi čovek priznao zločin. On je pomilovao nevino osuđenog i njegovoj majci ponudio naknadu štete.³⁴

POGREŠNE OSUDE NA SMRTNU KAZNU U SRBIJI

Srbija je 2002. godine ukinula smrtnu kaznu, pa više ne postoji mogućnost pogrešnih osuda na ovu kaznu. Međutim, sajt „Srbija protiv smrtne kazne“ (SPSK) sadrži bazu podataka o licima osuđenim na smrtnu kaznu u Srbiji od 1804. do 2002. godine i Jugoslaviji od 1918. do 1991. godine, u kojoj se nalaze imena 7.039 lica osuđenih na ovu kaznu, od čega je prema 4.964 lica kazna izvršena. Može se samo pretpostaviti da je kod ovolikog broja osuda na najtežu kaznu bilo i pogrešnih osuda, odnosno osuda nevinih lica, s obzirom na to kako su se sprovodila suđenja u ratnim i posleratnim godinama. Prethodno je bilo reči o nekim takvim slučajevima (tzv. Solunski proces, i dr), a samo adekvatno istraživanje može nam pružiti potpunu sliku o broju pogrešnih osuda.

UZROCI DONOŠENJA POGREŠNIH SUDSKIH ODLUKA

Sporadični slučajevi uspešnog dokazivanja nevinosti na smrt osuđenih upozoravali su da se događaju različite pogreške u pogledu policijskog postupanja, da svedoci mogu grešiti, da doušnici ili forenzički nalazi mogu biti nepouzdana.³⁵

U literaturi se navode različiti uzroci koji dovode do donošenja pogrešnih sudskih odluka u krivičnom postupku.

³² „Kina: Sankcionisano 27 pravosudnih zvaničnika zbog pogrešne presude“, *Nezavisne novine*, 01.02.2016.

³³ „Kobne posledice sudskih zabluda“, *Dnevni list „Politika“*, 15.12.2019.

³⁴ *Death penalty and the victims*, op. cit., 97.

³⁵ I. Šimonović, op. cit., 218.

Jedan od uzroka je pogrešna identifikacija učinioca (osumnjičenog) od strane svedoka – očevidaca na mestu zločina. Čak 70% od 350 nepravnosnažnih presuda, koje su ukinute u ponovnom postupku nakon DNK analize, donete su na osnovu pogrešne identifikacije učinioca od strane svedoka (očevidaca).³⁶ Greške u identifikaciji mogu biti posledica grešaka u uskoj percepciji i pamćenju, ali i posledica sugestivnosti nadležnih organa.³⁷

Uzrok pogrešnih sudskih odluka često su i lažna priznanja. Tako je u SAD-u 362 osuđenika na smrtnu kaznu ili kaznu doživotnog zatvora nakon DNK analize uspelo da dokaže svoju nevinost, a pažnju zaslužuje činjenica da je od toga broja 40 lica prvobitno bilo osuđeno na osnovu sporazuma o priznanju krivičnog dela, dakle na osnovu priznanja zločina koji nisu izvršili.³⁸ Primarni motiv koji okrivljene navodi da priznaju krivično delo i zaključe sporazum iako nisu izvršili krivično delo je strah od strože kazne koja im se može izreći nakon suđenja.³⁹ Nevino lice će pristati na „dobru ponudu“, posebno ako postoji minimalni rizik da na suđenju bude proglašeno krivim i osuđeno na strožu kaznu, što je posebno slučaj kod krivičnih dela za koja se može izreći smrtna kazna ili kazna doživotnog zatvora.⁴⁰ Približno 95% osuđujućih krivičnih presuda u SAD-u se zasniva na sporazumu o priznanju krivice, tako da malo njih podleže bilo kakvoj kontroli. Stoga ne čudi to što se u američkoj literaturi nailazi na konstatacije da je sporazum o priznanju krivičnog dela „skoro savršen sistem za osudu nevinih“.⁴¹ Zvanični podaci iz nacionalnog registra SAD-a pokazuju da je 12% pogrešnih osuda posledica lažnog priznanja.

Uzrok pogrešnih sudskih odluka mogu biti nepouzdanji ili lažni iskazi svedoka. Procenjuje se da u SAD-u oko 4000 ljudi je godišnje krivo osuđeno zbog pogrešnog svedočenja očevidaca (Duke, Seun-Enn Lee, Pager, 2002).⁴²

³⁶ Eyewitness Misidentification, <https://www.innocenceproject.org/causes/eyewitness-misidentification/>, 23.9.2021.

³⁷ Jon B. Gould, Richard A. Leo: „One Hundred Years Later: Wrongful Convictions after a Century of Research“, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 100 (3), 2010, 842.

³⁸ Vanja Bajović, „Tamna strana sporazuma o priznanju krivičnog dela“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2019, 233.

³⁹ *Ibidem*, 236.

⁴⁰ *Ibidem* (Blum i Helm smatraju da će okrivljeni pristati na nagodbu delom ako postoji i najmanji rizik da ga porota oglasi krivim i pošalje na električnu stolicu. John H. Blume, Rebecca K. Helm, „The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty“, *Cornell Law Review*, no. 100, 2014, 170).

⁴¹ Albert W. Alschuler, „A Nearly Perfect System for Convicting the Innocent“, *University of Chicago Public Law & Legal Theory Paper Series*, 2017, 918 (citirano prema V. Bajović, op. cit., 234).

⁴² Maks Vinšćak, Andrea Vranić, „Utjecaj sugestivnosti pitanja i vrste prikazanog materijala na pojavu lažnih sjećanja“, *Savremena psihologija*, br. 16, Zagreb, 2013, 220.

Jedan od uzroka donošenja pogrešnih odluka u krivičnom postupku je i tzv. tunelska vizija (tunnel vision). Ona postoji onda kada policijski službenici skreću pažnju na naizgled najboljeg osumnjičenog, zanemarujući pri tom sve ostale tragove i dokaze.⁴³ Ovo je moguće i u kasnijim fazama postupka kada javni tužilac i sudija mogu biti zadovoljni priznanjem okrivljenog, da zanemare sve druge dokaze koji idu u korist okrivljenog i osporavaju njegovu krivicu.⁴⁴

Do pogrešnih osuda dolazi usled nesavršenih forenzičkih naučnih metoda. Tako npr. u 11% slučajeva dve dlake mogu biti mikroskopski slične ali da ipak potiču od različitih osoba.⁴⁵ Kada se vrši identifikacija na osnovu krvnih grupa (ABO tipizacija) za analizu je potrebna veća količina krvi nego za DNK analizu, pa stoga, što je manja količina krvi testirana, rezultat će biti neprecizniji.⁴⁶ Takođe, i latentni otisci prstiju ostavljeni na različitim površinama i dalje su izazovni za upoređivanje i identifikaciju, ali neke studije pokazuju da su ovde moguće greške.⁴⁷ Tako npr. grupi stručnjaka (veštaka) dato je 10 podudaranja, od kojih je 8 bilo tačno a 2 netačna, niko od veštaka nije primetio netačne podudarnosti.⁴⁸

Do pogrešnih osuda dolazi i usled neadekvatne odbrane okrivljenog, posebno u slučajevima gde okrivljeni nije u mogućnosti da plati branioca, pa mu se od strane policije, tužilaštva ili suda postavlja branilac po službenoj dužnosti. Tako postavljeni branioci ponekad nisu u mogućnosti da okrivljenom pruže adekvatnu odbranu. U istraživanju slučajeva gde su osuđeni oslobođeni nakon DNK analize, od 255 osuđenih, njih 54 (21%) je u žalbama iznelo tvrdnju o neefikasnoj pomoći advokata.⁴⁹

⁴³ Tim Prenzler, *Police Corruption – Preventing Misconduct and Maintaining Integrity*, Boca Raton 2009, 22, (citirano prema, Zoran Kesić, Radomir Zekavica, „Sloboda ili sigurnost: izbor koji nameće aktuelni rat protiv terorizma“, *Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem Evropske integracije: pravda, sloboda i bezbednost*, Kriminalističko-policijska akademija, Vol. 3, Beograd, 2016, 33).

⁴⁴ Jon B. Gould, Richard A. Leo, „One Hundred Years Later: Wrongful Convictions after a Century of Research“, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 100, 2010, 851.

⁴⁵ Convicted defendants left uninformed of forensic flaws found by Justice Dept, <https://perma.cc/4M2B-LA3X>, 23.9.2021.

⁴⁶ Mišel Šatrak *et al.*, „Biološki tragovi na mjestu događaja“, *Medicina fluminensis*, br. 54 (2), Rijeka, 2018, 132.

⁴⁷ Nikola Milašinić, „Polimeri u kriminalistici – otkrivanje latentnih tragova otisaka prstiju – od ideje do praktične primene“, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 21 (3), Beograd, 2016, 133.

⁴⁸ Anush Sankaran, Mayank Vatsa, Richa Singh, „Latent Fingerprint Matching: A Survey“, *IEEE Access* no. 2, 2014, 988, table 2.

⁴⁹ Emily M. West, „Court Findings of Ineffective Assistance of Counsel Claims in Post-Conviction Appeals (Among the First 255 DNA Exoneration Cases)“, *Innocence Project*, 2010, <https://www.innocenceproject.org>, 23.9.2021.

PROJEKTI NEVINOSTI

U SAD-u je krajem '90 godina prošlog veka osnovana nevladina organizacija „The innocence project“ sa ciljem da pomogne licima osuđenim na smrtnu kaznu ili kaznu doživotnog zatvora da dokažu svoju nevinost, a u tome je uspe- lo 362 osuđenih i to uglavnom zahvaljujući naknadno DNK testiranju.⁵⁰ Projekt nevinosti (Innocence project) je u periodu od 1989. do 2019. godine dokumen- tovaio 365 slučajeva ukidanja kazni nevino osuđenih na temelju analize DNK, od toga 130 smrtnih kazni.⁵¹ To znači da bi nad 130 osuđenih bila izvršena smrt- na kazna, da nije bilo ponovljenog postupka u kojem je utvrđena njihova nevi- nost, odnosno da su bili pogrešno osuđeni. U SAD-u je vršena procena „tamne brojke“ nevino osuđenih na smrtnu kaznu, te je na osnovu sofisticiranih mate- matičkih modela procenjeno da je taj broj najmanje 4.1% od svih osuđenih na ovu kaznu.⁵²

Kako neki ističu, projekti nevinosti su nas uveli u uzbudljivo novo razdoblje američkog krivičnog pravosuđa, da je ta transformacija zaista revolucionarna, a neki su je oglasili „novim pokretom za građanska prava XXI veka“.⁵³

Oslobađajuće presude u ponovljenim suđenjima pobuđivale su veliku pa- žnju javnosti, a neki slučajevi su bili osnova za snimanje više dokumentarnih filmo- va i serija. Zbog publiciteta koje su imale oslobađajuće presude, projekti nevinosti, zajedno sa pričama o posrnutom i korupiranom policijskom poslu, pogrešnim i kupljenim svedocima, iznuđenim lažnim priznanjima, neetičnim i nekompeten- tnim advokatima, doveli su do važnijih zakonodavnih promena i neke nove po- licijske prakse.⁵⁴ Projekti nevinosti uzdrmali su svet krivičnog pravosuđa, jer su stvorili nove uvide u nedostatke u sistemu i potrebe za reformu u nekim delovima sistema.⁵⁵ S obzirom na veliki broj oslobađajućih presuda u ponovljenom postupku nakon DNK analize, primećeno je i da su porote u SAD-u bile sklone ređem izrica- nju smrtne kazne. Pitanje osude nevinih sve više se nameće kod rasprava o smrtnoj kazni, pa su tako oni koji su ranije podržavali smrtnu kaznu, počeli da izražavaju

⁵⁰ V. Bajović, op. cit., 233.

⁵¹ *The New York Times*, 11.12.2019. (citirano prema I. Šimonović, op. cit., 220).

⁵² I. Šimonović, op. cit., 220.

⁵³ Abbe Smith, „Praise of the guilty project: A criminal defense lawyer's growing anxi- ety about innocence projects“, *Journal of Law and Social Change*, Univesity of Pensylvnia, Vol. 13, 2010, 317.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Keith A. Findley, „The Pedagogy of Innocence: Reflection on the Role of Innocence Pro- jects in Clinical Legal Education“, *Clinical Law Review*, Vol. 13:231, 2006, 278.

zabrinutost zbog pogubljenja nevinih osoba, a čak su i sudije Vrhovnog suda javno govorile o stvarnosti da su nevinu ljudi osuđeni na smrt.⁵⁶

Preko 140 oslobođenih lica nakon rezultata DNK analize pokreću dva ozbiljna pitanja o sistemu krivičnog pravosuđa u SAD-u, prvo, da li sistem prihvata dokaze da je pogrešio u određenom slučaju i drugo, da li ta oslobođenja znače sistemske greške u samom sistemu.⁵⁷

Prema službenim podacima američkog DNA „Innocence project“ u zadnjih 15 godina ... od smrtne kazne je spašeno 385 osoba, koji su dugotrajno čekali izvršenje smrtne kazne, ali za koje je u postupku utvrđeno da nisu počinili kazneno delo.⁵⁸ Upravo ovaj podatak najviše govori o značaju projekata nevinosti u SAD-u.

U sistemu krivičnog pravosuđa nijedna strana ne pobeđuje kada je nevinna osoba osuđena. Naime, žrtvi se uskraćuje pravda jer pravi krivac ostaje nekažnjen, rasipaju se resursi policije i tužilaštva, poverenje javnosti u sistem je narušeno ako se i kada se greška otkrije. I naravno, najviše trpi nevino lice koje je osuđeno.⁵⁹

Zastrašujući je, pak, podatak da su osobe koje su oslobođene primenom DNK testiranja nakon osuđujuće presude u proseku provele 13 godina i 2 meseca u zatvoru za kaznena dela koja nisu počinila.⁶⁰

U SAD-u je 2012. godine osnovan Registar pogrešnih osuda nakon 1989. godine (List of wrongful convictions in the United States), u kome se nalaze podaci o licima koja su bila osuđena, a kasnije u novom postupku oslobođena od optužbe, a u februaru 2020. godine ta lista je sadržavala 2.551 lice. Imajući u vidu da SAD imaju veoma razvijen sistem krivičnog pravosuđa, a da broj pogrešnih osuda nije tako mali, može se postaviti pitanje kakva je situacija sa pogrešnim osudama, uključujući i one na smrtnu kaznu, u drugim državama koje nemaju tako razvijen sistem krivičnog pravosuđa.

Posle SAD-a Projekti nevinosti proširili su se i na druge države, pa je tako 1999. godine u Poljskoj osnovana pravna klinika (Innocence), zatim u Velikoj Britaniji 2015.

⁵⁶ Ellen Kreitzberg, Linda Carter, „Innocent of a capital crime: Parallels between innocence of a crime and innocence of the death penalty“, *Tulsa Law Review*, Vol. 42, 2006, 438.

⁵⁷ David Lazer, Introduction: „DNA and the Criminal Justice System“, 2012, <http://www.davidlazer.com>, 28.8.2021.

⁵⁸ Davor Derenčinović, „DNK analiza u funkciji zaštite prava osuđenika – američka iskustva i hrvatske perspektive“, *Prijepis zvučnog zapisa sa znanstvenog skupa, Sveučilište u Zagrebu*, 20.4.2015, Zagreb, 2015, 201-211.

⁵⁹ Richard A. Rosen, „Reflection on Innocence“, *Wis. L. Rev.*, 2006, 287.

⁶⁰ Davor Derenčinović, Sunčana Roksandić Vidlička, Marta Dragičević Prtenjača, „Projekti nedužnosti i naknadna DNK vještačenja u Republici Hrvatskoj – moguća stvarnost ili nedostižna želja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 3-4, Zagreb, 2017, 374.

godine osnovana je mreža Innocence „INUK“, koja je tada obuhvatala 36 projekata. Prva Evropska konferencija o Projektima nevinosti održana je 2015. godine u Dublinu.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Pravo na život, bez obzira što predstavlja najvažnije ljudsko pravo, koje uživa najvišu zaštitu u skladu sa međunarodnim propisima, ugroženo je na različite načine, a jedan od njih je i ugrožavanje ovog prava pogrešnim sudskim odlukama u krivičnom postupku. Iako u savremenim pravnim sistemima postoje pravni lekovi i dvostepenost ili višestepenost u odlučivanju, dolazi do donošenja pogrešnih sudskih odluka. Najdrastičniji oblik ugrožavanja prava na život postoji kod osude na smrtnu kaznu, kada se nakon osude i izvršenja kazne utvrdi da se radilo o nevinnoj osobi, odnosno osobi koja nije izvršila krivično delo. Iako je veliki broj država ukinuo smrtnu kaznu, još uvek se smrtna kazna izriče i izvršava u određenom broju država. Protivnici smrtne kazne kao jedan od najvažnijih razloga za njeno ukidanje navode moguće sudske greške. Nepravda koja je naneta nevinom čoveku može se u svim slučajevima donekle ublažiti osim u slučaju izricanja i izvršenja smrtne kazne.⁶¹

Kroz istoriju postoji mnogo slučajeva pogrešnih osuda na smrtnu kaznu, ali takvih pogrešnih osuda na ovu kaznu ima i danas. Primena DNK analize u krivičnom postupku doprinela je spoznaji da broj pogrešnih osuda na najtežu kaznu nije tako mali i pomogla da određeni broj osuđenih na najteže kazne bude oslobođen. Mnogi „projekti nevinosti“, koji su se prvo pojavili u SAD-u krajem 80-tih godina prošlog veka, pomogli su da mnogi osuđeni, uključujući i osuđene na smrtnu kaznu, dokažu da su bili nevini, odnosno da su pogrešno osuđeni. Pogrešna identifikacija osumnjičenog od strane svedoka-očevidaca, nepouzdati iskazi svedoka, greške organa pretkrivičnog i krivičnog postupka, nesavršene forenzičke metode, samo su neki od uzroka pogrešnih sudskih odluka u krivičnom postupku. Primeri pogrešnih sudskih odluka opominju, pa je nužno stalno istrajavati na otklanjanju uzroka koji dovode do pogrešnih sudskih odluka, a posebno kada se radi o najtežoj kazni. Ne treba zaboraviti, da je jedna od najvećih tragedija u sistemu krivičnog pravosuđa jedne zemlje, osuda osobe koja nije izvršila krivično delo (zločin).

Republika Srbija je ukinula smrtnu kaznu, pa pravo na život ne može biti ugroženo pogrešnom osudom na smrtnu kaznu, ali to ne znači da u Srbiji nema pogrešnih sudskih odluka. Stoga je obaveza policije, tužilaštava i sudova da prvenstveno prate koji su uzroci donošenja pogrešnih sudskih odluka u krivičnom postupku,

⁶¹ Borko Nikolić, Ružica Žarevac, *Preživela kazna, priručnik o smrtnoj kazni*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2002, 8.

te da se blagovremeno preduzimaju mere u okviru krivičnog pravnog sistema da bi se broj pogrešnih sudskih odluka sveo na najmanju moguću meru. Svakako, veoma značajnu ulogu u tom procesu mora imati i nauka, a mnogi projekti nevinosti su pokrenuti na pravnim fakultetima. Projekti nevinosti šire se u mnogim državama, a nedavno je to zaživelo i u Republici Hrvatskoj, pa bi trebalo razmisliti o osnivanju takvih projekata i u Republici Srbiji.

SRETKO JANKOVIĆ, LL.M.

Judge of the Court of Appeal in Belgrade

THE RIGHT OF LIFE AND WRONGFUL SENTENCES

Summary

The author, above all, points out the importance of the right to life, which, among other things, is endangered by wrong court decisions in criminal proceedings. It considers in particular what is considered wrong court decisions, then what are the causes of such decisions, and points out that the most drastic wrong sentences are the death penalty, when after the execution of that sentence it is determined that the person was innocent. The paper presents erroneous court sentences for the death penalty throughout history, but some such decisions are emphasized, which are still present today. The application of DNA analysis in criminal proceedings and „projects of innocence“ indicated the importance and number of wrong court decisions in criminal proceedings, but also the fact that there are certain irregularities in the criminal justice system that lead to wrong court decisions. Given that the Republic of Serbia has abolished the death penalty, there is therefore no possibility of endangering the right to life by erroneous convictions, but that does not mean that there are no erroneous court decisions in criminal proceedings. Finally, the author advocates the establishment of „innocence projects“ in our country as well.

Key words: right to life, wrongful sentences, death penalty, „innocence projects“

Literatura

Alschuler A., „A Nearly Perfect System for Convicting the Innocent“, *University of Chicago Public Law & Legal Theory Paper Series*, 612, 2017.

Amnesty International global report, Death sentences and executions, 2019, AI 2020.

Bajović V., „Tamna strana sporazuma o priznanju krivičnog dela“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2019.

Baigent M., Leigh R., *Inkvizicija*, Zagreb, 2002.

Cvetković S., „Žrtve komunističkog revolucionarnog terora u Srbiji posle 12.9.1944 – Istraživanje Državne komisije za tajne grobnice“, *Heraticus*, br. 1-2, 2011.

Cvitanović M., „Sudski procesi u SSSR-u od 1936. do 1938: tzv. Čistke kao zlouporaba kaznenog postupka“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, br. 2, 2004.

- Cravetto E., *Povijest, 12 – Kolonijalizam i građanske revolucije*, Zagreb, 2008.
- Derenčinović D., *DNK analiza u funkciji zaštite prava osuđenika – američka iskustva i hrvatske perspektive (Prijepis zvučnog zapisa sa znanstvenog skupa, Sveučilište u Zagrebu, 20.4.2015.)*, Zagreb, 2015.
- Derenčinović D., Roksandić Vidlička S., Dragičević Prtenjača M., „'Projekti nedužnosti' i naknadna DNK vještačenja u Republici Hrvatskoj – moguća stvarnost ili nedostižna želja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 3-4, Zagreb, 2017.
- Death penalty and the victims*, United Nations, 2016.
- Findley A. K., „The Pedagogy of Innocence: Reflection on the Role of Innocence Projects in Clinical Legal Education“, *Clinical Law Review*, Vol. 13:231, 2006.
- Gaćinović R., „Solunski proces – politički obračun sa srpskim patriotskim pokretom“, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 2, 2016.
- Gould B. J., Leo A. R., „One Hundred Years Later: Wrongful Convictions after a Century of Research“, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2010.
- Hoyle C., Hood R., *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Đurđević T., „Is DNA analysis the key to freeing the wrongfully convicted?“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, Novi Sad, 2019.
- Ilić G., „Pravo na žalbu protiv krivične presude kao osnovno ljudsko pravo“, *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2016.
- Jackson J., *France, The dark years 1940-1944*, New York, 2003.
- Kesić Z., Zekavica R., „Sloboda ili sigurnost: izbor koji nameće aktuelni rat protiv terorizma“, *Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem Evropske integracije: pravda, sloboda i bezbednost*, Kriminalističko-policijska akademija, Maj 2016, Vol. 3, Beograd, 2016.
- Korljan E., *Evropska konvencija o ljudskim pravima i pravo na život*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012.
- Kamberović H., „Smrtne presude Vrhovnog suda BiH iz 1945 godine“, *Prilozi*, Sarajevo, 2011.
- Kreitzberg E., Carter L., „Innocent of a capital crime: Parallels between innocence of a crime and innocence of the death penalty“, *Tulsa Law Review*, Vol. 42, 2006.
- Linton M., „Robespierre and the Terror“, *History Today*, Vol. 56, 2006.
- Lazer D., „Introduction: DNA and the Criminal Justice System“, 2012, <http://www.davidlazer.com>.
- Milašinović N., „Polimeri u kriminalistici – otkrivanje latentnih tragova otisaka prstiju – od ideje do praktične primene“, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 21 (3), 2016.
- Molnar A., „Pravno savladavanje totalitarne prošlosti“, *Reč*, br. 65, 2002.
- Nikolić B., Žarevac R., *Preživela kazna, priručnik o smrtnoj kazni*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2002.

- Petrović V., „Čistka u boljševičkoj teoriji i praksi“, *Hereticus*, Vol. IX, No 1-2, 2011.
- Prenzler T., *Police Corruption – Preventing Misconduct and Maintaining Integrity*, Boca Raton, 2009.
- Sredojević M., „Pojam, ograničenje i zaštita prava na život kao vrhunskog ljudskog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2014.
- Soboul A., *Francuska revolucija*, Zagreb, 1966.
- Smith A., „Praise of the guilty project: A criminal defense lawyer’s growing anxiety about innocence projects“, University of Pennsylvania, *Journal of Law and Social Change*, Vol. 13, 2010.
- Sankaran A., Vatsa M., Singh R., „Latent Fingerprint Matching: A Survey“, *IEEE Access*, no. 2, 2014.
- Tomić D., *Inkvizicija: nastanak, razvoj i povjesno značenje*, Zagreb, 2004.
- Šimonović I., „Zašto je važna borba protiv smrtne kazne?“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 70 (2-3), Zagreb, 2020.
- Šatrak M., *et al.*, „Biološki tragovi na mjestu događaja“, *Medicina fluminensis*, br. 54 (2), 2018.
- West M. E., „Court Findings of Ineffective Assistance of Counsel Claims in Post-Conviction Appeals (Among the First 255 DNA Exoneration Cases)“, Innocence Project, 2010.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 01.10.2021.

Prihvaćen: 27.10.2021.

PREGLEDNI RAD

HAJRIJA MUJOVIĆ

PROBLEMI REGULATORNOG OKVIRA TRANSPLANTACIJE U REPUBLICI SRBIJI

Stanje regulative u oblasti transplantacione medicine kada je reč o Republici Srbiji imalo je u prošlosti različite razvojne etape. Složenost materije koja je predmet pre svega zakonodavnog rada, kao i osobenost pristupa medicinskog prava koji nije bio u dovoljnoj meri uvažavan, dovodio je nekad do poteškoća u praksi i neusklađenosti propisa. Momenat koji se shvata kao trenutno veoma aktuelan je skorašnja odluka Ustavnog suda Srbije kojom su osporene odredbe važećih zakona o transplantaciji koje govore o saglasnosti kod donacije post mortem onda kada se organi, ćelije ili tkiva uzimaju sa tela preminulog. Takva odluka najvišeg suda iziskuje dužan komentar i ocenu sa stanovišta nastalih problema u regulatornom okviru i posledica koje takva odluka može imati na odvijanje prakse transplantacione medicine, koja je veoma zahtevna i od vitalnog značaja za populaciju obolelih. Pri tome se u kratkoj analizi posmatraju materijalni propisi u medicinsko-pravnoj sferi. Ne obuhvataju se procesni aspekti donošenja odluke Ustavnog suda RS. Sa pravnog stanovišta takođe se u zaključnom delu skreće pažnja na značaj usvajanja kvalitetnih zakonskih rešenja, kao i na ozbiljnost pravne intervencije u osetljivoj oblasti medicinske prakse, kakvu čine različiti postupci i akti transplantacione medicine.

Ključne reči: transplantacija, pretpostavljeni pristanak, zakonodavstvo, ocena ustavnosti

U V O D

Poznato je da su zbog svoje važnosti pitanja transplantacione medicine sa razlogom u fokusu interesovanja sa različitih aspekata, te otuda i u odnosu na pravna

Dr Hajrija Mujović, naučni savetnik Instituta društvenih nauka u Beogradu, Centar za pravna istraživanja, e-mail: hmujuovic@idn.org.rs. Rad je napisan u okviru Programa istraživanja Instituta društvenih nauka u Beogradu za 2021. godinu koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

pitanja koja ta oblast zdravstvene prakse pokreće. Naime, u razmatranju postupaka transplantacije pokazuje se kao relevantno sledeće: 1) definisanje uslova transplantacije (daju ih zakoni uz striktna pojmovna objašnjenja, podzakonski akti i staleški propisi / protokoli, standardizovani vodiči dobre prakse i dr.); 2) donošenje odluke o transplantaciji (podrazumeva pristanak uz punu informisanost, odlučivanje kod pravno nesposobnih davalaca, u slučaju nejasnih pitanja uključuje se etički odbor ili starateljski sud); 3) izricanje sankcija za nezakonito postupanje (obuhvataju slučajeve pogrešnog postupanja tzv. *malpractice* pri obavljanju transplantacije, zabranu komercijalizacije ljudskih organa, građansku i krivičnu odgovornost).

Transplantacija ljudskih organa i tkiva u terapijske svrhe datira daleko u prošlost, od kada je počela sa transplantacijom rožnjače i vremenom se razvila u nezamenjiv medicinski postupak u cilju spasavanja i produženja ljudskog života.¹ Uzimanje organa, ćelija i tkiva moguće je od živog davaoca i od umrlog čoveka (*kadavera*). U preambuli vodećih međunarodnih dokumenata ističe se shvatanje da broj transplantacija organa od umrlih lica označava merilo razvijenosti jednog društva.² Bez obzira na sva dostignuća ovog posebnog medicinskog postupka, transplantaciju još uvek prate brojna sporna pitanja i dileme, što pokazuje da ona nije do kraja definisana pravnim i etičkim normama.

Ako se razmotre postojeći modeli dopustivog uzimanja organa od umrlih davalaca, gde se pitanja zaoštavaju, razlikuju se: 1) sistem *opt in* ili sistem izričite saglasnosti prema kome se delovi tela umrlog ne mogu uzeti ako on nije dao izričit pristanak na način propisan zakonom (Danska, Nemačka, Holandija, Švajcarska, Australije i SAD). Time se znatno sužava krug potencijalnih davaoca organa. Stoga su zakonodavci tih zemalja proširili mogućnost saglasnosti i na rodbinu preminulog. Rodbina ima pravo supsidijarnog odlučivanja ukoliko se umrli nije izjasnio. Na primer, Nemački zakon o transplantaciji određuje krug srodnika ili slučaj bliskog lica koga je umrli naznačio;³ 2) sistem *opt out* ili sistem pretpostavljene saglasnosti prema kome je sa umrlog dozvoljeno uzeti organe ako se on tome nije protivio za života. Neizjašnjavanje se smatra pristankom, odnosno pristanak se pretpostavlja. Uzimanje je dopušteno čak i kad postoji sumnja u pogledu volje umrlog. To znači da uzimanje organa od umrlih lica u načelu nije zabranjeno, već dopušteno. Time se povećava broj potencijalnih davalaca jer u njih spadaju i oni koji se nisu

¹ Željko Vlasiavljević, Slobodan Janković, Đorđe Ćulafić, Dejan Petrović, „Transplantacija kroz vekove“, *Medicinski časopis*, br. 2, Kragujevac, 2015, 49-53.

² Declaration of Helsinki, World Medical Association, Recommendations guiding physicians in bio-medical research involving human subjects, 18th World Medical Assembly, Helsinki, Finland, June 1964; Amended: Tokyo 1975, Venice 1983, Hong Kong 1989, Somerset West 1996, Seoul 2008.

³ Jakov Radišić, *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd, 2008, 134.

uopšte izjasnili. Zakoni o transplantaciji većine zemalja Evropske unije prihvataju ovaj model (Italija, Francuska, Španija, Belgija, Poljska, Austrija, Švedska, Norveška, Hrvatska, Slovenija).⁴ Naročito je karakteristično francusko pravo po kome se protivljenje ili pristanak upisuje u centralni registar, a lekari su dužni da se o tome obaveste.⁵ Oba sistema su zasnovana na samoopredeljenju pojedinca. Razlika je u tome što imaju suprotna polazišta (uključivanje/ isključivanje). Sa etičkog gledišta, sistemi se mogu smatrati ekvivalentnim jer svaki od njih ima načine izražavanja pozitivne ili negativne namere. U praksi, postoje operativne varijante unutar oba sistema, jer srodnici igraju istaknutu ulogu u proces donošenja odluka.⁶

Kada je reč o radu na propisima koji uređuju oblast transplantacije reforme se često odnose upravo na preispitivanje modela pristanka, odnosno davanja saglasnosti.⁷ Novija istraživanja koja prave komparaciju oba sistema, obuhvataju podatke iz velikog broja razvijenih država. Ipak, ona nisu našla značajne razlike između stope davalastva na milion stanovnika u državama sa različitim modelima pristanka.⁸ Smatra se da uvek postoje neutralni i drugi potencijalno negativni uticaji. Stopa davalastva organa sa umrlih više zavisi od činilaca na koje ne utiče model pristanka, već broj pacijenata koji su medicinski prikladni za doniranje i pristup bolničkim ustanovama sa kapacitetom za olakšavanje procesa davalastva. Ni jedan ni drugi sistem danas gotovo da nisu uređeni u izvornom obliku, vremenom su se približili i u oba oblika odlučivanja određenu ulogu imaju porodice preminulog. Nekada je reforma zakona inicirana zbog otkrivenih manipulacija u pogledu davanja povlastica imućnim pacijentima ili zbog sumnji da je došlo do preplitanja interesa s organizovanim kriminalom trgovine organima. Tada se predlaže

⁴ V. *Guide to the quality and safety of organs for transplantation*, European Directorate for the Quality of Medicines & HealthCare (EDQM), Council of Europe, Strasbourg, 2018, 81-82. Podaci iz istraživanja Evropske komisije u avgustu 2014. (Implementacija Direktive 2010/53/EU Anketa), ažurirani studijom FACTOR u 2016. pokazuju da od 37 država, većina (22) ima sistem isključivanja (*opt out*), 12 ima sistem prijavljivanja (*opt in*), dok 3 države imaju mešoviti sistem usled regionalnih razlika unutar države.

⁵ Code de la santé publique, Dernière modification: 2021-09-27, Chapitre II: Prélèvement sur une personne décédée (Articles L1232-1 à L1232-6).

⁶ Maja Čolaković, „Pravo na odlučivanje o post mortem davanju dijelova tijela za transplantaciju – uporednopravni prikaz“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2011, 409-424.

⁷ Chris J Rudge CBE, „Editorials Organ donation: opting in or opting out?“, *British Journal of General Practice*, National Clinical Director for Transplantation 2008–2011, Royal London Hospital, February 2018, <https://doi.org/10.3399/bjgp18X694445>, 12.08.2021; Kristina Krmpotic, Cynthia Isenor, Stephen Beed „Deceased organ donation in Nova Scotia: presumed consent and system transformation“, *Health Manage Forum*, vol. 33, br. 5, California: Sage, 2020.

⁸ V. istraživanje podataka iz 35 razvijenih država: Karthik K. Tennankore, Scott Klarenbach, Aviva Goldberg, „Perspectives on Opt-Out Versus Opt-In Legislation for Deceased Organ Donation: An Opinion Piece“, *Canadian Journal of Kidney Health and Disease*, no. 8, Ottawa, 2021, 1–6.

uvođenje strožijih odredbi o nadzoru i kontroli raspodele organa onima kojima je to medicinski najneophodnije, s ciljem da se podstaknu potencijalni davaoci.⁹ Najzad, u raspravama se takođe razmatraju pitanja ustavnosti u vezi sa postupcima transplantacije, ali više sa aspekta pravne definicije smrti.¹⁰

Pravni izvori u oblasti transplantacije ljudskih organa i tkiva mogu se sagledati sa nacionalnog i međunarodnog nivoa. U svim državama ova oblast uređena je posebnim zakonima, a prate ih etičke i stručno-metodološke norme. Postoji regionalni i međunarodni aspekt regulative sadržan u nizu dokumenata Svetske zdravstvene organizacije, deklaracijama i konvencijama o ljudskim pravima. To govori da se transplantacija razvila u nezamenjiv medicinski postupak u cilju spasavanja i produženja ljudskog života, gde je uzimanje organa i tkiva moguće od živog davaoca ili od tek umrlog čoveka (kadavera). U preambuli međunarodnih dokumenata ističe se stav da broj transplantacija organa od umrlih lica označava merilo razvijenosti jednog društva.¹¹ Za ovu oblast naročito je važna Evropska konvencija o ljudskim pravima i biomedicini (1997)¹² i njen Dodatni protokol o transplantaciji organa i tkiva ljudskog porekla (2002).¹³ Prema slovu Protokola predviđa se da se organi ili tkiva ne smeju da uzimaju sa tela preminule osobe bez njenog pristanka ili bez zakonom propisanog i za to pribavljenog ovlašćenja. Uzimanje se neće izvršiti ako se umrla osoba tome protivila (član 17). Bez obzira na sva dostignuća transplantacije kao posebnog medicinskog postupka i brojna dokumenta, u praksi je još uvek prate brojna sporna pitanja i dileme. Imajući u vidu praksu u Srbiji pokazuje se takođe da ona nije u nekim segmentima do kraja uređena na jedan pravno zaokružen način.¹⁴

⁹ Hans Neft „Reform des Transplantationsgesetzes – Weichenstellung für eine bessere Patientenversorgung?“ *Medizinrecht* no. 31, Springer-Verlag, Heidelberg, 2013.

¹⁰ Olivier Guillod, Jean-François Dumoulin, *Definition de la mort et prelevement d'organes – Aspects constitutionnels*, The Institute of Health Law, Faculty of Law Collection no. 1 of the University of Neuchâtel, 1999, 32.

¹¹ Declaration of Helsinki, World Medical Association, Recommendations guiding physicians in bio-medicalresearch involving human subjects, Helsinki 1964, and amended Tokyo oct. 1975, Venice oct. 1983, Hong Kong sept. 1989, Somerset West oct. 1996, Seoul oct. 2008. <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects/>, 15.08.2021.

¹² Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br.12/2010.

¹³ European Treaty Series-No. 186 Additional Protocol to the Convention on Human Rights and biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin*Strasbourg, 24.I.2002.

¹⁴ Više, Hajrija Mujović Zornić, „Donacija i transplantacija organa“, 2013, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/dramar>, 04.05.2021.

PRISTUP MEDICINSKOG PRAVA PITANJIMA TRANSPLANTACIJE

Postoje opšte pravne postavke koje važe za sve medicinske situacije, pa time i za postupanja u oblasti transplantacione medicine. Njih uvek treba imati u vidu, a ovde se daju najvažnije. Reč je o primeni osnovnih instituta medicinskog prava (načelo pristanka, pretpostavljeni pristanak, modeli raspolaganja i pravila lege artis postupanja). Polazi se od prava na telesni integritet kao ličnog prava koje obuhvata, između ostalog, raspolaganje delovima sopstvenog tela (odvojenim / neodvojenim, obnovljivim / neobnovljivim, *inter vivos* / *mortis causa*).¹⁵ Kao vodeća u medicinskim postupcima afirmiše se maksima da je volja obolele osobe najviši zakon – *voluntas aegroti suprema lex*.¹⁶ Osnovne postavke u vezi sa tim čine takođe načelo pristanka kao odraz autonomije svakog pojedinca, kao i načelo dobrovoljnosti preduzimanja mera u zdravstvenoj zaštiti ljudi. Pravni institut pristanka informisanog pacijenta (*informed consent*) razvio se iz medicinske sfere i postao je nesporno važan pravni standard. Budući da su medicinske mere (intervencije, zahvati i sl.) različitog značaja i karaktera, tako se i pristanak pacijenta ne uzima uvek na isti način, ali je neizostavan. Pristanak može biti izričit ili prećutan, formalan ili usmeni, a uvodi se i pojam pretpostavljenog pristanka.¹⁷

Pravna analiza pretpostavljenog pristanka ukazuje na postojanje subjektivnih i objektivnih razloga kod preduzimanja neke mere u vezi sa zdravljem, pri čemu nije moguć ili je otežan pristanak po redovnom toku stvari. Takav pristanak relevantan je sa stanovišta onoga ko medicinski postupi, i njemu daje određena ovlašćenja i definiše propisan rad. Istovremeno, sa okolnostima u kojima se pristanak pretpostavlja treba da bude upoznat i građanin kao pacijent. Njega treba, u meri u kojoj je to moguće, integrisati u postupak uzimanja pristanka tj. saglašavanja. Najčešći su primeri hitnih medicinskih stanja gde važi pretpostavka da se postupi u najboljem interesu pacijenta, ali to nisu jedini primeri. U ovoj materiji usvojena je Evropska Konvencija

¹⁵ M. Čolaković, op.cit. 411.

¹⁶ Vesna Klajn-Tatić: „Neka medicinska, etička i pravna pitanja koja pokreće doktrina informisanome pristanku pacijenta na medicinsku intervenciju“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br.4, Beograd, 1994, 603-620. U kontekstu problematike koja se tiče pacijentovog pristanka na lečenje, lekareva obaveza obaveštavanja pacijenta služi pripremi i podršci pacijentu da se podvrgne određenom potrebnom lečenju i otuda je ova obaveza lekara potpuno u skladu sa maksimumom „dobrobit bolesnika je najviši zakon“ – *Salus aegroti suprema lex*. S druge strane, budući da je *obaveštenje pacijenta pretpostavka punovažnog pristanka ili nepristanka na lečenje*, to je prethodni pristanak, odnosno nepristanak na lečenje u skladu sa maksimumom „volja bolesnika je najviši zakon“ – *Voluntas aegroti suprema lex*.

¹⁷ Hajrija Mujović, „Pravna pitanja pretpostavljenog pristanka pacijenta“, *Aktuelnosti Medicinskog – prava teorija, praksa i zakonodavstvo* (ur. Hajrija Mujović), knjiga sažetaka, Institut društvenih nauka, Beograd, 2019, 12-13.

o ljudskim pravima i biomedicini (član 8), koja predviđa da onda kad se iz razloga hitnosti ne može pribaviti odgovarajući pristanak, bez odlaganja se može preduzeti svaka intervencija koja je medicinski neophodna u interesu zdravlja lica u pitanju.¹⁸ Hitnost intervencije isključuje pacijentov pristanak samo ako on nije sposoban da izjavi da li prihvata ili odbija medicinski zahvat. U vezi sa tim Zakon o pravima pacijenata¹⁹ Srbije uređuje hitno postupanje (član 18, st. 1 i 2) kao i posebne slučajeve pretpostavljenog pristanka u meri u kojoj su oni prisutni u praksi i pravno relevantni (član 18, st. 3 i 4). Institut pretpostavljenog pristanka nije dovoljno razmatran u pravu Srbije, niti se dovoljno razume u okvirima zdravstvenog zakonodavstva i prakse. Dolazi do promene pravnog pristupa, gde pristanak nije isključen samo na osnovu okolnosti hitnog stanja, već i kada su ispunjeni i drugi zakonom predviđeni uslovi. Razlog pozivanja na pretpostavljeni pristanak može imati osnov u samom zakonu koji ga propisuje, kao što je to slučaj kod transplantacije organa.²⁰ Upravo zato se objašnjenje pojma pretpostavljenog pristanka ovde dovodi u vezu sa skorajšnjim njegovim preispitivanjem od strane Ustavnog suda RS, a sve u poređenju sa ustavnim garancijama u zaštiti dostojanstva i ličnog integriteta svakog pojedinca.²¹

RAZVOJ REGULATORNOG OKVIRA U OBLASTI TRANSPLANTACIJE I NJEGOVI DEFICITI

Ako se pogleda pravo Srbije, u donošenju različitih promena zakonskih rešenja naročito se obraćala pažnja na vreme i formu pristanka donora, a kasnije i na uvođenje administrativnih uslova i uprave, koordinatora i sl. Putevi promena u regulativi mogu se najbolje učiti ako se sagledaju u odnosu na uslove transplantacije sa preminule osobe. To je bitno i sa stanovišta da je ova vrsta transplantacije danas postala pravno sporna i okarakterisana kao protivna Ustavu RS.

Najranija pravna rešenja oblikovana su u bivšoj državi Jugoslaviji, kada je na snazi bio savezni Zakon o uzimanju i presađivanju delova ljudskog tela u

¹⁸ Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, Oviedo, 1997 <https://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention>, 11.03.2021.

¹⁹ Zakon o pravima pacijenata, *Službeni glasnik RS*, br. 45/2013 i 25/2019 – dr. zakon.

²⁰ Zakon o transplantaciji ljudskih organa, Zakon o ljudskim ćelijama i tkivima, *Službeni glasnik RS*, br. 57/2018.

²¹ Rešenje Ustavnog suda broj: IUz-223/2018 od 28. jula 2020. godine kojom se pokreće postupak ocene ustavnosti; videti u vezi sa tim: Odgovor Ustavnom sudu, Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo Narodne skupštine Republike Srbije 04 Broj: 5-2320/19-3, 21. januar 2021. godine, Beograd.

svrhu lečenja.²² Istoimene zakone su u okviru svojih ranije postojećih zakonodavnih kompetencija donosile autonomne pokrajine.²³ Ako se konsultuje tada važeći savezni zakon uočava se da je zakonska materija obuhvatala sve postojeće oblike transplantacije.²⁴ Odredbe su predviđale da se za presađivanje mogu uzimati delovi tela umrlog lica (član 3). Ovlašćena zdravstvena organizacija dužna je da uzme deo ljudskog tela i da ga čuva pod posebnim uslovima koji sprečavaju njegovu kvalitativnu promenu. Delovi tela se ne mogu uzimati ako se umrlo lice za života izričito, u pisanom obliku, tome protivilo. Ako je umrlo lice maloletno ili duševno obolelo, pisano protivljenje za uzimanje delova tela tog lica mogu dati njegovi roditelji ili staratelj (član 6). Posebno je ustanovljen nacionalni Centar koji priprema jedinstvene liste čekanja i vodi registar pisanih izjava o protivljenju davanja delova ljudskog tela za presađivanje (član 17). Ovaj zakonodavni period pratila je paralelna primena više zakona, budući da su pravni propisi bili predmet tadašnje državne zajednice. U radovima je ukazivano da treba precizirati na koji način primenjivati dva zakona o transplantaciji, republički i savezni, što je sve stvaralo dodatne probleme u tumačenju propisa o pristanku lica.²⁵ Pored toga, postojala je neusaglašenost rešenja republičkog i saveznog zakona tako što prvi propisuje da samo punoletna poslovno sposobna lica mogu biti davaoci organa, dok drugi dopušta, doduše kao izuzetak, da davalac koštane srži može biti i maloletno lice (član 8).

²² Zakon o uslovima za uzimanje i presađivanje delova ljudskog tela, *Službeni list SFRJ*, br. 63/1990.

²³ Zakon o uzimanju i presađivanju delova ljudskog tela u svrhu lečenja, *Službeni glasnik SRS*, br. 22/1981.

²⁴ V. Zakon o uslovima za uzimanje i presađivanje delova ljudskog tela (čl.2 – 4); Pojmovno se razlikuje više vrsta doniranja telesnih organa i drugih tkiva i ćelija: 1) prema broju lica u doniranju (*homologna* donacija, kod istog lica sa jednog dela tela na drugi */alogeno*, dve strane – davalac i primalac; 2) prema vremenu doniranja, za života i posle smrti (živi donori: koštana srž, parni organi bubrezi, delovi kod jetre pluća ili creva /sa leševa tj. *kadavera*: jedini je izvor neparnih organa a mogu se uzeti bubrezi, srce, jetra, pluća, pankreas, tanko crevo, rožnjača, srčani zalisci, kosti, tetive i koža, dok se reproduktivni organi i tkiva ne uzimaju); 3) prema predmetu doniranja (organi, tkiva i ćelije); 4) prema cilju doniranja koji osim lečenja može biti proširen (terapijski i naučni); 5) prema pravnom režimu koji važi (za ljudske organe je on strožiji, a za doniranje tkiva, ćelije i ljudske supstance blaži uz komercijalizaciju, npr. prodaja krvi ili semene tečnosti); 6) prema uzrastu donora (davaoci su samo punoletna lica, a maloletna lica mogu to biti izuzetno).

²⁵ Marija Draškić, „Transplantacija u Srbiji – Koji zakon važi?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol. 53, br. 1, Beograd, 2005, 173. V. sudsku praksu: Presuda II opštinskog suda u Beogradu IV P. br. 789/2002 od 10. decembra 2002, odbijen zahtev tužilaca da se obaveže tužena Država SRJ – Vojnomedicinska akademija, da isplati naknadu nematerijalne štete u iznosu od 4.500.000 dinara, na ime nadoknade za duševne patnje koje su pretrpeli saznavši da su iz tela njihovog srodnika, a bez njihove saglasnosti, izvađeni organi (oba bubrega) i presađeni drugim licima.

Pri ovakvom stanju regulative, posebna glava Zakona o zdravstvenoj zaštiti iz 2005. godine (VII – članovi 78-86)²⁶ sadržala je odredbe o davalatstvu organa prema kojima se organi, tkiva i ćelije, kao delovi ljudskog tela, mogu uzimati i presađivati samo ako je to medicinski opravdano odnosno ako je to najpovoljniji način lečenja lica i ako su ispunjeni uslovi predviđeni zakonom. Za presađivanje se mogu uzeti delovi tela umrlog lica. Kada su u pitanju živi davaoci od njih se za presađivanje može uzeti samo koštana srž, a izuzetno jedan od parnih organa, deo jetre, gušterače i kože, ako se utvrdi odgovarajuća podudarnost delova tela. Ministarstvo nadležno za poslove zdravlja propisuje bliže medicinske kriterijume, način i postupak utvrđivanja smrti lica čiji deo tela se može uzeti radi presađivanja. Delovi tela ne mogu se uzimati ako se umrlo lice za života izričito, u pismenom obliku, tome protivilo (čl.80). Delovi tela živog lica mogu se uzimati radi presađivanja samo uz pristanak punoletnog, duševno zdravog i poslovno sposobnog lica i ako se time očigledno ne dovodi u opasnost život davaoca i njegovo zdravlje ne izlaže riziku trajnog ili težeg oštećenja. Pristanak se daje u pisanom obliku.

U daljem zakonodavnom radu 2009. godine došlo je do odvajanja predmeta dva zakona koja uređuju oblast transplantacije, tako što se jedan tiče ljudskih organa,²⁷ a drugi ljudskih tkiva i ćelija.²⁸ Još tada je ova podela komentarisana iz stručnih krugova i ocenjeno je kao neracionalno da zakoni imaju veliki broj identičnih odredbi (čak i u istom broju člana), umesto da upućuju na zajedničke odredbe. Primećuje se takođe, imajući u vidu uporedno pravo, da je pravni režim ljudskih tkiva bliži režimu ljudskih organa, a ne ćelija. Naime, postoje teorijske razlike u pravnom pristupu i zakonskoj kvalifikaciji kada su u pitanju ljudski organi, ćelije i tkiva, a te razlike bi trebalo da sledi i pravna praksa.²⁹ U pravu Srbije je ovim zakonom

²⁶ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, 17/92, 26/92, 50/92, 52/93, 53/93, 67/93, 48/94, 25/96, 18/02, 101/2005 i 107/2005, Glava VII (Uzimanje i presađivanje organa i delova ljudskog tela, utvrđivanje uzroka smrti i obdukcija umrlih lica), čl. 78-86.

²⁷ Zakon o transplantaciji organa, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009 od 3.9.2009.

²⁸ Zakon o transplantaciji ćelija i tkiva, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009 od 3.9.2009.

²⁹ Susan E. Lederer, *Flesh and Blood – Organ Transplantation and Blood Transfusion in 20th Century America*, Oxford University Press, 2008, 52. Na primeru uzimanja ljudske krvi kao telesne tečnosti pravi se analogija sa uzimanjem ćelijama koje su obnovljive. Kod transplantacije se težište stavlja na zaštitu od rizika po davaoca organa, a trgovina organima se izričito zabranjuje, jer bi to dovelo davaoca u stanje iznude zbog materijalne koristi, što je suprotno tome da se sam čin davanja organa visoko vrednuje kao neprocenljiv primer altruizma. Kod transfuzije krvi rizici po davaoca shvataju se kao minimalni ili uopšte ne postoje, komercijalizacija se uzima kao moguća iako nije poželjna, a akcenat se stavlja na dostizanje standarda sigurnosti krvi. Daje se argumentacija da je krv obnovljivi deo tela i da zbog toga ne potpada pod pravni režim uspostavljen za davanje tkiva i organa od živog davaoca radi presađivanja.

koji je donet 2009. godine prihvaćen mešoviti sistem pristanka (*opt in* i *opt out*) koji, čini se, više teži izjavljivanju izričite volje unapred (pozitivno izjašnjavanje/donatorske kartice tj. registar, ili negativno izjašnjavanje/pisana forma). U tom pogledu postala je značajna uloga novoosnovane Uprave za biomedicinu pri Ministarstvu zdravlja RS sa ciljem adekvatnog sprovođenja tada usvojenih zakonskih rešenja i pratećih akata. Posle usvajanja zakona usledila je izrada nekoliko pratećih pravilnika za oblast transplantacije, kao i drugih odluka koje su u ingerenciji ministra zdravlja. Podzakonski akti su, između ostalog, sadržali propise o formularima izjava, o davanju saglasnosti, o odbijanju davanja saglasnosti i o povlačenju saglasnosti člana porodice, odnosno drugog bliskog lica za uzimanje organa, odnosno tkiva sa umrlog lica, kao i formularima informisanja i postupku izdavanja donatorske kartice.³⁰ Pristup zakonodavca težio je da bude sveobuhvatan, ali je nailazio na komentare da se njime ne daju jasno izvedena pravna rešenja.

Usvajanje novog regulatornog okvira usledilo je 2018. godine. Tada doneti i danas važeći zakoni više nemaju u naslovu reč transplantacija, već izraz – presađivanje organa, što je bio prvobitni naslov.³¹ Ipak, to se uzima kao terminološka, a ne suštinska promena. Zadržava se model pretpostavljenog pristanka (*opt-out*). Naime, budući da je taj model bio primenjivan od ranije i da o tome nije bilo većih javnih rasprava, novi zakoni o presađivanju ljudskih organa, odnosno ćelija i tkiva izostavili su odredbe o donatorskim karticama i vođenju registra o pozitivnim izjavama. Posebna glava zakona posvećena je uzimanju ljudskih organa sa umrlog lica, a u okviru toga normiraju se pitanja utvrđivanja smrti, uslova doniranja i dostojanstva u postupanju sa telom donora. Propisuje se da se organi sa umrlog lica mogu uzeti radi presađivanja ukoliko se punoletni poslovno sposoban davalac pre smrti tome nije usmeno ili u pismenom obliku za života protivio, odnosno ako se tome u trenutku smrti nije izričito usprotivio roditelj, supružnik, vanbračni partner ili punoletno dete umrlog (član 23 st.1). Odredbe o post mortem davalatstvu kvalifikuju se kao „meka“ verzija pretpostavljene saglasnosti.³² Ona, za razliku od većine *opt out* sistema, dopušta porodicama da odluče da li će se iz tela preminulog uzeti organi ili tkiva i u tom smislu je njihova odluka merodavna. Na ovom mestu se u pogledu usvojenog

³⁰ V. podzakonske akte, *Službeni glasnik RS*, br. 89/2012: Pravilnik o obrascu izjave o davanju saglasnosti, o odbijanju davanja saglasnosti i o povlačenju saglasnosti člana porodice, odnosno drugog bliskog lica za uzimanje organa, odnosno tkiva sa umrlog lica, Pravilnik o obrascu izjave o pristanku za doniranje organa, odnosno tkiva u slučaju moždane smrti, Pravilnik o sadržaju obrasca izjave o pristanku primaoca organa za presađivanje organa, Pravilnik o sadržaju obrasca dokumenta o informisanju, sadržaju obrasca izjave o pristanku i o povlačenju pristanka za uzimanje organa živog davaoca organa.

³¹ Zakon o presađivanju ljudskih organa, *Službeni glasnik RS*, br. 57/2018; Zakon o ljudskim ćelijama i tkivima, *Službeni glasnik RS*, br. 57/2018.

³² Karthik K. Tennankore, Scott Klarenbach, Aviva Goldberg, op. cit, 4.

sistema prepoznaju elementi izričite saglasnosti porodice kojom se potvrđuje ili osporava zakonska pretpostavka o volji preminulog da bude ili ne bude davalac.

PROBLEMI PRAKSE

Opšta je ocena da je zdravstvena zaštita u oblasti davalatstva organa u Srbiji prema dostupnim podacima postigla vidan napredak u organizacionom smislu, ali da ga ne prati i povećan broj transplantacija. Srbija je još uvek na začelju Evrope po broju obavljenih zahvata. Glavni razlog je u deficitu dobrovoljnih davaoca. Da bi se počelo sa rešavanjem brojnih nepravilnosti, a rad zdravstvenih službi učinio boljim, zakonom koji uređuje transplantaciju osnovana je Uprava za biomedicinu pri Ministarstvu zdravlja Republike Srbije, koja je otpočela sa radom 2010. godine.³³ Stanje zdravstvenog sistema u velikoj meri utiče na uređenost postupaka transplantacije. Transplantacioni program u Srbiji obnovljen je 2013. godine, stvorena je nacionalna lista čekanja za transplantaciju organa, zatim eksplantacioni timovi, transplantacioni timovi.

Srbija je 2017. godine uspeła da ostvari pridruženo članstvo u Eurotransplant-u. Naime, na nivou jednog broja evropskih država nastala je fondacija koja čini mrežu centara za transplantaciju. Ona je osnovana u Holandiji i cilj joj je razmena informacija o ponudi organa među članicama uključenim u taj sistem, kao i distribucija organa donora *mortis causa*.³⁴ Na taj način ona kao uvezan sistem posreduje i odgovorna je za dodelu doniranih organa u Austriji, Belgiji, Hrvatskoj, Nemačkoj, Mađarskoj, Luksemburgu, Holandiji i Sloveniji. Ovaj okvir saradnje uključuje bolnice za transplantaciju, laboratorije za tipizaciju tkiva i bolnice u kojima se vrši donacija organa. Prema parametrima Eurotransplant-a, ako se pođe od broja oko sedam miliona stanovnika, trebalo bi da bude obavljeno najmanje 70 transplantacija srca, 200 jetri i skoro 450 transplantacija bubrega svake godine.³⁵ Tokom 2018. godine obavljene su 64 transplantacije organa (38 bubrega, 16 jetri i 10 srca). U 2019. godini bilo je 15 donora i obavljeno je 37 transplantacija bubrega, jetre i srca. U 2020. godini zabeleženo je samo troje donora i obavljeno je 10 presađivanja bubrega, jetre i srca, dok isti podaci za 2021. godinu iznose da je za sada bio samo jedan donator i obavljene su 3 transplantacije.³⁶

Nedavna presuda Ustavnog suda RS stvorila je neočekivanu situaciju za one koji profesionalno rade na uslugama transplantacije, a naročito za značajan broj

³³ Član 64 Zakona o transplantaciji organa, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009.

³⁴ www.srbijazatransplantaciju.com/eurotransplat_u_srbiji.html, 13.04.2021.

³⁵ Olga Božinović, „Više od hiljadu ljudi u Srbiji čeka transplantaciju“, *Serija Nove ekonomije – Zdravstveni sistem Srbije*, br. 63, Beograd, 2019, 15.

³⁶ Podaci iz 2019. godine, <https://www.zdravlje.gov.rs/vest/339632/od-pocetka-godine-11-donora-spaseno-27-zivota.php>, 22.05.2021.

pacijenata koji se nalaze na listama čekanja za organe. Lekari i zagovornici prava pacijenata upozoravaju da bi to moglo da zaustavi i onako nedovoljnu donaciju organa. Nevladina organizacija „Zajedno za novi život“ koja zastupa pacijente na listama čekanja i one kojima je već obavljena transplantacija, smatra da je razlog što Srbija ne prati Evropu kada je reč o modelu doniranja, upravo u tome jer se previše naglašavaju kontroverze koje okružuju pitanje transplantacije, a manje dolazi do jasnih rešenja, pa i kad je u pitanju nedavna odluka Ustavnog suda RS.

OCENA USTAVNOSTI ČLANOVA ZAKONA

Posle podnetih predloga u Parlamentu RS, upućenih kritika u javnoj raspravi i usvajanja oba zakona iz 2018. godine koja uređuju oblast presađivanja organa,³⁷ došlo je do podnošenja ustavne inicijative od strane nekoliko nevladinih organizacija i Srpske radikalne stranke. Traženo je da Ustavni sud RS pokrene postupak preispitivanja ustavnosti i zakonitosti odredbi koje se tiču pretpostavljene saglasnosti. Podneta inicijativa pozivala se na to da doneto zakonsko rešenje krši ljudska prava time što se svaki građanin potencijalno smatra donatorom, kao i da novi propisi vode u zloupotrebe i ilegalnu trgovinu ljudskim organima. Akt inicijative podnet je 2018. godine, a saopštenje o odluci Ustavnog suda izdato je maja 2021. sa napomenom da se objavljivanje odluke odlaže. U tom roku se utvrđena neustavnost može otkloniti.

U tekstu inicijative osporava se član 23 Zakona o presađivanju ljudskih organa koji definiše uslove za davanje organa umrlog lica, a koji glasi:

Ljudski organi sa umrlog lica mogu se uzeti radi presađivanja ukoliko se punoletni poslovno sposoban davalac pre smrti tome nije usmeno ili u pismenom obliku za života protivio, odnosno ako se tome u trenutku smrti nije izričito usprotivio roditelj, supružnik, vanbračni partner ili punoletno dete umrlog.

Izuzetno, ako umrlo lice nema srodnike ljudski organi sa umrlog lica mogu se uzeti ako se tome, u trenutku smrti, nije izričito usprotivio pobočni srodnik zaključno sa drugim stepenom srodstva.

Koordinator za darivanje ljudskih organa, odnosno član koordinacionog tima dužan je da članove porodice umrlog lica, nakon utvrđene smrti, na odgovarajući način upozna sa daljim postupanjem, kao i uslovima za darivanje ljudskih organa.

Sa umrlog maloletnog lica, koje je za života bilo pod roditeljskim staranjem, dozvoljeno je uzimanje ljudskih organa samo na osnovu pismenog pristanka oba roditelja, odnosno jednog roditelja ukoliko je drugi roditelj umro ili je nepoznat.

³⁷ Zakon o presađivanju ljudskih organa, Zakon o ljudskim ćelijama i tkivima.

Sa umrlog maloletnog lica koje je za života bilo bez roditeljskog staranja, dozvoljeno je uzimanje ljudskih organa samo na osnovu saglasnosti etičkog odbora zdravstvene ustanove koji se obrazuje u skladu sa zakonom kojim se uređuje zdravstvena zaštita.

Sa umrlog punoletnog lica kome je za života na osnovu odluke nadležnog organa delimično ili u potpunosti oduzeta poslovna sposobnost, dozvoljeno je uzimanje ljudskih organa samo na osnovu saglasnosti etičkog odbora zdravstvene ustanove koji se obrazuje u skladu sa zakonom kojim se uređuje zdravstvena zaštita.

Sa umrlog lica koji nije državljanin Republike Srbije, odnosno nema stalno nastanjenje u Republici Srbiji, dozvoljeno je uzimati ljudske organe samo na osnovu pismenog pristanka supružnika, odnosno vanbračnog partnera, roditelja, punoletnog brata, odnosno sestre ili punoletnog deteta umrlog lica.

Inicijativa osporava takođe član 28 Zakona o ljudskim ćelijama i tkivima koji propisuje uslove za davanje tkiva umrlog lica, a koji glasi:

Tkiva sa umrlog lica mogu se uzeti radi primene ukoliko se punoletni poslovno sposoban davalac pre smrti tome nije usmeno ili u pismenom obliku za života protivio, odnosno ako se tome u trenutku smrti nije izričito usprotivio roditelj, supružnik, vanbračni partner ili punoletno dete umrlog.

Izuzetno, ako umrlo lice nema srodnike, tkiva sa umrlog lica se mogu uzeti ako se tome, u trenutku smrti, nije izričito usprotivio pobočni srodnik zaključno sa drugim stepenom srodstva.

Sa umrlog maloletnog lica, koje je za života bilo pod roditeljskim staranjem, dozvoljeno je uzimanje tkiva samo na osnovu pismenog pristanka oba roditelja, odnosno jednog roditelja ukoliko je drugi roditelj umro ili je nepoznat.

Sa umrlog maloletnog lica koje je za života bilo bez roditeljskog staranja, dozvoljeno je uzimanje tkiva samo na osnovu saglasnosti etičkog odbora zdravstvene ustanove koji se obrazuje u skladu sa zakonom kojim se uređuje zdravstvena zaštita.

Sa umrlog punoletnog lica kome je za života na osnovu odluke nadležnog organa delimično ili u potpunosti oduzeta poslovna sposobnost, dozvoljeno je uzimanje tkiva samo na osnovu saglasnosti etičkog odbora zdravstvene ustanove koji se obrazuje u skladu sa zakonom kojim se uređuje zdravstvena zaštita. Sa umrlog lica koji nije državljanin Republike Srbije, odnosno nema stalno nastanjenje u Republici Srbiji, dozvoljeno je uzimati tkiva samo na osnovu pismenog pristanka supružnika, odnosno vanbračnog partnera, roditelja, punoletnog brata, odnosno sestre ili punoletnog deteta umrlog lica.³⁸

³⁸ Zakon o ljudskim ćelijama i tkivima.

Ustavni sud RS je rešenjem od 28. jula 2020. godine pokrenuo postupak za utvrđivanje neustavnosti naznačenih odredaba oba zakona. U obrazloženju ovog rešenja Sud je ocenio da su naznačeni članovi osporeni u celosti, i to u odnosu na odredbe članova 23 i 25 Ustava RS. U daljem postupku Ustavni sud je na 8. sednici odlučivao u predmetima ocene ustavnosti zakona, i time utvrdio da: 1) odredba člana 23 Zakona o presađivanju ljudskih organa nisu u saglasnosti sa Ustavom. Sud je odložio objavljivanje navedene odluke za šest meseci od dana njenog donošenja (predmet IUz-223/2018); 2) odredba člana 28 Zakona o ljudskim ćelijama i tkivima nisu u saglasnosti sa Ustavom. Sud je odložio objavljivanje navedene odluke za šest meseci od dana njenog donošenja (predmet IUz-69/2020).³⁹

Odlaganje objavljivanja odluke u Službenom glasniku RS na šest meseci Sud je doneo na osnovu člana 58 Zakona o Ustavnom sudu koji takvu mogućnost predviđa.⁴⁰ Shodno ovom članu, Sud je u obavezi da svoju odluku i rešenje o odlaganju objavljivanja dostavi donosiocu zakona, koji na osnovu toga može da deluje u sledećih šest meseci, to jest da donese odgovarajuće izmene. U momentu kada dođe vreme za objavu odluke suda biće poznato i u kojoj meri je otkonjena neusaglašenost osporenih članova. Do tada, odlaganje objavljivanja odlaže i dejstva same odluke, što ima za posledicu da osporene odredbe ostaju do daljnjeg na snazi i da se njihova primena ne dovodi u pitanje. Praktičan rad medicinskih službi je nesmetan, a zakonodavac ima rok da ih koriguje u vidu izmena i dopuna.

KOMENTAR

Dometi komentara su donekle ograničeni jer odluka Ustavnog suda RS od maja 2021. godine nije integralno objavljena. Problem je što je za sada objavljena samo izreka odluke Ustavnog suda, a ne i njeno obrazloženje, tako da se ne može sa sigurnošću zaključiti kojim se razlozima Sud rukovodio. Deo razloga se doduše vidi iz samog rešenja o prihvatanju inicijative, gde međutim neki primeri evropske

³⁹ Saopštenje Ustavnog suda RS o proglašenju neustavnosti i odlaganju objavljivanja odluke za 6 meseci. <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/149-102744/saopstenje-sa-8-sednice-ustavnog-suda-odrzane-20-maja-2021-godine-kojom-je-predsedavala-snezana-markovic-predsednica-ustavnog-suda>, 11.08.2021.

⁴⁰ „Ustavni sud može posebnim rešenjem odložiti objavljivanje svoje odluke u „Službenom glasniku Republike Srbije“, ali najduže za šest meseci od dana njenog donošenja. U tom slučaju Ustavni sud odluku kojom je utvrđeno da opšti akt nije u saglasnosti sa Ustavom, zakonom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava ili potvrđenim međunarodnim ugovorom, dostavlja donosiocu opšteg akta zajedno sa rešenjem o odlaganju objavljivanja“ (Zakon o ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – odluka US, 103/2015 i 40/2015 – dr. zakon).

prakse treba da budu nadogradnja nacionalne analize, a ne obrnuto. Otuda se komentari daju više načelno, sa težištem na osnovne elemente pravničkog razumevanja i rezonovanja. Nastali spor manifestuje se iz ugla prakse kao problem u primeni *Zakona o presađivanju ljudskih organa, odnosno ćelija i tkiva*, koji uređuju davalništvo organa za slučaj smrti. Njega treba u prvom redu sagledati sa stanovišta medicinskog prava i korpusa propisa zdravstvenog zakonodavstva, te onda videti da li ukazane povrede ustavnih garancija postoje ili ne. Oblast propisa vezanih za medicinske postupke zahteva posebnu vrstu ekspertize i polazi od toga da se poštuje volja svakog građanina u pogledu medicinskih odluka, pa i odluke o doniranju organa za slučaj smrti. Načini na koji će se ta volja saznati, izraziti i poštovati su različiti i otuda su se u pravima razvijenih država iskristalisali opisani modeli pretpostavljenog pristanka i izričitog pristanka da se bude davalac. Ono što je evidentno kroz uporedno zakonodavstvo i praksu je to da sam model pretpostavljene saglasnosti, kao takav, ne može biti pravno sporan. To je u svetu usvojeno rešenje u oblasti transplantacije, koje postoji i u drugim državama sa istim ustavnim garancijama i koje daje dobre rezultate. Ipak, i pri takvom stanju stvari treba dopustiti da je Sud određene manjkavosti protivne Ustavu, pronašao u oceni pojedinačnih stavova osporenih članova. Tačno je da stavovi deluju prenormirano i u nekim navodima daju veća ovlašćenja etičkim odborima, ustanovama i drugim instancama da imaju upliv u odluke o presađivanju organa, na primer, onda kad umrlo lice nema srodnike niti staratelje i sl. Manjkavost u ovom propisu mogla bi se videti i u odsustvu registra negativnih izjava, jasne procedure i sl. Sve to može biti protivno onome što su ustavne garancije i može voditi u pravnu nesigurnost. Ima se utisak da je zakonodavac u želji da poboljša postojeće rešenje pretpostavljene saglasnosti donora otišao predaleko. Generalno, granice pravnog uređenja kada je u pitanju medicinska materija iziskuju određeni oprez i po pravilu nije obavezno da obuhvate sve potencijalno moguće situacije. To je osobenost ove oblasti gde pravila medicinske struke i etike imaju komplementarnu primenu. Osim toga, često se zanemaruju i određene pravne finese kakva bi, na primer, bila kvalifikacija da li se stav srodnika (porodice) o volji preminulog tretira kao zamenjujuća odluka tj. nova saglasnost, a ne samo kao izvor informacije o tome kakva je bila volja preminulog. Dobar uzorni primer u tom pogledu daje rešenje francuskog prava.⁴¹

⁴¹ Prema francuskom pravu, odbijanje da se bude donor za slučaj smrti može biti izraženo na sve načine, a ne samo upisom u registar, koji broji oko 50000 registrovanih. Zakon je usvojen 1999. a izmene i dopune su usvojene 2004. godine, gde je novina da iako postoji pretpostavka pristanka, ona se može obrnuti. To se dešava ukoliko je preminuli promenio stav ili ako rodbina pruži dokaz o odbijanju. Manifestovanje odbijanja opozivo je u svakom momentu. Zakon uređuje upis u registar za svaku osobu stariju od 13 godina o čemu se izdaje potvrda koja može da se odbije (lice se izjašnjava ali ne želi da ima potvrdu o tome kod sebe jer smatra da to nije potrebno). Kad se sprovedi volja

Odredbe zakona u pravu Srbije treba tumačiti u tom duhu jer su modeli pristanka (*opt out*) isti u oba pravna sistema.

Zbog osobenosti materije reč je o pravno složenoj situaciji. Kako bi se izbegle moguće negativne posledice po transplantacionu praksu, nameće se hipotetički nekoliko razmišljanja. Jedan od predloga bi bio da se pozove na primenu prethodnog zakona koji je bio na snazi do trenutka usvajanja novog. To bi bio prvi korak. Drugi korak je da se ponovo pristupi izradi teksta osporenih odredbi, sa jasnim rešenjem koje bi bilo transparentno i usklađeno, čime bi i potreba bilo kakve dalje inicijative pred Ustavnim sudom bila suvišna. To bi dalo i odgovor na pitanje da li je javna rasprava o ovom zakonu vođena na širokoj platformi i da li je zdravstveni sistem postojeća rešenja koja su sad osporena uspeo da približi građanima i stručnim krugovima. Čini se da taj posao traži više vremena. Do tada, posledice neustavnosti svakako ne bi trebalo da trpe pacijenti koji se nalaze na listama čekanja za organe. To bi bilo etički i pravno nedopustivo i time bi se napravila nova povreda Ustava. Stoga je iz osporenih odredbi potrebno zadržati izričit pristanak srodnika (to je inače deo drugog modela izričitog pristanka koji je već uveden u date zakone). Na taj način bi se popunila pravna praznina do izrade konačnog teksta osporenih odredbi. Praktično ona će nastati ukoliko se ne otkloni neustavnost, a odluka Ustavnog suda stupi na snagu.

Konkretan slučaj pokazuje svu važnost dobro uređenog regulatornog okvira transplantacije. Svaki nedostatak odredbi u pojedinostima u velikoj meri može da menja suštinu inače prihvatljive zakonodavne politike i ugrožava jedno od osnovnih ljudskih prava. Relevantno je i obaveštavanje javnosti o postojanju zakona koji na taj način tretira uzimanje delova ljudskog tela. Mere obezbeđenja služe da zaštite pravo na autonomiju u odlučivanju svakog pojedinca.

Regulatorni okvir oblasti transplantacije u Republici Srbiji više puta je bio predmet revizije, ali je u osnovi zadržao dosta starih odredbi. Rešenja nisu bila dovoljno dosledna, a stavovi prema modelima pretpostavljene nasuprot izričitoj saglasnosti nisu se dovoljno iskristalisali u javnoj raspravi prilikom donošenja zakona. Inicijativa za izmenu nekih članova zakona i ocenu ustavnosti poziva se na to da zakonsko rešenje povređuje osnovna prava garantovana ustavom i da ono pogoduje zloupotrebama i trgovini ljudskih organa, ćelija i tkiva. Ne može se reći

iz registra, ukoliko je promenjen stav, postoji samo obaveza obaveštavanja a ne traženja pristanka od rodbine. Code de la santé publique, Dernière modification: 2021-09-27, Chapitre II : Prélèvement sur une personne décédée. (Articles L1232-1 à L1232-6). V. novije podatke iz 2019, Marianne Rouet, *Post-mortem organ donation: your consent is presumed*, L'Agence de la biomédecine, Saint-Denis La Plaine, <https://leparticulier.lefigaro.fr/article/don-d-organes-post-mortem-votre-consentement-est-presume>, 12.09.2021.

da su ove tvrdnje osnovane. Naime, pojedinosti osporenih članova treba da se sagledaju u kontekstu podzakonskih akata koji po određenim pitanjima daju odgovore. Ukoliko je sa stanovišta inicijative sporan model pretpostavljenog pristanka, onda zahtev za promenom modela treba da se postavi kao predlog amandmana zakona ili donošenja novog zakona, a ne kao predmet ocene ustavnosti. Odluka Ustavnog suda može da bude povod da se zakon ponovo razmotri i da se vidi kojim putem treba usmeriti rešenja regulatornog okvira.⁴² Naime, činjenica je da je *opt out* model pretpostavljene saglasnosti u pravu Srbije nasleđen iz bivše države i da nikad nije bio doveden u pitanje. Ukoliko se to inicijativom i odlukom Ustavnog suda želi, onda to treba da bude deo široke javne rasprave na mnogo aktivniji način nego do sada. Bez obzira kakvo rešenje odnese prevagu, treba imati u vidu dobre primere iz uporednog prava, koja ova rešenja više ne posmatraju u toj meri suprotstavljenim, kako je to bilo u prošlosti. U svemu je veoma važno da se u javnosti izgradi afirmativan odnos prema davalatstvu i presađivanju organa, ćelija i tkiva, jer to predstavlja doprinos očuvanju života i zdravlja ljudi.

Kada je reč o mogućim zloupotrebama, na koje se takođe u inicijativi prigovara, treba imati u vidu da ih oblast zdravstvene regulative ne stavlja u prvi plan, niti je većina odnosa u transplantacionoj medicini predmet krivičnopravnih propisa. To je manji segment regulative i pravna zaštita je izričito sadržana u predmetnim zakonima. Tako, posebna odredba Zakona o presađivanju ljudskih organa propisuje zabranu trgovine ljudskim organima.⁴³ Pored toga, kaznene odredbe sadrže opise krivičnih dela koji obuhvataju različite postupke i povlače propisane sankcije.⁴⁴ Kažnjive su i radnje onoga ko nezakonito obavlja presađivanje organa.⁴⁵ Sa svoje strane,

⁴² Danijela Davidov-Kesar, „Zašto je zamrlo doniranje organa u Srbiji – Sudbina transplantacije organa u rukama poslanika“, *Dnevni list Politika*, 08.06.2021.

⁴³ V. član 39 Zakona o presađivanju ljudskih organa: „Zabranjena je trgovina ljudskim organima. Zdravstveni radnik koji učestvuje u postupku uzimanja, odnosno presađivanja ljudskih organa, ukoliko posumnja da je ljudski organ koji se uzima, odnosno presađuje predmet komercijalne trgovine, dužan je da odbije učešće u postupku uzimanja, odnosno presađivanja i da bez odlaganja, usmeno i pismeno obavesti nadležne državne organe i Upravu za biomedicinu. Pod trgovinom ljudskim organima u smislu ovog Zakona ne smatra se davanje naknade, kao ni plaćanje troškova uzimanja, odnosno darivanja ljudskih organa sa živog ili umrlog lica zbog presađivanja u telo drugog lica radi lečenja koje uključuje pripremu, obradu, očuvanje i distribuciju, u skladu sa zakonom.“

⁴⁴ V. član 51 Zakona o presađivanju ljudskih organa: „Ko uz bilo kakvu naknadu da svoj ljudski organ ili ljudski organ drugog lica radi presađivanja ili nudi svoj ili ljudski organ drugog lica uz naknadu radi presađivanja ili vrbuje, prevozi, prebacuje, predaje, prodaje, kupuje, posreduje u prodaji ili posreduje na bilo koji drugi način u postupku presađivanja ljudskih organa ili učestvuje u postupku presađivanja ljudskih organa koji je predmet komercijalne trgovine, kazniće se zatvorom od dve do deset godina.“

⁴⁵ V. član 52 Zakona o presađivanju ljudskih organa: „Ko obavi presađivanje ljudskog organa ili učestvuje u postupku presađivanja ljudskog organa licu koje se usmeno ili u pismenom obliku

Krivični zakonik Srbije u grupi krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom posebno sankcioniše krivično delo pod nazivom trgovina ljudima, koja obuhvata trgovinu ljudskim organima i delovima tela.⁴⁶

ZAKLJUČAK

Razmatranje zakonodavnog rada na uređenju oblasti transplantacione medicine u pravu Srbije u jednom dužem periodu ukazuje kako na rezultate tako i na određene slabosti. Pravna analiza naglašava potrebu uspostavljanja sistemskih rešenja i standarda rada, posebno u propisivanju pod kojim uslovima prikupljanje i distribucija ljudskih organa (ćelija i tkiva) mogu biti jednaki i etički prihvatljivi za sve, pa i u slučaju *mortis causa* davalaštva. Model pretpostavljene saglasnosti ima kontinuitet primene u pravu Srbije. Problem je u tome što on nikada nije bio diskutovan u dovoljnoj meri. Podnosioci ustavne inicijative za taj model smatraju da krši ljudska prava. Pri takvom stanju stvari i tradiciji postojećih modela saglasnosti u uporednim pravnim sistemima, čini se da odluka Ustavnog suda RS ne bi mogla da ospori model kao takav, već samo da ukaže u čemu se sastoji neustavnost propisa koji taj model podržava. Model može biti promenjen samo kroz novu zakonodavnu proceduru i javnu raspravu, za šta izvesno nije dovoljan rok od šest meseci. Reč je o veoma osetljivoj materiji koja traži krajnje stručni pristup i naglašava potrebu kvalitetnog zakonodavnog okvira, ali isto tako i široko sprovedene javne rasprave, kako bi implementacija zakonskih rešenja bila podržana od svih aktera u transplantacionoj praksi. Pored toga, sa pravnog stanovišta treba jasno učiniti razliku u tome da ono što čini (ne)kvalitet propisa ne znači po automatizmu isto što i (ne)ustavnost propisa, te otuda iznetu

za života protivio darivanju ljudskih organa, odnosno licu čiji se član porodice ili drugo blisko lice u skladu sa ovim zakonom izričito usprotivio darivanju ljudskih organa, odnosno uzme ljudski organ ili učestvuje u uzimanju ljudskog organa od umrlog lica, koji se usmeno ili u pismenom obliku za života protivio darivanju ljudskih organa, odnosno licu čiji se član porodice ili drugo blisko lice u skladu sa ovim zakonom izričito usprotivilo darivanju ljudskih organa, odnosno učestvuje u uzimanju ljudskih organa od umrlog lica kod koga nije dijagnostikovana i utvrđena moždana smrt na način i u skladu sa ovim zakonom, kazniće se zatvorom od dve do deset godina.“

⁴⁶ Član 388 Krivičnog zakonika (*Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019). „Ko silom ili pretnjom, dovođenjem u zabludu ili održavanjem u zabludi, zloupotrebom ovlašćenja, poverenja, odnosa zavisnosti, teških prilika drugog, zadržavanjem ličnih isprava ili davanjem ili primanjem novca ili druge koristi, vrbuje, prevozi, prebacuje, predaje, prodaje, kupuje, posreduje u prodaji, sakriva ili drži drugo lice, a u cilju uspostavljanja ropskog ili njemu sličnog odnosa, radi oduzimanja organa ili dela tela, kazniće se zatvorom od tri do dvanaest godina.“

kvalifikaciju treba uvek da prati adekvatna i utemeljena argumentacija. Ostaje očekivanje da će objavljivanje obrazloženja sudske odluke nastalu situaciju pravno učiniti jasnijom.

Dr. HAJRIJA MUJOVIĆ
Principal Research Fellow
Institute of Social Sciences
Belgrade

PROBLEMS OF THE REGULATORY FRAMEWORK OF TRANSPLANTATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The state of regulations in the field of transplantation medicine when it comes to the Republic of Serbia has had various developmental stages in the past. The complexity of the matter, which is the subject of primarily legislative work, as well as the peculiarity of the approach to medical law, which was not sufficiently respected, sometimes led to difficulties in practice and inconsistencies in regulations. The moment that is perceived as very current at the moment is the recent decision of the Constitutional Court of Serbia which disputes the provisions of the law that speak of consent to donation *post mortem* when organs, cells and tissues are taken from the body of a deceased donor. views of the problems in the regulatory framework and the consequences that such a decision may have on the practice of transplantation medicine, which is very demanding and vital for the sick population. At the same time, the material regulations in the medical-legal sphere are observed in a short analysis. The procedural aspects of the decision of the RS Constitutional Court are not covered. From the legal point of view, the concluding part also draws attention to the importance of adopting quality legal solutions, as well as the seriousness of legal intervention in the sensitive area of medical practice, which consists of various procedures and acts of transplantation medicine.

Key words: transplantation, presumed consent, legislation, constitutional review

Literatura

- Božinović O., „Više od hiljadu ljudi u Srbiji čeka transplantaciju“, *Seriya Nove ekonomije – Zdravstveni sistem Srbije*, br. 63, Beograd, 2019.
- Čolaković M., „Pravo na odlučivanje o post mortem davanju dijelova tijela za transplantaciju – uporednopravni prikaz“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2011.
- Davidov-Kesar D., „Zašto je zamrlo doniranje organa u Srbiji – Sudbina transplantacije organa u rukama poslanika“, *Dnevni list Politika*, 08.06.2021.
- Draškić M., „Transplantacija u Srbiji – Koji zakon važi?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol. 53, br. 1, Beograd, 2005.

- Guillod O., Dumoulin J. F., *Definition de la mort et prelevement d'organes – Aspects constitutionnels, collaborateur scientifique*, The Institute of Health Law, Faculty of Law Collection no. 1 of the University of Neuchâtel, 1999.
- Klajn-Tatić V., „Neka medicinska, etička i pravna pitanja koja pokreće doktrina informisanome pristanku pacijenta na medicinsku intervenciju“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 4, Beograd, 1994.
- Krmpotic K., Isenor C., Beed S. „Deceased organ donation in Nova Scotia: presumed consent and system transformation“, *Health Manage Forum*, vol. 33, br. 5, California: Sage, 2020.
- Lederer S. E., *Flesh and Blood – Organ Transplantation and Blood Transfusion in 20th Century America*, Oxford University Press, 2008.
- Mujović Zornić H., „Donacija i transplantacija organa“, 2013, <http://www.ius.bg.ac.rs> › prof › materijali › dramar.
- Mujović H., „Pravna pitanja pretpostavljenog pristanka pacijenta“, *Aktuelnosti Medicinskog prava – teorija, praksa i zakonodavstvo* (ur. Hajrija Mujović), Institut društvenih nauka, Beograd, 2019.
- Neft H., „Reform des Transplantationsgesetzes – Weichenstellung für eine bessere Patientenversorgung?“, *Medizinrecht*, br. 31, Haidelberg, 2013.
- Radišić J., *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd 2008.
- Rouet M., *Post-mortem organ donation: your consent is presumed*, L'Agence de la biomédecine, Saint-Denis La Plaine, <https://leparticulier.lefigaro.fr/article/don-d-organes-post-mortem-votre-consentement-est-presume>.
- Rudge C. J., „Editorials Organ donation: opting in or opting out?“, *British Journal of General Practice*, National Clinical Director for Transplantation 2008 – 2011, Royal London Hospital, February 2018. <https://doi.org/10.3399/bjgp18X694445>.
- Tennankore K., Klarenbach S., Goldberg A., „Perspectives on Opt-Out Versus Opt-In Legislation for Deceased Organ Donation: An Opinion Piece“, *Canadian Journal of Kidney Health and Disease* no. 8, Ottawa, 2021.
- Vlaisavljević Ž., Janković S., Čulafić Đ., Petrović D., „Transplantacija kroz vekove“, *Medicinski časopis*, br. 2, Kragujevac, 2015.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 30.09.2021.

Prihvaćen: 20.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

SOFIJA NIKOLIĆ POPADIĆ
MARKO MILENKOVIĆ

UVOĐENJE MERA ZA ZAŠTITU JAVNOG ZDRAVLJA STANOVNIŠTVA TOKOM PANDEMIJE KOVID 19

Pandemija kovida 19 je otvorila brojna pitanja u vezi sa zaštitom javnog zdravlja stanovništva. Države širom sveta, uključujući sve evropske demokratije, našle su se pred različitim izazovima. Bilo je potrebno preduzeti odgovarajuće mere kako bi se zaustavilo širenje virusa, što je istovremeno dovelo u pitanje mogućnost ostvarenja pojedinih (osnovnih) ljudskih prava. U članku je fokus na modalitetima uvođenja mera u prvim nedeljama nakon proglašenja pandemije. Analizira se kako osnov za njihovo donošenje u Srbiji, tako i komparativni primeri različitih država članica Evropske unije. Pored iskorišćenog modaliteta uvođenja vanrednog stanja razmatra se i zakonom predviđeni model vanredne situacije.

Ključne reči: pandemija kovid 19, zaštita javnog zdravlja, vanredno stanje, vanredna situacija, mere zaštite

U V O D

Pojava bolesti izazvane novim koronavirusom i širenje SARS-CoV-2 (u daljem tekstu kovid 19) tokom januara 2020. godine izvan granica Narodne Republike Kine, gde je prvobitno registrovan u decembru 2019. godine,¹ zahtevalo je

Dr Sofija Nikolić Popadić, naučni saradnik, Institut društvenih nauka, Beograd, e-mail: snikolic@idn.org.rs.

Dr Marko Milenković, viši naučni saradnik, Institut društvenih nauka, Beograd, e-mail: mmilenkovic@idn.org.rs.

¹ World Health Organization, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>, 3. 9. 2021.

značajnije delovanje Svetske zdravstvene organizacije (SZO). U skladu sa Međunarodnim zdravstvenim pravilnikom (*International Health Regulations*), ukoliko generalni direktor SZO smatra da postoji rizik za javno zdravlje od međunarodnog značaja, on u konsultaciji sa državom na čijoj teritoriji je registrovan događaj (slučaj), zahteva mišljenje Komisije za hitne slučajeve.² Prvi sastanak Komisije za hitne slučajeve povodom novog koronavirusa održan je 22. januara 2020. godine. Tada je zaključeno da događaj ne predstavlja rizik za javno zdravlje od međunarodnog značaja.³ Međutim, već na narednom sastanku, 30. januara 2020. godine članovi Komisije su se saglasili da su ispunjeni uslovi za proglašenje rizika za javno zdravlje od međunarodnog značaja, što je generalni direktor SZO istog dana i učinio.⁴ Tokom nedelja koje su usledile, širenje virusa se nastavilo, obuhvatajući sve veći broj država i SZO je 11. marta 2020. godine proglasila pandemiju.⁵ Izdate su različite preporuke od strane SZO u vezi sa pandemijom kovida 19, posebno povodom masovnih okupljanja,⁶ putovanja, smernice za preduzeća i poslodavce,⁷ za škole⁸ itd.

Pandemija kovida 19 je otvorila brojna pitanja u vezi sa zaštitom javnog zdravlja stanovništva. Države su se našle pred različitim izazovima. Bilo je potrebno preduzeti odgovarajuće mere kako bi se zaustavilo širenje virusa, što je istovremeno

² World Health Organization, *International Health Regulations*, 2005, Art. 12.

³ World Health Organization, *Statement on the first meeting of the International Health Regulations (2005). Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, [https://www.who.int/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)), 3. 9. 2021.

⁴ World Health Organization, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005). Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, [https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)), 3. 9. 2021; World Health Organization, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>, 3. 9. 2021.

⁵ World Health Organization, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>, 3. 9. 2021.

⁶ Detaljnije v. World Health Organization, *Key planning recommendations for mass gatherings in the context of COVID-19, Interim guidance*, 29 May 2020, <https://www.who.int/publications/i/item/10665-332235://www.who.int/publications/i/item/10665-332235>, 4. 9. 2021.

⁷ World Health Organization, *Getting your workplace ready for COVID-19*, 3 March 2020, https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/getting-workplace-ready-for-covid-19.pdf?sfvrsn=359a81e7_6_4_9_2021.

⁸ UNICEF, World Health Organization, International Federation of Red Cross, *Key Messages and Actions for COVID-19 Prevention and Control in Schools*, March 2020, https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/key-messages-and-actions-for-covid-19-prevention-and-control-in-schools-march-2020.pdf?sfvrsn=baf81d52_4_4_9_2021.

dovelo u pitanje mogućnost ostvarenja pojedinih (osnovnih) ljudskih prava. Nedovoljna informacija o novom virusu i težnja za zaštitom zdravlja stanovništva uticali su na različite reakcije vlada. U trenutku pisanja rada, i pored značajnih znanja o samom virusu, njegovom prenošenju, načinu tretmana i postojanju vakcina, epidemiološka situacija nalaže primenu niza mera za zaštitu javnog zdravlja u kontekstu pandemije kovida 19, i one su na snazi u gotovo svim državama Evrope, uključujući i Republiku Srbiju. U članku je fokus na modalitetima uvođenja mera u prvim nedeljama nakon proglašenja pandemije. Analizira se kako osnov za njihovo donošenje u Srbiji, tako i komparativni primeri u državama članicama Evropske unije. Imajući u vidu da je pristupanje Evropskoj uniji glavni strateški prioritet Srbije, uočava se potreba za širim sagledavanjem procesa upravljanja krizom izazvanom pandemijom kovida 19 i komparacijom sa (razvijenijim) državama članicama EU. Zbog ograničenosti prostora, težište rada je na samom osnovu uvođenja mera radi odgovora na krizu, dok su pojedinačne mere i njihova priroda van fokusa analize.⁹ U ovom radu su predstavljeni početni rezultati istraživanja o komparativnim modelima odgovora na vanrednu zdravstvenu situaciju i izneti zaključci u vezi sa pronalaženjem adekvatnog modela za upravljanje krizom u našem kontekstu.

UVOĐENJE MERA ZA ZAŠTITU JAVNOG ZDRAVLJA STANOVNIŠTVA TOKOM PANDEMIJE KOVIDA 19 U DRŽAVAMA ČLANICAMA EVROPSKE UNIJE

Pojava kovida 19 i proglašenje pandemije stavilo je javnozdravstvenu politiku EU u žižu interesovanja, demonstrirajući ujedno brojne slabosti upravljanja, a na samom početku krize u periodu januar–april 2020. godine pokazala je i kakve posledice može da ima slaba koordinacija između država članica i EU.¹⁰ Kako ističu Grir i Džarman kovid 19 kriza „nije samo dovela do jačanja javnog zdravlja u EU, već je i pokazala da je EU jedan od političkih sistema u kojima su pravni i birokratski domeni javnog zdravlja znatno manji u odnosu na probleme koji utiču na javno zdravlje“.¹¹ Podela nadležnosti između Evropske unije i država članica se,

⁹ Za preliminarnu analizu mera u Srbiji v. Marko Milenković, „Responses to the Covid-19 Crisis in Serbia“, *Percorsi costituzionali*, No 2/2019, 2020, Roma, 443–470.

¹⁰ Za detaljnu analizu v. Marta Sjeničić, Marko Milenković, „European Union Competences in the Area of Communicable Diseases – Experiences and Lessons Learned from the Covid-19 crisis“, *Serbian Political Thought*, No. 4, 2021. (u štampi).

¹¹ Scott L Greer, Holly Jarman, „What Is EU Public Health and Why? Explaining the Scope and Organization of Public Health in the European Union“, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 46(1).

u skladu sa osnivačkim ugovorima, vrši na ekskluzivne (isključive), podeljene (u koje spada najveći broj oblasti) i koordinativne. U skladu sa članom 6 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, EU u ovim domenima podržava, koordiniše i zamenjuje delovanje država članica.¹² U ovu poslednju grupu nadležnosti spada i zaštita i poboljšanje zdravlja ljudi, odnosno javno zdravlje – oblast koja je u najvećoj meri ostala u nacionalnom domenu članica, a koju države Unije vode u skladu sa svojim ustavnim i kulturnim tradicijama.¹³ To ovu oblast razlikuje od mnogih drugih domena politika i prava EU, ali je imajući u vidu visok stepen integracije, kao i protoka ljudi i roba između članica EU, u većem broju poddomena putem koordinacije članica došlo je do usvajanja komunitarnih propisa, uz postojanje niza programa i inicijativa usmerenih na unapređenje javnog zdravlja na području EU. U skladu sa članom 168 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, predviđeno je da se „prilikom utvrđivanja i sprovođenja svih politika i aktivnosti Unije, obezbeđuje visok nivo zaštite zdravlja ljudi. Delovanje Unije, koje dopunjuje nacionalne politike, usmereno je na poboljšanje javnog zdravlja, sprečavanje fizičkih i mentalnih oboljenja i bolesti i otklanjanje uzroka opasnosti po fizičko i mentalno zdravlje“. Ugovor takođe predviđa borbu protiv velikih opasnosti po zdravlje podsticanjem istraživanja njihovih uzroka, prenošenja i prevencije, kao i informisanje o zdravlju i obrazovanje u oblasti zdravstva, i praćenje ozbiljnih prekograničnih pretnji po zdravlje, rano upozoravanje i njihovo suzbijanje.¹⁴ U pogledu odgovora na krizu na nivou EU uočeni su brojni izazovi¹⁵ i pokrenute inicijative ka formiranju Evropske

¹² Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26. 10. 2012, 47–390, Art. 6; Audrey Lebet, „COVID-19 pandemic and derogation to human rights“, *Journal of Law and the Biosciences*, 2020, 2.

¹³ Detaljnije: Tamara Harvey, „The impacts of European Union law on the health care sector: Institutional overview“, *Eurohealth*, 16(4), 2016, 5–7; Scott L Greer, Tamara K Hervey, Johan P Mackenbach, Martin McKee, „Health in Europe 2 – Health law and policy in the European Union“, *Lancet*, 381, 2013, 1135–1144; Anniek de Ruijter, „European integration in the field of human health“, *Journal of European Integration*, 38(7), 2016, 837–843.

¹⁴ Detaljnije: Marta Sjeničić, Marko Milenković, „Pravne reforme u oblasti javnog zdravlja u okviru pristupanja Republike Srbije Evropskoj uniji – pregled regulatornih standarda“, *Srpski arhiv za celokupno lekarstvo – Serbian Archives of Medicine*, Vol. 147, No. 7–8, 2019, 506–512. Više o usklađivanju zakonodavstva Srbije sa propisima EU u oblasti zaštite stanovništva od zaraznih bolesti v. Marta Sjeničić, Dragan Miljuš, Marko Milenković, „Nacionalni pravni okvir kojim se uređuje oblast zaštite stanovništva od zaraznih bolesti – usaglašenost sa propisima Evropske unije“, *Pravni život*, tom I, br. 9, Beograd, 2016, 321–337.

¹⁵ Za detaljnu analizu v. Marie Gontariuk, Thomas Krafft, Cassandra Rehbock, David Townsend, Loth Van der Auwermeulen, Eva Pilot, „The European Union and Public Health Emergencies: Expert Opinions on the Management of the First Wave of the COVID-19 Pandemic and Suggestions for Future Emergencies“, *Frontiers in Public Health*, Vol. 9, 2021.

zdravstvene unije kao i redefinisanja uloge postojećih agencija EU kako bi se bolje odgovorilo na buduće krize.¹⁶

Strategije koje su države primenjivale na samom početku pandemije razlikovale su se, od veoma liberalnog pristupa,¹⁷ do uvođenja izrazito restriktivnih mera uz ograničenje ljudskih prava. Razlike među državama su postojale i u pogledu propisa koji su služili kao osnov za uvođenje mera za sprečavanje širenja virusa kovida 19. Ustavi 17 država članica EU sadrže odredbe na osnovu kojih je bilo moguće proglasiti vanredno stanje i na taj način pristupiti borbi protiv virusa, uz uvođenje restriktivnih mera.¹⁸ Međutim, samo u 10 država je iskorišćena ta mogućnost. Vanredno stanje je proglašeno u Finskoj, Estoniji, Luksemburgu, Portugalu, Španiji, Češkoj, Slovačkoj, Mađarskoj, Bugarskoj i Rumuniji.¹⁹ Deo država članica je primenjivao zakonom propisane režime zdravstvene i civilne zaštite bez proglašenja vanrednog stanja, a pojedine države su koristile oba pristupa u uvođenju mera za zaštitu zdravlja stanovništva od virusa kovida 19.²⁰ Neke države su primenjivale zakone koji su bili na snazi pre izbijanja pandemije, kao što je to bio slučaj u Finskoj, Estoniji, Letoniji, Litvaniji, Portugalu, Španiji, Holandiji, Nemačkoj, Francuskoj, Češkoj, Slovačkoj, Sloveniji i Kipru.²¹ U Danskoj, Luksemburgu, Poljskoj, Mađarskoj, Hrvatskoj, Bugarskoj, Rumuniji i Malti bilo je potrebno izmeniti

¹⁶ Detaljnije: Marta Sjeničić, Marko Milenković, „European Union Competences in the Area of Communicable Diseases – Experiences and Lessons Learned from the Covid-19 crisis“, *Serbian Political Thought*, No 4, 2021. (u štampi).

¹⁷ Primer liberalnog pristupa bez uvođenja veoma restriktivnih mera za zaštitu javnog zdravlja stanovništva predstavlja model koji je primenjen u Švedskoj. Detaljnije, Evangelia Petridou, „Politics and administration in times of crisis: Explaining the Swedish response to the COVID-19 crisis“, *European Policy Analysis*, 2020, 152–155.

¹⁸ To su: Finska, Estonija, Litvanija, Luksemburg, Portugal, Španija, Malta, Nemačka, Holandija, Češka, Slovačka, Poljska, Slovenija, Bugarska, Rumunija, Mađarska i Hrvatska. Maria Diaz Crego, Silvia Kotanidis, *Members' Research Service, European Parliamentary Research Service, States of emergency in response to the coronavirus crisis, Normative response and parliamentary oversight in EU Member States during the first wave of the pandemic*, European Parliament, European Union, Brussels, 2020, 1, 18–21, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659385/EPRS_STU\(2020\)659385_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659385/EPRS_STU(2020)659385_EN.pdf), 14. 9. 2021.

¹⁹ M. D. Crego et al., op. cit., 1, 21. Detaljnije o odredbama ustava na osnovu kojih je proglašeno vanredno stanje u ovim državama, *European commission for democracy through law (Venice Commission), Interim report on the measures taken in the EU Member States as a result of the COVID-19 crisis and their impact on democracy, the rule of law and fundamental rights*, Adopted by the Venice Commission at its 124th online Plenary Session (8–9 October 2020), Strasbourg 8 October 2020 (CDL-AD(2020)018), 10–13, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)018-e), 14. 9. 2021.

²⁰ Detaljnije, M. D. Crego et al., op. cit., 1, 24–25.

²¹ *Ibidem*, 1.

postojeće propise u skladu sa novim okolnostima kako bi bile uvedene neophodne mere.²² U nekim državama su inicijalne mere donete na osnovu postojećih zakona, ali su ubrzo nakon toga usledile izmene ili su usvojeni potpuno novi propisi. Prime- re možemo naći u Nemačkoj, u kojoj je osnov za uvođenje mera za sprečavanje ši- renja virusa predstavljao Zakon o sprečavanju i suzbijanju zaraznih bolesti kod ljudi (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen*) iz 2000. godine.²³ Međutim, već krajem marta zakon je izmenjen, čime je, između ostalog, omogućeno proglašenje epidemije od nacionalnog značaja, proširenje nad- ležnosti ministra zdravlja na federalnom nivou i dr.²⁴ Francuska je takođe jedna od država u kojoj je na početku pandemije primenjen postojeći propis – Kodeks javnog zdravlja (*Code de la santé publique*), ali je ubrzo donet novi zakon – Zakon o vanred- nim situacijama br. 2020-290 koji se bavi epidemijom kovida 19.²⁵

Razlike u pristupu i osnovama za uvođenje mera za sprečavanje širenja virusa odslikavaju i spremnost pravnih sistema država članica Evropske unije da odgovore na izazove kao što je pandemija. Uvođenje mera za zaštitu javnog zdravlja stanov- ništva, kao što su ograničenje kretanja, policijski čas, restrikcije rada preduzeća u ra- zličitim sektorima, zabrana održavanja skupova i manifestacija, restrikcija putovanja, karantin, izolacija, mere socijalnog distanciranja i sl., bili su u većini država način da se utiče na smanjenje prenošenja virusa. Primena tih mera je uticala na ograničenje ljudskih prava, ali i na stanje demokratije u pojedinim državama. Evropski parlament je, imajući u vidu stanje u državama članicama u prethodnom periodu, u novembru 2020. godine usvojio *Rezoluciju o uticaju mera COVID-19 na demokratiju, vladavinu prava i osnovna prava (European Parliament resolution of 13 November 2020 on the impact of COVID-19 measures on democracy, the rule of law and fundamental rights)*.²⁶ Istaknuto je da „čak i u vanrednom stanju, moraju prevladati temeljni principi

²² *Ibidem*.

²³ Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (In- fektionsschutzgesetz – IfSG) vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045). Zakon je stupio na snagu 1. januara 2001. godine.

²⁴ Detaljnije, Anna-Bettina Kaiser, Roman Hensel, „Federal Republic of Germany: Legal Res- ponse to Covid-19“, *Oxford Constitutional Law*, 2020; Angelo Jr Golia, Laura Hering, Carolyn Moser, Tom Sparks, *Constitutions and Contagion. European Constitutional Systems and the COVID-19 Pan- demic*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Pa- per, No. 42/2020, 23.

²⁵ LOI No. 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. De- taljnije o osnovima za uvođenje mera u Francuskoj v. A. Jr Golia, L. Hering, C. Moser, T. Sparks, op. cit., 16 i dalje, 23.

²⁶ European Parliament resolution of 13 November 2020 on the impact of COVID-19 mea- sures on democracy, the rule of law and fundamental rights (2020/2790(RSP)).

vladavine prava, demokratije i poštovanja osnovnih prava, te da sve hitne mere, odstupanja i ograničenja podležu pod tri opšta uslova nužnost, proporcionalnost u užem smislu i privremenost, uslovi koji su se redovno primenjivali i tumačili u sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, Suda pravde EU i različitih ustavnih (i drugih) sudova država članica.²⁷ Države članice su, između ostalog, pozvane da razmotre mogućnost izlaska iz vanrednog stanja, odnosno smanjenja njegovog uticaja na demokratiju, vladavinu prava i osnovna prava.²⁸

Može se zaključiti da su države imale različite pristupe upravljanju i odgovoru na zdravstvenu krizu, ali su kod svih bili zastupljeni različiti modaliteti restrikcija svakodnevnog života u cilju zaštite javnog zdravlja. Način na koji je to urađeno zavisio je od ustavnih i upravnih tradicija svake od zemalja, uz široko korišćenje vanrednih ovlašćenja i uvođenje vanrednih režima koji korespondiraju vanrednoj situaciji ili vanrednom stanju u srpskom pravu.

UVOĐENJE MERA ZA ZAŠTITU JAVNOG ZDRAVLJA STANOVNIŠTVA TOKOM PANDEMIIJE KOVIDA 19 U REPUBLICI SRBIJI

U ovom odeljku analiziramo proglašenje Ustavom predviđenog vanrednog stanja kao odgovora na zdravstvenu krizu u Srbiji, naspram drugih raspoloživih sredstava za upravljanje krizom – prevashodno uvođenja vanredne situacije u skladu s relevantnim zakonodavstvom.²⁹ Prvi slučaj infekcije SARS-COV 2 virusom u Srbiji zabeležen je 6. marta 2020,³⁰ pet dana pre proglašenja pandemije od strane SZO. U kontekstu nespemnosti, poput većine država, za odgovor na zdravstvenu krizu donesena je Odluka o proglašenju vanrednog stanja 15. marta,³¹ uz značajna ograničenja ljudskih prava,³² dok je epidemija zarazne bolesti kovid 19 u Srbiji proglašena tek 19. marta 2020. godine.³³

²⁷ European Parliament resolution of 13 November 2020 on the impact of COVID-19 measures on democracy, the rule of law and fundamental rights, 1.

²⁸ European Parliament resolution of 13 November 2020 on the impact of COVID-19 measures on democracy, the rule of law and fundamental rights, 4.

²⁹ Pitanjem osnova za odgovor na zdravstvenu krizu u njenoj inicijalnoj fazi već smo se bavili u: Sofija Nikolić Popadić, Marko Milenković, Marta Sjeničić, „The COVID-19 Epidemic in Serbia – the Challenges of Finding an Appropriate Basis for responding to a Health Crisis“, *Medicine, Law & Society*, No. 2/2021. (u štampi).

³⁰ Detaljnije o porastu broja novih slučajeva zaraze kovidom 19 tokom 2020. godine v. S. Nikolić Popadić, M. Milenković, M. Sjeničić, op. cit.

³¹ Odluka o proglašenju vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS*, br. 29/2020.

³² Više, M. Milenković (2020), op. cit.

³³ Naredba o proglašenju epidemije zarazne bolesti COVID-19, *Službeni glasnik RS*, br. 37/2020.

Članom 200 Ustava Republike Srbije propisana je mogućnost proglašenja vanrednog stanja od strane Narodne skupštine „kada javna opasnost ugrožava opstanak države ili građana.“³⁴ Istim članom je trajanje vanrednog stanja ograničeno na 90 dana uz mogućnost da većina od ukupnog broja narodnih poslanika produži njegovo trajanje za još 90 dana. Članom 200 je izričito predviđeno da prilikom proglašenja vanrednog stanja Narodna skupština može propisati mere koje će predvideti odstupanja od ljudskih i manjinskih prava zajemčenih Ustavom. U slučaju da Narodna skupština ne može da se sastane, odluku o proglašenju vanrednog stanja donose predsednik Republike zajedno sa predsednikom Narodne skupštine i predsednikom Vlade, pod istim uslovima kao što to čini Narodna skupština. U takvim slučajevima Narodna skupština mora tu odluku da verifikuje u roku od 48 sati od donošenja, odnosno čim bude bila u mogućnosti da se sastane.³⁵ Ukoliko Narodna skupština ne verifikuje ovu odluku, ona prestaje da važi po završetku prve sednice Narodne skupštine održane nakon proglašenja vanrednog stanja. U slučaju nemogućnosti zasedanja Narodne skupštine, ta odstupanja može uredbom da propiše Vlada uz supotpis predsednika Republike, uz ograničenje trajanja od 90 dana. Kao što je slučaj sa proglašenjem vanrednog stanja u takvim okolnostima, Vlada je dužna da relevantnu uredbu dostavi Narodnoj skupštini u roku od 48 sati, odnosno čim Narodna skupština bude u poziciji da se sastane.³⁶ Ove mere koje predviđaju odstupanja prestaju da budu na snazi 24 sata od početka prve sednice Narodne skupštine održane nakon proglašenja vanrednog stanja. Drugi, „vanredni“ modalitet proglašenja vanrednog stanja odabran je u večeri 15. marta 2020. godine. Osim (potencijalnog) zdravstvenog rizika koji bi sazivanje Narodne skupštine predstavljalo za narodne poslanike, i uz postojanje Naredbe ministra zdravlja kojim se zabranjuje okupljanje više od 50 ljudi a čija je primenljivost na rad parlamenta upitna, zvaničnici nisu obrazložili detaljnije u samoj odluci o proglašenju vanrednog stanja zašto se pribeglo ovom načinu proglašenja. Dodatnu dilemu izaziva činjenica da je tek 19. marta proglašena epidemija zarazne bolesti kovida 19.

Članom 202 Ustava Republike Srbije predviđena su odstupanja od ljudskih i manjinskih prava u vanrednom ili ratnom stanju i predviđeno je da će, nakon njihovog proglašenja, svako takvo odstupanje od Ustavom zagarantovanih prava biti dozvoljeno „samo u obimu u kojem je to neophodno“.³⁷ Ustav Srbije predviđa

³⁴ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, čl. 200.

³⁵ Ustav Republike Srbije, čl. 200.

³⁶ Ustav Republike Srbije, čl. 200.

³⁷ Ustav Republike Srbije, čl. 202.

sedamnaest prava koja ne mogu biti derogirana, uključujući pravo na pravično suđenje, pravo na dostojanstvo i slobodu veroispovesti. Međutim, prava koja se mogu ograničiti jesu prava na slobodu i sloboda kretanja koje su u velikoj meri bile ograničene tokom trajanja vanrednog stanja. Iako same mere i njihova priroda nisu direktan predmet analize važno je istaći da su ove izrazito restriktivne mere uključivale potpunu zabranu kretanja građanima starijim od 65 godina u naseljima sa preko 5.000 stanovnika (i preko 70 u manjim naseljenim mestima), policijski čas na čitavoj teritoriji države svakog dana tokom 12 sati, uključujući potpunu zabranu napuštanja stanova tokom vikenda, i prinudne hospitalizacije čak i za asimptomatske nosioce virusa itd.³⁸ Vanredno stanje je ukinuto nakon 53 dana odlukom Narodne skupštine, značajno pre isteka ustavom propisanog roka od 90 dana, čime su i prestale izrazito restriktivne mere uvedene u prvom talasu epidemije.³⁹

Pored proglašenja vanrednog stanja, propisi Republike Srbije koji su bili na snazi na početku pandemije pružali su mogućnost i da bude proglašena vanredna situacija. Naime, *Zakonom o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama* iz 2018. godine, propisano je: „Vanredna situacija se proglašava kada su rizici i pretnje ili nastale posledice katastrofe po stanovništvo, materijalna i kulturna dobra ili životnu sredinu takvog obima i intenziteta da njihov nastanak ili posledice nije moguće sprečiti ili otkloniti redovnim delovanjem nadležnih organa i službi, zbog čega je za njihovo ublažavanje i otklanjanje neophodno upotrebiti posebne mere, dodatne snage i sredstva uz pojačan režim rada.“⁴⁰ Pod elementarnom nepogodom koja može biti uzrok za proglašenja vanredne situacije podrazumevaju se, između ostalog, i pandemija i epidemija zaraznih bolesti.⁴¹ Dakle, epidemija odnosno pandemija mogu biti jedan od razloga za proglašenje vanredne situacije. Proglašenje vanredne situacije na teritoriji cele države⁴² u nadležnosti je Vlade, koja to može učiniti na predlog Republičkog štaba za vanredne situacije.⁴³

³⁸ Više, M. Milenković (2020).

³⁹ Odluka o ukidanju vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS*, br.65/2020.

⁴⁰ Zakon o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018, čl. 38.

⁴¹ Zakon o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama, čl. 2(2).

⁴² „Vanredna situacija za teritoriju Republike Srbije proglašava se kada postoji neposredna opasnost koja će zahvatiti, ili je već zahvatila najmanje dve jedinice lokalne samouprave, a procena je takva da će se opasnost ili njene posledice širiti i da se svi kapaciteti Republike Srbije moraju angažovati za sprečavanje, otklanjanje, odnosno ublažavanje posledica.“ Zakon o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama, čl. 39. Imajući u vidu rizik i brzinu kojom se širio kovid 19, vanredna situacija, u slučaju da je bila proglašena, trebalo bi da obuhvata celu teritoriju države.

⁴³ Zakon o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama, čl. 39.

U slučaju da Republički štab za vanredne situacije ne uputi predlog Vladi, a postoje uslovi za proglašenje vanredne situacije, Vlada to može učiniti na predlog Ministarstva unutrašnjih poslova.⁴⁴ Međutim, na početku pandemije u Srbiji nisu primenjene odredbe ovog zakona, već se pošlo drugim putem i proglašeno je vanredno stanje, o čemu je prethodno bilo reči.

Uvođenje mera za borbu protiv širenja virusa kovida 19 bilo je moguće u skladu sa *Zakonom o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti* iz 2016. godine. Prema odredbama ovog zakona, koje su bile na snazi u martu 2020. godine u trenutku izbijanja pandemije, ukoliko postoji opasnost od zarazne bolesti koja može ugroziti stanovništvo u većoj meri, Vlada ima mogućnost da na predlog ministra nadležnog za poslove zdravlja takvu bolest proglasi „zaraznom bolešću čije je sprečavanje i suzbijanje od interesa za Republiku Srbiju, kao i odrediti odgovarajuće mere, uslove, način sprovođenja, izvršioce i sredstva za sprovođenje“.⁴⁵ Vlada Republike Srbije je 10. marta 2020. godine donela Odluku o proglašenju bolesti COVID-19 izazvane virusom SARS-CoV-2 zaraznom bolešću.⁴⁶ Osim preporuke u pogledu putovanja u druge zemlje i ograničenja ulaska lica iz država koje su predstavljale žarište epidemije, ovom odlukom nisu određene konkretne mere za sprečavanje širenja virusa, već je previđeno da će se „radi sprečavanja pojave, širenja i suzbijanja zarazne bolesti COVID-19 i zaštite stanovništva od te bolesti,“ primenjivati mere koje su propisane *Zakonom o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti*, *Zakonom o zdravstvenoj zaštiti*, *Zakonom o javnom zdravlju*, „kao i druge mere koje priroda te bolesti nalaže u skladu sa epidemiološkom situacijom“.⁴⁷ Ova odluka je tokom 2020. godine više puta menjana uz određivanje konkretnih mera posebno u vezi sa testiranjem lica, ulaskom lica na teritoriju Republike Srbije iz inostranstva, merama izolacije i karantina itd.⁴⁸ Nakon proglašenja kovida 19 zaraznom bolešću, mogle su biti primenjene i druge odredbe Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti. U skladu sa članom 6 ovog zakona, ministar zdravlja naredbom proglašava epidemiju zarazne bolesti od većeg epidemiološkog značaja ili opasnost od epidemije zarazne bolesti, a to čini na predlog

⁴⁴ Zakon o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama, čl. 40. Detaljnije o proglašenju varedne situacije v. S. Nikolić Popadić, M. Milenković, M. Sjeničić, op. cit.

⁴⁵ Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službeni glasnik RS*, br. 15/2016, čl. 6. st. 1.

⁴⁶ Odluka o proglašenju bolesti COVID-19 izazvane virusom SARS-CoV-2 zaraznom bolešću, *Službeni glasnik RS*, br. 23/2020.

⁴⁷ Odluka o proglašenju bolesti COVID-19 izazvane virusom SARS-CoV-2 zaraznom bolešću, 2.

⁴⁸ Odluka o proglašenju bolesti COVID-19 izazvane virusom SARS-CoV-2 zaraznom bolešću je poslednji put izmenjena 16. septembra 2020. godine.

Republičke stručne komisije za zaštitu stanovništva od zaraznih bolesti i Zavoda za javno zdravlje osnovanog za teritoriju Republike Srbije.⁴⁹ Ministar zdravlja je 19. marta 2020. godine doneo Naredbu o proglašenju epidemije zarazne bolesti COVID-19.⁵⁰ Zakonom je predviđeno da ministar naređuje i mere koje se moraju sprovesti u tom slučaju, način njihovog sprovođenja, kao i sredstva koja su potrebna za sprovođenje.⁵¹ U trenutku izbijanja pandemije kovida 19 Zakonom o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti bilo je propisano da u slučaju vanrednih situacija u koje, između ostalog, spada i pojava epidemije zarazne bolesti, kao i pojava nove ili nedovoljno poznate zarazne bolesti koja može da ugrozi zdravlje i život ljudi i kada postoji opasnost za masovno širenje zarzne bolesti moguće je: „1) organizovanje, planiranje i obezbeđivanje sprovođenja mera sprečavanja i suzbijanja zaraznih bolesti; 2) brza epidemiološka procena u cilju hitnog preduzimanja neposrednih mera zaštite stanovništva; 3) epidemiološki nadzor u vanrednoj situaciji, uvođenjem sistema ranog upozoravanja...; 4) prevoz, izolacija i karantin⁵² ako postoji indikacija; 5) aktiviranje sistema komunikacije u vanrednom stanju; 6) obavezno učešće zdravstvenih ustanova, privatne prakse, preduzetnika i građana u suzbijanju rizika za javno zdravlje i korišćenje određenih objekata, opreme i prevoznih sredstava radi sprečavanja i suzbijanja prenošenja zaraznih bolesti, a na osnovu naredbe ministra.“⁵³ Na predlog Republičke stručne komisije za zaštitu stanovništva od zaraznih bolesti i Zavoda za javno zdravlje osnovanog za teritoriju Republike Srbije ministar zdravlja može da naredi: „a) zabranu okupljanja na javnim mestima; b) ograničenje kretanja stanovništva u području zahvaćenom vanrednom situacijom; v) zabranu ili ograničenje putovanja;

⁴⁹ Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, čl. 6, st. 2.

⁵⁰ Naredba o proglašenju epidemije zarazne bolesti COVID-19, *Službeni glasnik RS*, br. 37/2020. U skladu sa članom 6 Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti nakon proglašenja epidemije zarazne bolesti ili opasnosti od nje, „ili ako je opasnost od epidemije ili pandemije zarazne bolesti proglasila Svetska zdravstvena organizacija (SZO), Vlada na predlog ministra utvrđuje potrebu Republike Srbije za nabavkom roba, usluga i radova u cilju sprečavanja i suzbijanja te zarazne bolesti“.

⁵¹ Predlog mera koje se moraju sprovesti, način njihovog sprovođenja i potrebna sredstva određeni su u predlogu za proglašenje pojave epidemije zarazne bolesti od većeg epidemiološkog značaja koji ministru zdravlja dostavljaju Republička stručna komisija za zaštitu stanovništva od zaraznih bolesti i Zavod za javno zdravlje osnovan za teritoriju Republike Srbije. Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, čl. 50.

⁵² Detaljnije o uvođenju karantina v. Hajrija Mujović, „Javnozdravstveni propisi i pravni limiti karantina“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, tom I, Beograd, 2020.

⁵³ Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, čl. 51.

g) zabranu ili ograničenje prometa pojedinih vrsta robe i proizvoda; d) vanrednu vakcinaciju.⁵⁴ Pored toga, kako bi se sprečilo unošenje zaraznih bolesti u državu i njihovo prenošenje u druge države moguće je narediti: „1) zabranu putovanja u zemlju u kojoj vlada epidemija zarazne bolesti; 2) zabranu kretanja stanovništva, odnosno ograničenje kretanja stanovništva u području zahvaćenom određenom zaraznom bolešću, odnosno epidemijom te zarazne bolesti; 3) zabranu ili ograničenje prometa pojedinih vrsta robe i proizvoda; 4) obavezno učešće zdravstvenih ustanova, drugih oblika obavljanja zdravstvene delatnosti, drugih pravnih lica, preduzetnika i građana u suzbijanju zarazne bolesti i korišćenju određenih objekata, opreme i prevoznih sredstava radi suzbijanja zaraznih bolesti.“⁵⁵ Možemo zaključiti da su odredbe Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti koje su važile u trenutku izbijanja pandemije kovida 19 pružale osnovu za uvođenje širokog dijapazona mera u borbi protiv širenja virusa. Kao što smo videli u uporednoj analizi na početku ovog rada, nisu sve države imale propis kojim je regulisano uvođenje mera za zaštitu stanovništva od zarazne bolesti koje su mogle biti primenjene na samom početku pandemije. U tom pogledu se Srbija našla u relativno povoljnom položaju sa mogućnošću primene postojećih propisa. Međutim, odredbama Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti nisu potpuno precizno određene konkretne mere, odnosno način njihove primene, i one su podložne različitim interpretacijama, kao što je to slučaj sa terminima zabrana i ograničenje koji su upotrebljeni u zakonu, ali nije precizirano njihovo značenje.⁵⁶ Pored toga bilo je potrebno regulisati uvođenje i drugih mera kako bi se adekvatno pristupilo specifičnostima borbe protiv širenja kovida 19.

ZAKLJUČNE NAPOMENE

Preliminarna analiza osnova za uvođenje mera za zaštitu javnog zdravlja ukazuje na raznovrsnost rešenja kojima su pribegavale različite države članice EU. Ipak, kod svih su bili zastupljeni različiti modaliteti restrikcija svakodnevnog života u cilju zaštite javnog zdravlja. Način na koji je to urađeno zavisio je od ustavnih i upravnih tradicija svake od zemalja, uz široko korišćenje vanrednih ovlašćenja i uvođenje vanrednih režima koji korespondiraju vanrednoj situaciji ili vanrednom stanju u srpskom pravu. Početni, veoma strog sistem ograničenja u Republici Srbiji zasnovan na proglašenju vanrednog stanja, može se smatrati jednim od

⁵⁴ Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, čl. 52.

⁵⁵ Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, čl. 53.

⁵⁶ S. Nikolić Popadić, M. Milenković, M. Sjenčić, op. cit.

najrestriktivnijih u Evropi. S obzirom na značajna ograničenja ljudskih prava i potrebu traganja za balansom između zaštite javnog zdravlja i ograničenja individualnih sloboda, relevantna evropska tela su donela dokumente kojima pozivaju države na ograničenja i srazmernost u donošenju mera za zaštitu javnog zdravlja stanovništva. Imajući u vidu produženo trajanje zdravstvene krize, njenu neizvesnost, kao i potencijalno izbijanje novih sličnih zdravstvenih kriza neophodno je da sistemi budu pripremljeni da na adekvatan način pravno odgovore na izazov pandemija. U tom smislu i naša teorija ali i praksa treba u većoj meri da se posvete razvoju pojma ali i prakse vanredne situacije kao adekvatnog modela i okvira za upravljanje zdravstvenim krizama.

Dr. SOFIJA NIKOLIĆ POPADIĆ
Research Associate
Institute of Social Sciences, Belgrade

Dr. MARKO MILENKOVIĆ
Senior Research Associate
Institute of Social Sciences, Belgrade

INTRODUCTION OF MEASURES FOR THE PROTECTION OF PUBLIC HEALTH DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Summary

The Covid 19 pandemic has raised a number of issues related to the protection of public health. Countries around the world, including all European democracies, have faced various challenges. Appropriate measures had to be taken to stop the spread of the virus, which at the same time questioned the possibility of exercising certain (basic) human rights. The article focuses on the modalities of introducing measures in the first weeks after the declaration of the pandemic. Both the basis for their adoption in Serbia and comparative examples of different EU member states are analyzed. In addition to the used modality of introducing a state of emergency, the statutory model of the emergency situation is considered.

Key words: Covid 19 pandemic, public health protection, state of emergency, emergency situation, protection measures

Literatura

Crego M. D., Kotanidis S., *Members' Research Service, European Parliamentary Research Service, States of emergency in response to the coronavirus crisis, Normative response and parliamentary oversight in EU Member States during the first wave of the pandemic*, European Parliament, European Union, Brussels, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659385/EPRS_STU\(2020\)659385_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659385/EPRS_STU(2020)659385_EN.pdf).

- De Ruijter A., „European integration in the field of human health“, *Journal of European Integration*, 38(7), 2016.
- European commission for democracy through law (Venice Commission), *Interim report on the measures taken in the EU Member States as a result of the COVID-19 crisis and their impact on democracy, the rule of law and fundamental rights*, Adopted by the Venice Commission at its 124th online Plenary Session (8–9 October 2020), Strasbourg 8 October 2020 (CDL-AD(2020)018), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)018-e).
- Golia A. J., Hering L., Moser C., Sparks T., *Constitutions and Contagion. European Constitutional Systems and the COVID-19 Pandemic*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper, No. 2020-42.
- Gontariuk M., Krafft T., Rehbock C., Townsend D., Van der Auwermeulen L., Pilot E., „The European Union and Public Health Emergencies: Expert Opinions on the Management of the First Wave of the COVID-19 Pandemic and Suggestions for Future Emergencies“, *Frontiers in Public Health*, Vol. 9, 2021.
- Greer S. L., Hervey T. K., Mackenbach J. P., McKee M., „Health in Europe 2 – Health law and policy in the European Union“, *Lancet*, 381, 2013.
- Greer S. L., Jarman H., „What Is EU Public Health and Why? Explaining the Scope and Organization of Public Health in the European Union“, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 46(1).
- Harvey T., „The impacts of European Union law on the health care sector: Institutional overview“, *Eurohealth*, 16(4), 2016.
- Kaiser A.B., Hensel R., „Federal Republic of Germany: Legal Response to Covid-19“, *Oxford Constitutional Law*, 2020.
- Lebret A., „COVID-19 pandemic and derogation to human rights“, *Journal of Law and the Biosciences*, 2020.
- Milenković M., „Responses to the Covid-19 Crisis in Serbia“, *Percorsi costituzionali*, No. 2/2019, 2020, Roma.
- Mujović H., „Javnozdravstveni propisi i pravni limiti karantina“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, tom I, Beograd, 2020.
- Nikolić Popadić S., Milenković M., Sjeničić M., „The COVID-19 Epidemic in Serbia – the Challenges of Finding an Appropriate Basis for responding to a Health Crisis“, *Medicine, Law & Society*, 2/2021. (u štampi).
- Petridou E., „Politics and administration in times of crisis: Explaining the Swedish response to the COVID-19 crisis“, *European Policy Analysis*, 2020.
- Sjeničić M., Milenković M., „European Union Competences in the Area of Communicable Diseases – Experiences and Lessons Learned from the COVID-19 crisis“, *Serbian Political Thought*, No. 4, 2021. (u štampi).

Sjeničić M., Milenković M., „Pravne reforme u oblasti javnog zdravlja u okviru pristupanja Republike Srbije Evropskoj Uniji – pregled regulatornih standarda“, *Srpski arhiv za celokupno lekarstvo – Serbian Archives of Medicine*, Vol. 147, No. 7–8, 2019.

Sjeničić M., Miljuš D., Milenković M., „Nacionalni pravni okvir kojim se uređuje oblast zaštite stanovništva od zaraznih bolesti – usaglašenost sa propisima Evropske unije“, *Pravni život*, tom I, br. 9, Beograd, 2016.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 11.10.2021.

Prihvaćen: 28.10.2021.

PREGLEDNI RAD

IVANA STOJANOVIĆ

PATOLOŠKO-ANATOMSKA OBDUKCIJA U DOBA PANDEMIJE COVID-19

Patološko-anatomska obdukcija jedna je od ključnih izvora informacija ne samo kad je potrebno da se otkrije stanje zdravlja umrlog lica i bolesti koje su bile uzrok njegove smrti ili da se otkrije i potvrdi postojanje bolesti koja ima epidemijski karakter u interesu javnog zdravlja, već i jedan od bitnih izvora informacija kada se radi o novim bolestima. U vreme pandemije bolesti COVID-19, koja predstavlja zaraznu bolest, patološko-anatomske obdukcije kod nas iz određenih razloga nisu vršene, te je neposredni uzrok smrti utvrđivala, na osnovu medicinske dokumentacije, posebno formirana komisija, tako da je izostala realizacija njene naučno-istraživačke funkcije. Okolnost da patološko-anatomske obdukcije kod nas nisu vršene nisu uticale na rutinsku dijagnostiku i terapiju obolelih kao i na pružanje neophodne medicinske pomoći obolelim licima, niti su prava ovlašćenih lica da zahtevaju da se izvrši obdukcija bila povređena jer se postupalo u skladu sa propisima koji regulišu postupanje sa umrlim licima obolelim od zaraznih bolesti.

Ključne reči: *patološko-anatomska obdukcija, COVID-19, zarazne bolesti*

U V O D

Patološko-anatomska obdukcija jedan je od ključnih izvora informacija, ne samo kad je potrebno da se otkrije stanje zdravlja umrlog lica i bolesti koje su bile uzrok njegove smrti ili da se otkrije i potvrdi postojanje bolesti koja ima epidemijski

Primarijus dr Ivana Stojanović, specijalista patolog i citopatolog, Klinički centar Niš, e-mail: ivana.stankovic1509@gmail.com.

karakter u interesu javnog zdravlja,¹ već i jedan od bitnih izvora informacija kada se radi o novim bolestima.²

Pravi uzrok smrti jednog lica može da se utvrdi patološko-anatomsom obdukcijom ili autopsijom bez obzira na to da li je ono umrlo prirodnom smrću, kad je dugo bolovalo od različitih bolesti ili je umrlo u toku bolničkog lečenja.³ Patološko-anatomska obdukcija omogućava da se rekonstruiše razvoj bolesti umrlog lica i neposredni uzrok smrti. Isto tako, ona omogućava da se otkriju i eventualne stručne greške nastale u toku lečenja zbog nepotpune ili pogrešne dijagnoze. Patološko-anatomska obdukcija omogućava da se otkrije postojanje bolesti epidemijskog karaktera što je posebno značajno za preduzimanje mera za preventivnu zdravstvenu zaštitu porodice umrlog lica ali i za zaštitu javnog zdravlja.

CILJEVI PATOLOŠKO-ANATOMSKE OBDUKCIJE

Obdukcija, kao metod za utvrđivanje uzroka smrti, ima različite ciljeve. Zavisno od toga u kom cilju se vrši obdukcija i ko je zahtevao da se obdukcijom utvrdi uzrok smrti, razlikuju se patološko-anatomska i sudsko-medicinska obdukcija.

Patološko-anatomska obdukcija vrši se u zdravstvenoj ustanovi (institutu, zavodu) ili u odeljenju za patološku anatomiju odgovarajuće zdravstvene ustanove, a obavlja je doktor medicine – specijalista patološke anatomije. Sudsko-medicinska obdukcija vrši se u specijalizovanoj zdravstvenoj ustanovi koja obavlja poslove iz oblasti sudske medicine, a obavlja je doktor medicine – specijalista sudske medicine. Patološko-anatomska i sudsko-medicinska obdukcija su medicinske procedure koje se razlikuju ne samo po specijalnosti lekara koji ih vrše, već i po tehnici po kojoj se one sprovode, kao i razlozima zbog kojih se preduzimaju.

Patološko-anatomska obdukcija predstavlja redovan metod utvrđivanja uzroka smrti koji se vrši radi otkrivanja oboljenja umrlog lica koje je bilo neposredni uzrok njegove smrti. Patologija, kao posebna grana medicine, razvila je izvanredne metode pregleda i analize obolelog tkiva koje nadmašuju sve poznate

¹ Zakon o javnom zdravlju, (*Službeni glasnik RS*, br. 15/2016) definiše javno zdravlje kao skup znanja, veština i aktivnosti usmerenih na unapređenje zdravlja, sprečavanje i suzbijanje bolesti, produženje i poboljšanje kvaliteta života putem organizovanih mera društva.

² Patologija, kao grana medicine, proučava morfologiju, razvoj, uzroke i posledice promena organa, tkiva i ćelija izazvanih urođenim i stečenim bolestima i slučajnim ili namernim traumatičnim povredama.

³ Ivana Stojanović, „Vrste i značaj postmortalnih procedura“ *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2015, 413.

dijagnostičke metode⁴ jer se vrši makroskopska i mikroskopska analiza organa i tkiva. Patolog donosi konačan zaključak o uzroku smrti i bolestima koje su dovele do nje, kao i o ostalim bolestima od kojih je preminulo lice bolovalo u toku života na osnovu rezultata dobijenih makroskopskom i mikroskopskom analizom. Na osnovu makroskopskog pregleda i rezultata dobijenih mikroskopskim analizama dolazi se do određenih saznanja i izvodi se zaključak o tome da li su uzrok smrti bile komplikacije koje su bile posledica ranijih bolesti i samog zdravstvenog statusa preminulog jer postoje mnogobrojni uzroci smrti koji su klinički neprepoznatljivi i koji mogu da se utvrde samo putem obdukcije s obzirom na to da su dijagnoze koje su postavili lekari-kliničari ponekad i nedovoljno precizne ili nisu definitivne.

Patološko-anatomska obdukcija ima prevashodno kontrolnu funkciju. Ona, pre svega, omogućava redovnu kontrolu rada medicinskih radnika i medicinskih ustanova jer omogućava da se na indirektan način otkriju eventualne stručne greške u lečenju.⁵ Upoređivanjem kliničkih i obdukcionih nalaza može se dobiti pravi uvid u tačnost postavljene lekarske dijagnoze i utvrditi postojanje i obim eventualne lekarske stručne greške.

Pored kontrolne, patološko-anatomska obdukcija ima i preventivne, naučno-istraživačke i pedagoško-edukativne ciljeve. Patološko-anatomskom obdukcijom otkriva se postojanje raznih infektivnih bolesti tako da ona omogućava konstataciju i prevenciju epidemija. Naučno-istraživački ciljevi obdukcije ostvaruju se kroz biopsiju tkiva uzetih u toku obdukcije i publikovanje radova o uočenim bolestima u cilju unapređenja dijagnostičkih, profilaktičkih i terapijskih postupaka i razjašnjavanja uzroka i nastanka bolesti, dok se pedagoško-edukativni ciljevi ostvaruju u procesu medicinskog obrazovanja na različitim nivoima obrazovanja.

VRSTE PATOLOŠKO-ANATOMSKE OBDUKCIJE

Prema odredbama Zakona o zdravstvenoj zaštiti,⁶ patološko-anatomska obdukcija može da bude obavezna i fakultativna.⁷ Obavezna patološko-anatomska

⁴ Tokom obdukcije otvara se telo umrlog lica da bi se izvršila makroskopska analiza organa i tkiva. Iz onih tkiva i organa koji su zahvaćeni bolešću, patolog po posebnoj proceduri uzima tkivne isečke sa leša kao uzorke radi kasnije mikroskopske analize.

⁵ V. Ivana Stojanović, „Lekarska greška i obavezna patološka obdukcija“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2009, 953; Ivana Stojanović, „Obavezna patološka obdukcija kao vid kontrole lekara“, *Srpska pravna misao*, tom 44, Banja Luka, 2011, 105.

⁶ V. član 206. Zakona o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 25/2019.

⁷ O tome, Ivana Stojanović, „Pravo i dužnost utvrđivanja uzroka smrti pacijenta“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2008, 355.

obdukcija vrši se, prema izričitom zakonskom propisu, po službenoj dužnosti radi utvrđivanja uzroka smrti i proveravanja postavljene dijagnoze ili postupka lečenja. Fakultativna patološko-anatomska obdukcija vrši se na zahtev članova uže porodice preminulog lica.

Razlozi zbog kojih se pristupa obaveznoj patološko-anatomskoj obdukciji navedeni su u zakonskim propisima. Obdukcija mora da se izvrši: ako je pacijent umro u zdravstvenoj ustanovi kad nije utvrđen uzrok smrti, ako je lice umrlo pre isteka 24 sata od početka lečenja u stacionarnoj zdravstvenoj ustanovi,⁸ ako je smrt nastupila u toku dijagnostičkog ili terapijskog postupka, kad je novorođenče umrlo u zdravstvenoj ustanovi odmah nakon rođenja ili tokom lečenja,⁹ kada je to od posebnog značaja za zaštitu zdravlja građana ili kada to nalažu epidemiološki ili sanitarni razlozi, kad to zahteva doktor medicine određen za utvrđivanje uzroka smrti koji je u radnom odnosu u opštini, odnosno gradu, i kad to zahteva lekar koji je lečio preminulog pacijenta.

Obavezna patološko-anatomska obdukcija se, prema odredbama Zakona o zdravstvenoj zaštiti Republike Srbije, vrši po službenoj dužnosti iz kontrolnih ili preventivnih razloga, ili na zahtev lekara koji je lečio preminulog pacijenta.¹⁰ Nju može da zatraži i lekar koji utvrđuje smrt lica koje je umrlo van zdravstvene ustanove. Zdravstvena ustanova, bez obzira da li je državna ili privatna, dužna je da obaveznom patološko-anatomskom obdukcijom utvrdi uzrok smrti pacijenta koji je preminuo u zdravstvenoj ustanovi u kojoj se nalazio radi lečenja ili radi pružanja dijagnostičkog ili terapijskog postupka.

Lekar koji je lečio preminulog pacijenta ima pravo da zahteva da se izvrši obdukcija. Zahtev lekara koji je lečio pacijenta ima poseban značaj ukoliko je bio u pitanju timski rad lekara različitih specijalnosti. Timski rad lekara različitih specijalnosti koji je u savremenoj medicinskoj praksi i neophodan i nužan može da prouzrokuje i stručne greške pojedinog lekara u timu koji je obavljao postupke u okviru svoje struke i specijalnosti i koje u toku zajedničkog rada, za života pacijenta, nisu mogle da budu otklonjene. Ukoliko je lekar-patolog bio član stručnog konzilijuma i učestvovao u radu stručnog lekarskog tima koji je lečio pacijenta, i on ima pravo da zahteva da se izvrši obavezna patološka obdukcija iako lekari – specijaliste-patolozi neposredno ne učestvuju u lečenju već samo svojim stručnim znanjem pomažu u postavljanju dijagnoze.

⁸ Obdukcija se obavezno vrši jer je u tom slučaju nepoznat ili nejasan uzrok smrti, kada nije klinički prepoznat osnovni uzrok smrti ili kad nije bila postavljena definitivna dijagnoza.

⁹ Perinatalne obdukcije vrše se kod novorođenčadi i mrtvorodenčadi. Pored toga, rade se i perinatalne autopsije ploda posle petog meseca trudnoće.

¹⁰ Ivana Stojanović, „Obavezna patološka obdukcija kao vid kontrole rada lekara“, *Srpska pravna misao*, br. 44, Banja Luka, 2011, 105.

Lekar koji je lečio umrlog pacijenta ima pravo da zahteva da se izvrši obdukcija i kad kod članova porodice postoji izražena sumnja u ispravno postupanje zdravstvenih radnika u toku lečenja. U takvim situacijama etički razlozi nalažu da sam lekar predloži da se izvrši patološka obdukcija.

Patološko-anatomska obdukcija vrši se fakultativno samo na traženje punoletnih članova uže porodice.¹¹ Supružnik i srodnici iz kruga uže porodice imaju pravo da saznaju za uzrok smrti ukoliko je pacijent preminuo u zdravstvenoj ustanovi koja je na njihov zahtev dužna da obavi obdukciju. Porodica ima pravo da, posle izvršene obavezne obdukcije, bude obavještena o uzroku smrti lica umrlog u zdravstvenoj ustanovi i da neizvesnost u pogledu uzroka smrti ne traje neuobičajeno dugo. Na taj način se, s jedne strane, omogućava srodnicima da ostvare svoja prava, a s druge strane, to nalažu i etički principi.¹²

Osim toga, i kad je vršena obavezna obdukcija po službenoj dužnosti, punoletni članovi porodice preminulog lica, ukoliko sumnjaju da je u toku lečenja došlo do lekarske greške, imaju pravo da zatraže da im se izda arhivski materijal koji sadrži delove tela preminulog lica, koji je u vidu mikroskopskih pločica sa uzorcima tkiva bio korišćen prilikom mikroskopske analize obolelog tkiva, da bi se uputio na kontrolni pregled u druge zdravstvene institucije.

Prema odredbama Pravilnika o načinu i postupku za utvrđivanje vremena i uzroka smrti, za obdukciju leša kao i za postupanje sa odstranjenim delovima ljudskog tela, obdukcija se vrši najranije nakon dvanaest sati od vremena kad je utvrđena smrt. Obdukcija se vrši u obdukcionoj sali, a samo u izuzetnim slučajevima i u drugoj prostoriji u kojoj su obezbeđeni higijenski i sanitarni uslovi.

PANDEMIJA COVID-19 I PATOLOŠKO-ANATOMSKA OBDUKCIJA

Epidemija u vidu teškog akutnog respiratornog sindroma izazvanog koronavirusom SARS-CoV-2,¹³ kao što je poznato, prvi je put objavljena krajem 2019. godine u Kini. Ubrzo je bolest pod nazivom COVID-19¹⁴ počela globalno da se

¹¹ Pod porodicom u smislu člana 225. Zakona o zdravstvenoj zaštiti Republike Srbije podrazumevaju se: supružnici i vanbračni partneri, deca rođena u braku i van braka, usvojitelji i usvojenici, staratelji i štićenici, hranitelji i hranjenici, roditelji i drugi krvni srodnici u pravoj liniji bez obzira na stepen srodstva, kao i krvni srodnici u pobočnoj liniji zaključno sa trećim stepenom srodstva.

¹² Ivana Stojanović, „Pravo srodnika da saznaju za uzrok smrti umrlog pacijenta“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banja Luci*, br. 33, 2011, 299.

¹³ Engleski: „Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus-2“.

¹⁴ Engleski: „Coronavirus Disease 2019, skraćeno COVID-19“.

širi. Svetska zdravstvena organizacija proglasila je marta 2020. godine pandemiju¹⁵ zarazne bolesti COVID-19. Zbog opasnosti po javno zdravlje usled epidemije bolesti COVID-19 izazvane novim korona virusom SARS-CoV-2 u našoj zemlji proglašena je epidemija¹⁶ i radi sprečavanja njenog širenja bilo je uvedeno vanredno stanje 15. marta 2020. godine koje je kasnije ukinuto odlukom Narodne skupštine Republike Srbije 6. maja 2020. godine. Zbog nastale pandemijske situacije i brzog i lakog širenja bolesti i njene ozbiljnosti koja je izazivala masovne smrtne ishode bolest COVID-19 počela je da dominira u svim aspektima globalnog zdravstvenog sistema i da utiče na sve aspekte društvenog života.

Pandemija usled COVID-19 uticala je ne samo na život i rad u novim uslovima, već je uticala i na organizaciju zdravstvene zaštite. U novonastalim uslovima života i rada u vreme važenja propisanih i sprovedenih mera zaštite javnog zdravlja kompletna zdravstvena delatnost, zajedno sa laboratorijskom dijagnostikom, bila je prvenstveno usmerena na adekvatno zbrinjavanje obolelih lica od COVID-19, posebno u vreme vanrednog stanja, i trajala je sve do njegovog ukidanja i popuštanja talasa obolevanja u drugoj fazi epidemije, kada je, posle zatvaranja privremenih kovid-bolnica otpočela normalizacija i ponovno uspostavljanje normalnog rada zdravstvenog sistema u domenu dijagnostičko-terapijskog zbrinjavanja obolelih od drugih bolesti. Pandemija COVID-19 uticala je i na sveukupni rad patohistoloških i citoloških laboratorija mnogih zdravstvenih ustanova kao i na dijagnostiku pojedinih bolesti, posebno najčešćih malignih bolesti.

U cilju sprečavanja, širenja i suzbijanja epidemije¹⁷ preduzimane su u državi različite mere zdravstvene zaštite¹⁸ u mnogim sferama života i društva od kojih su mnoge i dalje na snazi posebno zbog novog talasa modifikovanog soja novog virusa čije širenje preti i pored imunizacije stanovništva.¹⁹

¹⁵ Pandemija spada u jednu od katastrofa jer predstavlja globalnu opasnost po zdravlje stanovništva u svetu zbog širenja nove bolesti na globalnom nivou, bez uticaja ljudskog faktora.

¹⁶ Naredba o proglašenju epidemije zarazne bolesti COVID-19, *Službeni glasnik RS*, br. 37/20.

¹⁷ U epidemijskim uslovima preduzimane su najrazličitije mere zaštite stanovništva koje su se odnosile na rad institucija, preduzeća, uslužnih delatnosti, obrazovnog sistema, lične i javne zaštite.

¹⁸ Mere zdravstvene zaštite su standardni medicinski postupci koji se sprovode u zdravstvenoj zaštiti i predstavljaju standardne medicinske i druge postupke za identifikaciju (dijagnozu) zdravstvenog stanja (zdravstvenih potreba) i za zdravstvene intervencije (modifikaciju toka bolesti i zdravstvenog procesa).

¹⁹ Ministarstvo zdravlja je 1. jula 2021. godine obavestilo građane da je Delta varijanta korona virusa otkrivena u Srbiji kod dva nevakcinisana državljana naše zemlje, koji su se nedavno vratili iz inostranstva.

Dijagnoza bolesti COVID-19 postavlja se rutinski i to laboratorijski, PCR testom,²⁰ koji se, zbog svoje visoke osetljivosti i specifičnosti smatra zlatnim dijagnostičkim standardom, ali i bez nje, na osnovu epidemiološko-kliničkih kriterijuma.

S obzirom na to da patološko-klinička obdukcija predstavlja pouzdan i siguran način za utvrđivanje uzroka smrti kad na osnovu raspoloživih činjenica nije moguće utvrditi uzrok smrti²¹ na samom početku epidemije 3. aprila 2020. godine, pošto se virus SARS-CoV-2 pojavio i kod nas, Institut za javno zdravlje Srbije „Dr Milan Jovanović Batut“ izdao je „*Stručno-metodološko uputstvo za kontrolu unošenja i sprečavanja širenja novog korona virusa SARS-CoV-2 u Republici Srbiji.*“ Ovo uputstvo sadržalo je posebne „Preporuke za sprovođenje autopsije osobe za koju se sumnja da je preminula zbog COVID-19“²² bez obzira na to što se dijagnoza bolesti COVID-19 postavlja rutinski i što je u uslovima epidemije izazvane virusom SARS-CoV-2 kod obolelih lica inficiranih ovim virusom bolest COVID-19 bila neposredni uzrok smrti.

Preporukom Instituta za javno zdravlje Srbije „Dr Milan Jovanović Batut“ bilo je predviđeno da se prilikom sprovođenja obdukcije osobe za koju se sumnja da je preminula zbog bolesti COVID-19, pored primene standardnih mera predostrožnosti, koje se odnose na ličnu zaštitnu opremu medicinskog osoblja i bezbedne uslove u prostorijama u kojima se obdukcija sprovodi, koristi dodatna lična zaštita, ograniči broj osoba u prostoriji u kojoj se vrši obdukcija i izbegavaju procedure koje dovode do stvaranja aerosola da bi se redukovala mogućnost stvaranja čestica i kapljica aerosola. Preporukom je bio predviđen poseban način uzimanje uzoraka za postmortalnu potvrdu COVID-19 i odvajanje uzetih uzoraka za laboratorijsko testiranje na COVID-19 od uzoraka predviđenih za testiranje na druge uzročnike respiratornih infekcija. Isto tako, bio je predviđen način uzimanja, čuvanja i transporta navedenih uzoraka za laboratorijsko ispitivanje na Institutu Torlak, kao referentnoj ustanovi. Institut za javno zdravlje „Batut“ preporučio je da se iz epidemioloških razloga, ali i zbog nedovoljne opremljenosti ustanova, patološko-anatomske obdukcije preminulih od bolesti COVID-19 na klinikama i institutima ne rade iz bezbednosnih razloga po zdravlje medicinskog kadra.²³ Da bi se zaštitili

²⁰ Skraćenica za test polimerazne lančane reakcije.

²¹ Član 204. stav 1 tačka 3 Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

²² Ove preporuke bile su u skladu sa posebnim Uputstvom Svetske zdravstvene organizacije iz 2009. godine koje se odnosilo na posthumno postavljanje dijagnoze prilikom patološko-anatomske obdukcije koje je predviđalo mere predostrožnosti propisane za zarazne bolesti disajnih organa.

²³ Federalna ljekarska komora (FLJK) i Udruženje patologa (UP) iz Federacije Bosne i Hercegovine objavili su 14. aprila 2020. g. saopštenje za javnost u kome su saopštili zaključke vezane za

zdravstveni radnici,²⁴ posebno u nastaloj kriznoj vanrednoj situaciji, preporučeno je da se obdukcija ne vrši ukoliko telo obolelog preminulog pacijenta eventualno stigne na obdukciju, a bilo je utvrđeno u klinici gde je pacijent lečen da je pacijent bio pozitivan na virus SARS-CoV-2.²⁵ Ukoliko je u pogledu lica koje je preminulo van zdravstvene ustanove postojala opravdana sumnja da je zbog simptoma tokom života bilo inficirano novim korona virusom preporučeno je da se nakon smrti uradi PSR test i ukoliko on bude pozitivan da se obdukcija ne vrši, a ako je negativan da se ona obavi.

U početku epidemije, i izvesni zdravstveni rukovodioci u pojedinim zapadnoevropskim državama smatrali su da ne treba vršiti obdukcije „da se ne bi povećao broj zaraženih i zbog delatnosti patologa (obducenta) i njihovih saradnika.“²⁶

U toku pandemije bolesti COVID-19 koju izaziva virus SARS-CoV-2, koja spada u zarazne bolesti²⁷ patološko-anatomske obdukcije, s jedne strane, nisu

rad patologa i mogućnosti vršenja obdukcija pacijenata zaraženih korona virusom. U saopštenju je navedeno da se vršenje patološko-anatomske obdukcije umrlih pacijenata sa suspektom ili dokazanom COVID-19 infekcijom ne preporučuje u vanrednim okolnostima koje diktira ova infekcija i da se ona može raditi izuzetno i to samo u slučajevima nejasnog uzroka smrti u bolnici, kao i u slučajevima suspektim na COVID-19, uz obezbeđenje svih neophodnih uslova za prevenciju i kontrolu infekcije tokom obavljanja takve obdukcije (prema preporukama relevantnih regulatornih tijela, kao što je Svetska zdravstvena organizacija). Odluku za obdukciju u tom slučaju treba da donese multidisciplinarni meritorni konzilijum ustanove u kojoj je osoba umrla, koji će uključivati i patologa.

²⁴ Iako u toku obdukcije leš ne može da kašlje u lice patologu koji vrši obdukciju (kao što bolesnik može lekaru – kliničaru) u toku procesa kliničko-anatomske obdukcije podižu se sitne čestice sa virusom u vis i stvara se mogućnost ne samo širenja aerosola, već nastaje potreba da se posle izvršene obdukcije izvrši kompletna dezinfekcija obdukcione sale da bi se obezbedila zaštita i sigurni naredni radni uslovi. Osim toga, lekar patolog koji vrši obdukciju, i pored zaštitne opreme, može da se ubode ili poseče skalpelom, a izlivenne telesne tečnosti mogu da budu prepune virusa što predstavlja dodatnu opasnost za lekara-patologa kao i njegove saradnike koji manipulišu lešom.

²⁵ Prema podacima koji su do sada poznati u Kini je u toku epidemije bila izvršena samo jedna ograničena obdukcija, kao i da one nisu vršene ni u Italiji koja je bila najviše pogođena epidemijom i izuzetno visokom stopom smrtnosti.

²⁶ V. Vladimir Kanjuh, Snežana Kanjuh, Momir Pušac, „SARS-CoV-2 → COVID-19, Uloga i doprinos patologa u istraživanju etio-patogeneze i pato-morfološkog supstrata bolesti (obdukcija, histopatologija i elektronska mikroskopija) (X interaktivni edukativni kviz); SARS-CoV-2 → COVID-19, The role and contribution of pathologists in the research of etio-pathogenesis and pathomorphological substrate of disease (autopsy, histo-pathology and electron microscopy) (X interactive educational quiz), <https://www.sanu.ac.rs/naucni-rad-odbora-za-kardiovaskularnu-patologiju-sa-nu-o-infekciji-covid-19>, 10.7.2021.

²⁷ Zarazna bolest je bolest izazvana specifičnim uzročnim agensom, koji može da bude patogeni mikroorganizam, njegov toksični produkt ili prion, a koja nastaje kao posledica prenosa agensa ili njegovih toksičnih produkata sa zaražene osobe ili drugog rezervoara na osetljivog domaćina,

mogle da budu vršene jer su one po zakonu isključene,²⁸ mada je članom 206. st. 2. Zakona o zdravstvenoj zaštiti propisano da se obdukcija obavezno vrši kada je to od posebnog značaja za zaštitu zdravlja građana ili kada to nalažu epidemiološki ili sanitarni razlozi. S druge strane, u mnogim zdravstvenim ustanovama nisu bili ispunjeni neophodni uslovi za njeno vršenje u specifičnim epidemijskim uslovima, niti je bilo zahteva ovlašćenih lica da se ona obavlja. Osim toga, medicinski kadar iz instituta i zavoda za patološku anatomiju u epidemijskim uslovima bio je angažovan u lečenju kovid pacijenata na infektivnim klinikama i u privremenim kovid bolnicama.²⁹

Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti sadrži pravila koja predviđaju postupanje sa posmrtnim ostacima umrlih lica preminulih od zaraznih bolesti da bi se sprečilo prenošenje zaraznih bolesti. Prenos i prevoz umrlih lica od zaraznih bolesti, obavlja se na području Republike Srbije na osnovu sprovednice koju izdaje sanitarni inspektor, rešenja na osnovu javne isprave kojom se dokazuje identitet umrlog lica i potvrde o uzroku smrti. Izuzetno, sprovednicu može izdati i doktor medicine koji je konstantovao smrt i prisustvovao opremanju lica umrlog u zdravstvenoj ustanovi, vojnoj jedinici ili jedinici policije.

U toku epidemije koju je izazvala bolest COVID-19 nije bilo potrebno da se vrše patološko-anatomske obdukcije iz nekoliko razloga. Pre svega, nije postojala sumnja da je jedan od uzroka smrti novi korona virus SARS-CoV-2 koji je rutinski dijagnostifikovan kod određenih pacijenata koji su lečeni u izolovanim uslovima da bi se sprečilo dalje širenje bolesti.³⁰ Lekari-kliničari koji su u otežanim uslovima

bilo direktno sa osobe na osobu ili indirektno preko zagađene hrane, vode, predmeta opšte upotrebe, prelaznog domaćina, vektora ili nežive sredine, te razmenom tečnosti koja je kontaminirana uzročnikom zaraze.

²⁸ V. Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službeni glasnik RS*, br. 15/16, 68/20, 136/20.

²⁹ U Izveštaju Agencije za akreditaciju zdravstvenih ustanova iz septembra 2020. godine navedeno je da je u toku proglašene epidemije određen broj zdravstvenih ustanova u većoj ili manjoj meri bio blokiran u pretežnom obavljanju redovnih poslova. V. *Izveštaj o analizi generalnog sistemskog kvaliteta u zdravstvenom sistemu Republike Srbije pre i tokom epidemije zaraznim virusom Covid-19*, br. 297-0-05/2020 od 9.9.2020, <https://www.azus.gov.rs>, 12.7.2021.

³⁰ Posebnom Uredbom kojom su bile predviđene mere za sprečavanje i suzbijanje zarazne bolesti Covid-19 bilo je predviđeno da se lica obolela od zarazne bolesti Covid-19 izoluju i leče u objektima koji su posebno određeni i pripremljeni za izolaciju i lečenje obolelih i da su ona dužna da prihvate izolaciju u za to određenim objektima kao i da se pridržavaju mera i uputstava koje naredi nadležni doktor medicine, odnosno doktor medicine specijalista epidemiologije, a da se ona lica koja se ne pridržavaju naloga doktora medicine po prijavi zdravstvene ustanove prinudno izoluju u prisustvu predstavnika organa uprave nadležnog za unutrašnje poslove.

pružali medicinsku pomoć³¹ obolelim licima u slučaju smrti pacijenta nisu zahtevali da se vrši patološko-anatomska obdukcija jer nije bilo sumnje da je novi virus jedan od uzroka smrti do koje je došlo u zdravstvenoj ustanovi i pored pružene adekvatne medicinske pomoći u skladu sa protokolom lečenja,³² niti je ovlašćeni član porodice zahtevao da se izvrši autopsija jer je bila poznata dijagnoza, a s druge strane, novi korona virus je dovodio do masovnog smrtnog ishoda posebno kod određenih grupa obolelih lica. Osim toga, u slučaju smrti postupano je u skladu sa Zakonom o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti³³ iako u prvom talasu epidemije nova bolest COVID-19 nije bila izričito navedena na listi zaraznih bolesti predviđenih domaćim zakonom mada je Svetska zdravstvena organizacija proglašila pandemiju ove zarazne bolesti koja je izazivala masovnu smrt stanovništva u mnogim državama sveta, pa i kod nas.

Odluka da se kod nas ne vrše kliničko-anatomske obdukcije bila je u skladu sa strategijom odbrane u pandemijskim uslovima i predstavljala je realizaciju poštovanja i zaštite ljudskih prava, posebno prava na zdravlje medicinskih poslenika.³⁴

³¹ U određenom periodu trajanja epidemije novonastali uslovi su u dobroj meri kompromitovali kvalitetnu dijagnostiku jer su izostale mogućnosti za potpunu dijagnostičku proceduru koju su vršili lekari drugih specijalnosti. Tako na primer lekari neuropsihijatri zbog mera zdravstvene zaštite koje su bile propisane nisu mogli da na osnovu rezultata telesnog i neurološkog pregleda, kao bitnih uslova za sudskopsihijatrijsku i sudsko psihološku procenu, utvrde organske razloge psihičke izmenjenosti, a izostala je i mogućnost potpunog etiološkog dijagnostičkog sagledavanja i time je umanjena vrednost nalaza i njegova potpuna objektivnost. O tome detaljno, Zoran Ćirić, „Sudsko-psihijatrijska iskustva u vremenu izmenjenje realnosti usled epidemije Covid-19“, *Pravni sistem u vremenu nove realnosti*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica, 2021, 69.

³² Protokol lečenja objavljen je i na sajtu Lekarske komore Srbije.

³³ U članu 6. Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti predviđeno je da se u slučaju opasnosti od zarazne bolesti koja nije određena u zakonu a koja u većoj meri može ugroziti stanovništvo Republike Srbije, Vlada na predlog ministra nadležnog za poslove zdravlja, može takvu bolest proglasiti zaraznom bolešću čije je sprečavanje i suzbijanje od interesa za Republiku Srbiju, kao i odrediti odgovarajuće mere, uslove, način sprovođenja, izvršioce i sredstva za sprovođenje.

³⁴ U literaturi se navodi da se poštovanje ljudskih prava u uslovima globalnih katastrofa kao što je pandemija, odvija u nekoliko faza. Prva faza obuhvata preduzimanje preventivnih mera u cilju sprečavanja nastanka i širenja zarazne bolesti. U drugoj fazi država preduzima interventne mere u cilju zaštite ljudskih prava u doba pandemije zarazne bolesti, dok se u trećoj fazi, po okončanju pandemije, preduzima čitav korpus zaštite ljudskih prava u domenu zaštite zdravlja kao što je lečenje, imunizacija, saniranje posledica po zdravlje ljudi i javno zdravlje, kao i otklanjanje posledica u drugim sferama društvenog života. V. Miloš Jončić, „Stanje ljudskih prava u pandemiji kao obliku katastrofe“, *Zarazne bolesti kao globalni bezbednosni izazov, Pandemija COVID 19: stvarnost i posledice*, Univerzitet u Beogradu, Fakultet bezbednosti, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2020, 175.

I pored toga što nije bilo potrebno da se vrše patološko-anatomske obdukcije u toku pandemije jer je bolest COVID-19 bila masovna zarazna bolest zbog koje je Svetska zdravstvena organizacija i proglasila pandemiju³⁵ da bi se otkrilo da li je bolest COVID-19 neposredni uzrok smrti i kakve sve promene izaziva u ljudskim organima, u pojedinim državama,³⁶ u kojima su obdukcione sale izuzetno opremljene i gde su u dovoljnoj meri obezbeđena lična zaštitna sredstva, iako je važila preporuka da se obdukcije izbegavaju ili svedu na minimum, vršene su u ograničenom obimu³⁷ patološko-anatomske obdukcije koje su omogućile da se dođe do novih naučnih saznanja³⁸ koja su od značaja za lečenje obolelih lica.³⁹

S obzirom na to da patološko-anatomska obdukcija omogućava da se dođe do novih saznanja kad se radi o novim bolestima, pojedini patolozi su nastojali da dođu do saznanja kako virusi deluju na pojedine organe jer laboratorijski nalazi kod živog pacijenta mogu da se razlikuju od nalaza na njegovim organima do kojih se dođe u toku obdukcije i oni ponekad nisu podudarni.

U Izveštaju Agencije za akreditaciju zdravstvenih ustanova iz septembra 2020. godine navedeno je da je vršenje obdukcije pacijenata kao naučno-istraživački metod direktno u domenu javnog zdravlja i zaštite celokupnog stanovništva jer njeni rezultati mogu da dovedu do novih naučnih zaključaka i dokaza, kako u oblasti preventivnog delovanja, tako i u izmenama i dopunama protokola i procedura lečenja obolelih pacijenata i posledičnog smanjenja stope smrtnosti. Novi naučni zaključci mogli bi da budu od koristi bez obzira da li se radi o grupi stanovništva koja boluje od različitih hroničnih bolesti ili se radi o prethodno zdravoj populaciji.

³⁵ U epidemijским uslovima preduzimane su najrazličitije mere zaštite stanovništva koje su se odnosile na rad institucija, preduzeća, uslužnih delatnosti, obrazovnog sistema, lične i javne zaštite.

³⁶ Npr. u Nemačkoj i Švajcarskoj.

³⁷ Razlozi zbog kojih je bilo malo obdukcija preminulih kovid pacijenata u pojedinim evropskim državama bila je, s jedne strane, okolnost da ona nije mogla da se vrši bez dozvole porodice preminulog a porodica preminulog pacijenta nije tražila da se izvrši obdukcija, a s druge strane, zdravstvena ustanova iz finansijskih razloga nije vršila obdukcije zbog previsokih troškova koji nisu mogli da budu nadoknađeni bolnici.

³⁸ Patolozi su patološko-kliničkom obdukcijom, u toku makroskopske i mikroskopske analize korišćenjem histopatoloških metoda, specijalnim bojenjima uzoraka tkiva, imunohistohemijom, citologijom, elektronskom mikroskopijom i uz dijagnostiku samog virusa veoma mnogo doprinele istraživanju etiopatogeneze i patološko-morfološkog supstrata kod COVID-19. Patološko-anatomska obdukcija otkrila je plućne lezije, tromboze i tromboembolije koje su često klinički bile neotkrivene, lezija na skeletnim mišićima i srcu, multiorganske bolesti. Korišćenje elektronske mikroskopije omogućilo je dokazivanje prisustva virusa u tkivima i ćelijama.

³⁹ Prema podacima do kojih su došli npr. patolozi u Nemačkoj, od 100 obdukovanih lica kod kojih je dijagnostikovano COVID-19 za 75% procenata COVID-19 je bio jedan od glavnih uzroka smrti dok je kod 25% obdukovanih lica ovaj virus bio verovatan uzrok smrti.

S obzirom na to da u toku epidemije bolesti COVID-19 kod nas nisu vršene obdukcije zbog nemogućnosti da se uspostave svi neophodni bezbednosni uslovi neophodni za izbegavanje zaraze ne samo onih koji neposredno vrše patološko-anatomske obdukcije već i u cilju sprečavanja daljeg širenja bolesti,⁴⁰ da bi se utvrdio uzrok smrti pacijenata umrlih u toku epidemije⁴¹ formirana je Komisija za analizu smrtnih ishoda uzrokovanih bolešću COVID-19 koja je utvrdila da je 10.356 građana koji su preminuli u zdravstvenim ustanovama ili su bili lečeni u kućnim uslovima i koji su sa zakašnjenjem zatražili medicinsku pomoć, imalo simptome korone ili bilo u kontaktu sa osobom koja je bila pozitivna, a da je 64,4% od tog broja imalo određene pridružene bolesti. S obzirom na to da nisu rađene patološko-anatomske obdukcije Komisija je na osnovu medicinske dokumentacije utvrdila da su preminuli pacijenti bili inficirani korona virusom.

Okolnost da patološko-anatomske obdukcije kod nas nisu vršene, otežale su u određenoj meri naučno-istraživački rad ali nisu uticale na rutinsku dijagnostiku i terapiju obolelih kao i na pružanje neophodne medicinske pomoći obolelim licima. Isto tako, prava ovlašćenih lica da zahtevaju da se izvrši obdukcija nisu bila povređena jer se postupalo u skladu sa propisima koji regulišu postupanje sa umrlim licima obolelim od zaraznih bolesti.

Za razliku od situacije na početku epidemije, kad nije bilo upitno da se vrše patološko-anatomske obdukcije, u slučaju smrti lica koja su primila vakcinu protiv bolesti COVID-19 obdukcije će biti neophodne jer će otkriti neposredni uzrok smrti.

ZAKLJUČAK

Iako su patološko-anatomske obdukcije bitan izvor informacija o uzroku smrti kada postoji sumnja o neposrednom uzroku smrti obolelog pacijenta, ali i kada je u pitanju nova bolest pandemijskih razmera kao što je COVID-19, one su u svetu namerno izbegavane i vršene su sporadično tamo gde su bili obezbeđeni optimalni uslovi za razliku od naše zemlje gde nisu vršene iz preventivnih razloga s obzirom na to da je u pitanju bila nova zarazna bolest. Iz tog razloga je i formirana posebna komisija koja je na osnovu medicinske dokumentacije

⁴⁰ Posle svake patološko-anatomske obdukcije bilo je neophodno da se izvrši kompletna dezinfekcija obdukcione sale da bi se sprečilo dalje širenje zaraze u zdravstvenoj ustanovi.

⁴¹ Pošto preminula lica često imaju različite komorbiditete, bilo je neophodno da se, zbog izostalih patološko-anatomskih obdukcija utvrdi da li je bolesnik umro zbog COVID-19, kao osnovnog oboljenja i uzroka smrti ili je umro sa COVID-19, a osnovno oboljenje i uzrok smrti su bili neko drugo oboljenje koje je COVID-19 samo pospešio.

utvrđivala uzrok smrti pacijenata kod kojih je dijagnostifikovana bolest ili je postojala sumnja da je virus uzrok smrti.

Okolnost da patološko-anatomske obdukcije kod nas nisu vršene iz objektivnih razloga otežale su u određenoj meri naučno-istraživački rad ali nisu uticale na rutinsku dijagnostiku i terapiju obolelih, na pružanje neophodne medicinske pomoći obolelim licima, kao i na prava ovlašćenih lica da zahtevaju da se izvrši obdukcija jer se postupalo u skladu sa propisima koji regulišu postupanje sa umrlim licima obolelim od zaraznih bolesti.

Primarius Dr. IVANA STOJANOVIĆ
Specialist pathologist and cytopathologist,
Clinical Center Niš

PATHOLOGICAL-ANATOMICAL AUTOPSY DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Summary

Pathological anatomical autopsy is one of the key sources of information not only when it is necessary to discover the state of health of the deceased and the diseases that were the cause of his death or to detect and confirm the existence of an epidemic disease in the interest of public health, but also one from important sources of information when it comes to new diseases. At the time of the COVID-19 disease pandemic, which is a contagious disease, pathological and anatomical autopsies were not performed in our country for certain reasons, and the immediate cause of death was determined on the basis of medical documentation by a specially formed commission. The fact that pathological and anatomical autopsies were not performed in our country did not affect the routine diagnosis and therapy of patients as well as the provision of necessary medical care to patients, nor were the rights of authorized persons to request an autopsy violated because they acted in accordance with regulations. treatment of deceased persons suffering from infectious diseases.

Key words: pathological-anatomical autopsy, COVID-19, infectious diseases

Literatura

Čirić Z., „Sudsko-psihijatrijska iskustva u vremenu izmenjenje realnosti usled epidemije Covid-19“ *Pravni sistem u vremenu nove realnosti*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica, 2021.

Извештај о анализи генералног системског квалитета у здравственом систему Републике Србије пре и током епидемије заразним вирусом Ковид-19, бр, 297-0-05/2020 од 9.9.2020, <https://www.azus.gov.rs>.

- Jončić M., „Stanje ljudskih prava u pandemiji kao obliku katastrofe“, *Zarazne bolesti kao globalni bezbednosni izazov, Pandemija COVID 19: stvarnost i posledice*, Univerzitet u Beogradu, Fakultet bezbednosti, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2020.
- Kanjuh V., Kanjuh S., Pušac M., „SARS-CoV-2 → COVID-19, Uloga i doprinos patologa u istraživanju etio-patogeneze i pato-morfološkog supstrata bolesti (obdukcija, histopatologija i elektronska mikroskopija) (X interaktivni edukativni kviz) SARS-CoV-2 → COVID-19, The role and contribution of pathologists in the research of etio-pathogenesis and patho-morphological substrate of disease (autopsy, histo-pathology and electron microscopy) (X interactive educational quiz), <https://www.sanu.ac.rs/naucni-rad-odbora-za-kardiovaskularnu-patologiju-sanu-o-infekciji-covid-19>.
- Stojanović I., „Vrste i značaj postmortalnih procedura“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2015.
- Stojanović I., „Lekarska greška i obavezna patološka obdukcija“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2009.
- Stojanović I., „Obavezna patološka obdukcija kao vid kontrole lekara“, *Srpska pravna misao*, tom 44, Banja Luka, 2011.
- Stojanović I., „Pravo i dužnost utvrđivanja uzroka smrti pacijenta“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2008.
- Stojanović I., „Pravo srodnika da saznaju za uzrok smrti umrlog pacijenta“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banja Luci*, Pravni fakultet, br. 33, Banja Luka, 2011.
- Stručno-metodološko uputstvo za kontrolu unošenja i sprečavanje širenja novog korona virusa SARS-CoV-2 u Republici Srbiji, Institut za javno zdravlje Srbije „Dr Milan Jovanović Batut“, Beograd, 2020.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 25.08.2021.
Prihvaćen: 27.09.2021.

PREGLEDNI RAD

GORDANA PETKOVIĆ

NEZAKONIT PROMET OPASNIH OTPADA U PRAVU I PRAKSI

Predmet ovog rada je sagledavanje pitanja primene međunarodnog prava zaštite životne sredine sa stanovišta sprečavanja i kažnjavanja ekološkog kriminaliteta u oblasti nezakonitog prometa otpada. U fokusu ovog istraživanja su razmatranja ključnih elemenata kontrolnog postupka prekograničnog kretanja opasnih otpada, definisanja i utvrđivanja nezakonitog prometa, specifičnih zahteva i primera nezakonitog prometa kao oblika ekološkog kriminala u praksi. Istraživanje primene međunarodnih ugovora u oblasti prekograničnog kretanja opasnih otpada, posebno nezakonitog prometa sa primerima iz prakse, rezultira odgovarajućim zaključcima o oceni stanja, problemima u primeni, kako na međunarodnom, tako i na nacionalnom planu, najboljoj praksi i iskustvima u sprečavanju nezakonitog prometa i time pruža značajan doprinos razvoju i funkcionisanju kontrolnog sistema u praksi i sprečavanju nezakonitog prometa u cilju zaštite zdravlja ljudi i zaštite životne sredine.

Ključne reči: životna sredina, međunarodni ugovori, nezakonit promet otpada

NEZAKONIT PROMET I EKOLOŠKI KRIMINALITET

Međunarodna zajednica je zauzela jasan stav o značaju i mestu nezakonitog prometa kao jednog od oblika ekološkog kriminaliteta. Odluka 27/9 Upravnog saveta UNEP-a (GC) prvi je međunarodni dokument kojim se uspostavlja termin „vladavina prava životne sredine“. U odluci je naglašena uloga organizovanih

Mr Gordana Petković, direktor Agencije za ekološki konsalting „ECOLIBRA“ u Beogradu, e-mail: gpetkovic1956@gmail.com.

kriminalnih grupa u prometu opasnim otpadom, divljim životinjama i drvetom. Savet je priznao da ekološki kriminal podriva održivi razvoj, uspešnu primenu ekoloških ciljeva, vladavinu prava i efikasno upravljanje.¹ Tako se u Izveštaju UN o životnoj sredini iz 2019. godine ističe da se „nezakonit promet u oblasti zaštite životne sredine procenjuje kao četvrti najunosniji međunarodni kriminalni poduhvat, posle trgovine drogom, falsifikovanja i trgovine ljudima“.²

Međutim, na međunarodnom planu pojam „ekološki kriminalitet“ nema univerzalno utvrđenu definiciju, pa se često u teoriji i praksi označava kao bilo koja nezakonita radnja kojom se prouzrokuje šteta pričinjena životnoj sredini, uključujući i sticanje finansijske dobiti u korist pojedinaca, grupa ili kompanija koje se vezuje za nezakonite radnje (nezakonit promet otpada i divljih vrsta flore i faune, seča i pustošenje šuma, ilegalan lov i ribolov i dr), koje uključuju i zagađenje životne sredine prouzrokovano tim radnjama. Neka ekološka krivična dela takođe spadaju u kategoriju teškog i transnacionalnog organizovanog kriminala upravo zbog porasta mreže kriminalnih grupa, pri čemu *modus operandi* tih kriminalnih mreža uključuje korupciju, pranje novca, finansijski kriminal, gubitak poreskih prihoda, paralelno trgovanje sa drugim oblicima kriminalnih aktivnosti i narušavanje legalnog tržišta. Tako ekološki kriminal postaje deo globalne mreže transnacionalnog organizovanog kriminala u svetu i ozbiljna pretnja razvoju, miru i sigurnosti.³

Nezakonit promet otpadom uglavnom potiče iz razvijenih zemalja, kao što su EU, Severna Amerika (SAD), Japan i Australija koje se obično identifikuju kao glavni izvoznici ilegalne pošiljke otpada u Afriku i Aziju,⁴ pri čemu je evidentno da

¹ Environmental Rule of Law, First Global Report, UN Environment, January, 2019, 27. V. UNEP Governing Council's (GC) Decision on advancing justice, governance and law for environmental sustainability, 27/9, February 2013, para. 5(a). V. https://www.unep.org/resources/assessment/environmental-rule-law-first-global-report?_ga=2.54647086.485732967.1633241585-1363567709.1630690513, 12. 9. 2021.

² UN Environment „Environmental Rule of Law – First Global Report“, 24 January 2019, 31, <https://www.unep.org/resources/assessment/environmental-rule-law-first-global-report>, 12. 9. 2021.

³ UNEP, „The State of Knowledge of Crimes that have Serious Impacts on the Environment“, UNON, Nairobi, 2018, IX–XIV. V. https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/25713/knowledge_crime_envImpacts.pdf?isAllowed=y&sequence=1, 12. 9. 2021.

⁴ Ieva Rucevska, Christian Nellemann, Nancy Isarin, Wanghua Yang, Liu Ning, Keili Yu, Siv Sandnæs, Katie Ollez, Howard McCann, Leila Devia, Lieselot Bisschop, Denise Soesilo, Tina Scholmeester, Rune Henriksen, and Rannveig Nilsen, *Waste Crime – Waste Risks: Gaps in Meeting the Global Waste Challenge*, A UNEP Rapid Response Assessment, United Nations Environment Programme and GRID-Arendal, Nairobi and Arendal, 2015, 56.

V. https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/9648/Waste_crime_RRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 12. 9. 2021.

se npr. električni i elektronski otpad najviše šalje u Afriku i jugoistočnu Aziju, dok otpadna vozila u istočnu Evropu i Afriku, a plastika u Aziju, posebno u Kinu.⁵ O kojoj finansijskoj dobiti je reč najbolje pokazuje podatak da se samo nezakonit promet i odlaganje toksičnog i elektronskog otpada procenjuje na oko 10–12 milijardi USD.⁶ Nezakonit promet otpadom često se odvija kroz tesnu saradnju počililaca krivičnih dela sa uvoznicima/izvoznicima i prerađivačima, sektorom finansijskih usluga, kao sa licima koja su specijalizovana za falsifikovanje dokumenata radi dobijanja dozvola u matičnim državama. Evidentirano je nezakonito slanje otpada u Rumuniju, Mađarsku i Albaniju, odnosno postojanje korupcije u javnom i privatnom sektoru, koje se odnosi na potvrde koje izdaju laboratorije.⁷ Počinioci krivičnih dela često koriste nedostatak međunarodnog konsenzusa i neujednačenost u pristupu država.⁸ U regionu Zapadnog Balkana situacija u pogledu ekološkog kriminala se ne razlikuje puno od situacije u drugim zemljama jer ovo pitanje ne spada u grupu prioriternih pitanja.

Međutim, bez obzira na činjenicu da li ovo krivično delo vrši pojedinac, grupa ili organizovana kriminalna mreža još uvek nema odgovarajućeg značajnijeg odgovora vlada država u cilju sprečavanja i kažnjavanja nezakonitih radnji u praksi. Razlog svakako leži u tome da se ovo pitanje nalazi veoma nisko na listi prioriteta, što za posledicu ima nesprovođenje zakona zbog nejasnih definicija klasifikacije otpada, pogrešnog tumačenja, kao i odsustvo ili neadekvatno kažnjavanje. Svi navedeni razlozi iz prakse takođe su ukazali na potrebu unifikacije klasifikacije otpada npr. na nivou EU. Vrlo značajno pitanje odnosi se na vrste kazni koje se predviđaju za počinioce krivičnih dela kojima je motiv mali rizik, a veliki profit. Za počinioce krivičnih dela predviđene su kazne zatvora i novčane kazne, a u pojedinim zemljama kazne se razlikuju zavisno od činjenice da li je krivično delo

⁵ DOTCOM Waste Project, Online Training Toolkit, 2017, <https://dotcomproject.eu/>, 12. 9. 2021.

⁶ *World atlas of illicit flows* (Eds. Christian Nellemann, Rune Henriksen, Pravettoni Riccardo, et al.), A RHIPTO-INTERPOL-GI Assessment, RHIPTO – Norwegian Center for Global Analyses, INTERPOL and the Global Initiative Against Transnational Organized crime, 2018, 17. <https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2018/09/Atlas-Ilicit-Flows-FINAL-WEB-VERSION-copia-compressed.pdf>, 15. 9. 2021.

⁷ EUROPOL, „EU Organised Crime Threat Assessment – OCTA“, Hague, Netherland, 2011, 40. <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/europol-organised-crime-threat-assessment-2011>, 15. 9. 2021.

⁸ „The Rise of Environmental Crime – A Growing Threat To Natural Resources Peace, Development And Security“, *A UNEPINTERPOL Rapid Response Assessment* (Eds. Christian Nellemann, Rune Henriksen, Arnold Kreilhuber, Davyth Stewart, Maria Kotsovou, Patricia Raxter, Elizabeth Mrema, Sam Barrat), United Nations Environment Programme and RHIPTO Rapid Response–Norwegian Center for Global Analyses, 2016, 25. <https://www.grida.no/publications/344>, 15. 9. 2021.

počinio pojedinac ili organizovana grupa.⁹ Među ključnim uzrocima, takođe, spadaju i nepotpun pravni i institucionalni okvir, ograničeni ljudski, administrativni i finansijski kapaciteti.¹⁰

U sistemu UN postoje međunarodni sporazumi u oblasti zaštite životne sredine koji na različite načine regulišu prekogranično kretanje i trgovinu određenim vrstama robe (direktna zabrana i/ili ograničenje). Prekogranično kretanje i posebno nezakonit promet u oblasti zaštite životne sredine, zauzeli su posebno mesto u Rio deklaraciji o životnoj sredini i razvoju¹¹ i Agendi 21,¹² a koja sadrži klauzulu u kojoj se navodi da se trgovinske mere koriste gde je to potrebno radi povećanja regulatorne efikasnosti u oblasti zaštite životne sredine. polje životne sredine. Takva regulativa treba da naglasi osnovne uzroke degradacije životne sredine kako ne bi rezultirala nepravедnim trgovinskim ograničenjima. Propisi i procedure kontrole prekograničnog kretanja robe u oblasti životne sredine razvijeni su u okviru međunarodnopravnih instrumenata UN Programa za zaštitu životne sredine (UN Programe of Environmental Protection – UNEP).¹³ Evropska unija (EU) je takođe potpisnica brojnih globalnih, regionalnih ili podregionalnih sporazuma o životnoj sredini o širokom spektru pitanja, kao što su prekogranično kretanje opasnog otpada i njihovo odlaganje. Implementacija u svim državama članicama Bazelske konvencije, odnosno EU ipak nije ujednačena. Takođe, efikasnost sprovođenja zakona uglavnom zavisi i od toga da li su države predvidele efikasne, srazmerne i odvraćajuće krivične sankcije za najteža ekološka dela.¹⁴

⁹ Jef Huisman, Ioana Botezatu, Vittoria Luda di Cortemiglia, et al., (2015), *Countering WEEE Illegal Trade (CWIT) Summary Report, Market Assessment, Legal Analysis, Crime Analysis and Recommendations Roadmap*, UNICRI, 30 August 2015, Lyon, France, 21. V. <http://www.zanasi-alesandro.eu/wp-content/uploads/2016/06/Huisman-et-al.-2015-Countering-WEEE-Illegal-Trade-CWIT-Summary-Report-Market-Assessment-Legal-Analysis-Crime-Analysis-and-Recommendations-Roadmap.pdf>, 15. 9. 2021.

¹⁰ C. Nellemann, R. Henriksen, A. Kreilhuber, et al., op. cit., 75.

¹¹ Rio Declaration on Environment and Development, United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163>, 18. 9. 2021.

¹² Agenda 21, Chapter 20, United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>, 18. 9. 2021.

¹³ Gordana Petković, Slobodan Prošić, „Pravni aspekt borbe protiv korupcije u oblasti zaštite životne sredine, *Pravni život*, tom I, br. 9, Beograd, 2014, 373–388.

¹⁴ EU Parliament, „Environment policy: general principles and basic framework“, *Factsheets on the European Union*, (Ed. Ohliger T.), October 2018, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/71/environment-policy-general-principles-and-basic-framework>, 20. 9. 2021.

NEZAKONIT PROMET OPASNIH OTPADA
U MEĐUNARODNOM PRAVU

Najvažniji međunarodni dokument kojim se regulišu norme postupanja, odnosno kriterijumi za upravljanje otpadom na način usaglašen sa zahtevima zaštite životne sredine i uspostavlja međunarodno harmonizovani mehanizam za kontrolu prekograničnog kretanja otpada i njegovog odlaganja je Bazelska konvencija o kontroli prekograničnog kretanja opasnih otpada i njihovom odlaganju (u daljem tekstu: Bazelska konvencija).¹⁵

Bazelska konvencija je globalni i pravno obavezujući instrument koji ne uređuje samo obaveze država članica (zabrane, ograničenja i mere) u prekograničnom kretanju opasnih i drugih otpada, već i postavlja i okvir za ekološki prihvatljivo upravljanje takvim otpadom i uspostavljanje krivične odgovornosti u državama članicama za nesprovođenje konvencije na nacionalnom planu. Jedan od uslova za efikasnu i efektivnu primenu ovog međunarodnog ugovora u praksi je obaveza država članica da uspostave odgovarajuću krivičnu politiku u krivičnom zakonodavstvu i zakonodavstvu o upravljanju otpadom i stroge kazne za nezakonit promet opasnog otpada.

Sprovođenje Bazelske konvencije o prekograničnom kretanju otpada i njihovom odlaganju, kao međunarodnog ugovora, zahteva pravilnu primenu pravila i politike usvojene na međunarodnom nivou kroz konkretne mere i instrumente na nacionalnom nivou. Pri tome postavljaju se određena pitanja od čijih odgovora zavisi da li su države članice uspostavile i razvile kontrolni sistem prekograničnog kretanja opasnih otpada koji omogućava efikasno sprečavanje i otkrivanje nezakonitog prometa.

Konvencija se primenjuje na:

– prekogranično kretanje opasnih otpada,¹⁶ koji se uklapaju u definiciju (Aneks I i III) kojom su obuhvaćeni svi otpadi, kako organskog, tako i neorganskog porekla, a mogu imati štetno dejstvo na ljudsko zdravlje i životnu sredinu (to su opasne otpadne materije koje karakteriše jedna ili više osobina opasnih materija: eksplozivnost, zapaljivost, oksidiranost, otrovnost, korozivnost, toksičnost, ekotoksičnost i dr.). Dodati su i svi „ostali otpadi“ definisani kao „opasni otpadi“ u nacionalnim zakonodavstvima država (izvoza, uvoza i tranzita);

¹⁵ Basel Convention on Transboundary Movement of Hazardous Wastes and their Disposal, UNEP, August 2014.

¹⁶ Basel Convention on Transboundary Movement of Hazardous Wastes and their Disposal, čl. 1. st. 1 (a). Prekogranično kretanje otpada jeste kretanje otpada iz jedne oblasti pod jurisdikcijom jedne države ili kroz oblast koja nije pod nacionalnom jurisdikcijom bilo koje države, pod uslovom da su najmanje dve države uključene u kretanje.

– otpade koji pripadaju bilo kojoj kategoriji sadržanoj u Aneksu II i koji podležu prekograničnoj kontroli naznačeni kao „drugi otpadi“ u smislu ove konvencije,¹⁷ osim na radioaktivne otpade i otpade koji nastaju prilikom normalne eksploatacije brodova.¹⁸

Strane ugovornice vrše razmenu informacija u vezi sa prevozom opasnih otpada koje obuhvataju: notifikaciju države izvoza državama tranzita i državi uvoza i pristanak na tranzit i uvoz pod posebnim uslovima ili bez njih; obaveštenje o tome kako treba rukovati sa otpadima; razmenu drugih relevantnih dokumenata.¹⁹ Opšte obaveštenje i pismena saglasnost mogu da se odnose na ponovljene isporuke opasnih otpada ili drugih otpada u periodu od najviše 12 meseci.²⁰

Notifikacija (obaveštenje) o prekograničnom kretanju otpada prihvaćena je od država članica Bazelske konvencije, kao dokument, kojim se države međusobno obaveštavaju o nameravanom prekograničnom kretanju. *Obaveštenje* koje izdaje nadležni organ države Strane Bazelske konvencije, ispunjava ovlašćeno lice izvoznika, koji podnosi zahtev za izvoz otpada, te svojim potpisom i pečatom overava istinitost svih podataka. Pre slanja Obaveštenja izvoznik zaključuje ugovor sa odlagačem otpada i ugovara finansijske garancije i osiguranje za kretanje otpada koje se traži po nacionalnim zakonima zemalja u pitanju. Neke zemlje mogu da traže finansijsku garanciju za pokriće troškova za eventualni reizvoz i alternativne operacije odlaganja ukoliko nastane potreba. Pored toga, mogu da se traže posebna osiguranja od štete trećih lica, koja će držati izvoznik, prevoznik i odlagač, po potrebi. Svaka kopija treba da je potpisana od strane proizvođača, odnosno izvoznika. U praksi niza država traži se da Obaveštenje potpiše samo izvoznik, zbog praktičnih teškoća kada je postoji veći broj proizvođača.²¹

Precizno je utvrđeno da izvoznik dostavlja sve primerke Obaveštenja nadležnom organu države izvoza, najmanje 60 dana pre nameravanog datuma prvog kretanja otpada. Nakon toga, nadležni organ države izvoza prosleđuje primerak

¹⁷ Basel Convention on Transboundary Movement of Hazardous Wastes and their Disposal, čl. 1. st. 2. To su kategorije otpada koje zahtevaju posebno postupanje, u koje spada kućni otpad, kao i ostaci spaljivanja otpada iz domaćinstva.

¹⁸ Izuzeci od primene: čl. 1. st. 3–4. Bazelske konvencije.

¹⁹ Sadržaj Notifikacije o prekograničnom kretanju otpada sadržan je u Aneksu VA Bazelske konvencije.

²⁰ Basel Convention on Transboundary Movement of Hazardous Wastes and their Disposal, čl. 6. st. 8. i čl. 7. Ova odredba primenjuje se *mutatis mutandis* na prekogranično kretanje opasnih otpada ili drugih otpada iz Strane ugovornice kroz državu ili države koje nisu strane ugovornice.

²¹ Basel Convention on Transboundary Movement of Hazardous Wastes and their Disposal, čl. 6. st. 1.

Obaveštenja nadležnim organima svake države tranzita i države uvoza šalje se primerak. Već u ovoj fazi procesa, nadležni organ države izvoza može da odbije da čak i pošalje Obaveštenje, na primer, pošto smatra da država uvoza ili država tranzita neće pristati na transakciju, ili pošto nadležni organ nema poverenje da će izvoznik i/ili lice koje odlaže otpad poštovati propise. Ako nadležni organ nema primedbi na izvoz, dostaviće Obaveštenje nadležnom organu države uvoza i nadležnom organu države tranzita.²²

Nakon prijema Obaveštenja, nadležni organ države uvoza mora da obavestio ocu dostavi svoj pisani pristanak (pristanak se može odobriti na osnovu određenih uslova) ili odbijanje (pošto zatraže dalja pojašnjenja, prema potrebi). Države tranzita moraju poslati svoj odgovor u roku od 60 dana od dana prijema Obaveštenja. U slučaju da država ne odgovori, u skladu sa odredbama Bazelske konvencije smatra se da je saglasna sa nameravanim prekograničnim kretanjem otpada. Obaveštenje se može koristiti za obaveštavanje zainteresovanih država o većem broju pošiljki. Takav oblik obaveštavanja može se koristiti samo kada se radi o istom uvozniku, istom izvozniku, otpadu istih fizičkih i hemijskih osobina, kada otpad prolazi preko istih carinskih prelaza države uvoza, država tranzita i države izvoza i kada se ni jedan od podataka navedenih u priložima i ispravama za traženo vremensko razdoblje neće promeniti. Takođe, dozvola za uvoz, izvoz i tranzit više pošiljki se izdaje kada se radi o otpadu istih fizičko-hemijskih osobina koji se otprema istom uvozniku preko istih carinskih prelaza i to za period do 12 meseci.

Imajući u vidu da svaku pošiljku otpada prati *Dokument o kretanju otpada* ovaj dokument se izdaje nakon što su prikupljena odobrenja svih država koje su uključene u prekogranično kretanje otpada. Obaveštenje o prekograničnom kretanju otpada, Dokument o kretanju otpada i dozvola prate svaku pošiljku otpada. U okviru kontrolnog postupka Uvoznik/primalac otpada obaveštava izvoznika i državu uvoza o prijemu otpada. Takođe, prerađivač/odlagač popunjava Dokument o kretanju otpada overom da je otpad odložen i dostavlja kopiju izvozniku i nadležnom organu države izvoza u roku od 180 dana po prijemu otpada. Ako nadležni organ države izvoza nije primio potvrdu o završetku odlaganja, mora da o tome obavesti nadležni organ države uvoza.²³ Ključnu ulogu u utvrđivanju da li prekogranično kretanje opasnih otpada usklađeno sa Bazelskom konvencijom imaju carinski organi koji vrše verifikaciju i proveru svih dokumenata koji prate pošiljku otpada.

²² Basel Convention Training Manual for Illegal Traffic for Customs and Enforcement agencies, UNEP, 2006, 13–17.

²³ Basel Convention Training Manual for Illegal Traffic for Customs and Enforcement agencies, UNEP, 2006, 17.

Šta je nezakonit promet

Utvrđivanje nezakonitog prometa zahteva proveru da li je za prekogranično kretanje pošiljki opasnog otpada ispunjen usov koji se odnosi na sprovođenje prethodnog obaveštavanja i dobijanja odobrenja država članica Bazelske konvencije ili rezultira namernim odlaganjem (npr. bacanjem) otpada koje je u suprotnosti sa Konvencijom. Konvencijom se precizno definišu: sve radnje koje potpadaju pod kategoriju „nezakonitog prometa“; obaveza države izvoza, države uvoza, u slučajevima kada ove radnje proističu iz ponašanja izvoznika ili generatora, odnosno uvoznika ili odlagača, kao i kada odgovornost za nezakonit promet ne može njima pripisati.²⁴ U članu 4. stav 3. Bazelska konvencija propisuje da nezakonit promet opasnih otpada ili drugih otpada predstavlja krivično delo. Utvrđena je i obaveza Strana da donesu odgovarajuće nacionalne zakone kojima se sprečava i kažnjava nezakoniti promet (čl. 9. st. 5). Ako je ispunjen jedan od elemenata navedenih u članu 9. stav 1., Bazelske konvencije prekogranično kretanje smatra se nezakonitim prometom.

Kako utvrditi nezakonit promet

Utvrđivanje nezakonitog prometa moguće je kroz sprovođenje istrage²⁵ usmerene na određen krug lica, odnosno učesnika u prekograničnom kretanju otpada, odnosno na činjenicu čije je ponašanje rezultiralo nezakonitim prometom. Taj krug lica obuhvata: fizička ili pravna lica (aktere na nacionalnom i međunarodnom nivou): generator, izvoznik, uvoznik, posrednici (špediter, posrednik, koordinator itd.), lice koje otprema otpad/prevoznik, odlagač, organe javne vlasti. Međutim, odgovor na pitanje čije je ponašanje rezultiralo nezakonitim prometom zahteva obavezu zainteresovanih strana da, prema potrebi, utvrde: ko je proizvođač

²⁴ Basel Convention on Transboundary Movement of Hazardous Wastes and their Disposal, čl. 9. st. 1. Definisani su elementi nezakonitog prometa koji podrazumeva svako prekogranično kretanje opasnih otpada ili drugih otpada: (a) bez obaveštenja shodno odredbama ove Konvencije svim državama o kojima je reč; ili (b) bez saglasnosti, shodno odredbama ove Konvencije, države o kojoj je reč; ili (c) uz saglasnost dobijenu od država o kojima je reč putem falsifikata, iskrivljenog prikaza ili prevarom; ili (d) koje u materijalnom smislu nije u skladu sa dokumentima; ili (e) koje dovede do namernog odlaganja (npr. na deponiji smeća) opasnih otpada ili drugih otpada u suprotnosti sa ovom Konvencijom i opštim principima međunarodnog prava.

²⁵ Guidance Elements for Detection, Prevention and Control of Illegal Traffic in Hazardous Wastes, UNEP, 2015, 20–23. Otkrivanje nezakonitog prometa zahteva pored carinskih organa i uključivanje inspekcijских organa i policije, kako bi se preduzele sve radnje zaustavljanja pošiljke, provere dokumentacije, fizičkog pregleda i označavanja opasnog tereta.

ili izvoznik otpada i da li je nezakonit promet rezultat njegovog ponašanja (čl. 9. st. 2); ko je uvoznik ili odlagač otpada i da li je nezakonit promet rezultat njegovog ponašanja (čl. 9. st. 3) i ko je proizvođač, izvoznik, uvoznik ili odlagač otpada i da odgovornost za nezakonit promet ne može biti dodeljena nijednom od njih (čl. 9. st. 4). Ova utvrđivanja se moraju zasnivati na prikupljanju dokaza iz dokumenta o kretanju otpada ili, ako nisu dostupna, na temeljnoj istrazi. Ova istraga će verovatno zahtevati međunarodnu saradnju.

Zavisno od činjenice koji je učesnik u prekograničnom kretanju opasnih otpada prouzrokovao nezakonit promet određena je i obaveza proizvođača ili izvoznika, da vrati pošiljku u državu porekla, odnosno uvoznika ili prerađivača da odloži otpad na ekološki prihvatljivi način, kao troškovi vraćanja i odlaganja otpada na njihov teret. Ako to nije izvodljivo, predviđena je odgovornost države izvoza, odnosno uvoza da preuzme obavezu odlaganja otpada na ekološki prihvatljiv način. U slučaju kada se odgovornost ne može pripisati nijednom od navedenih lica, država izvoza i država uvoza ovo pitanje rešavaju, putem saradnje, kroz odlaganje otpada bilou državi izvoza, uvoza ili na drugi način.²⁶

Ko može biti pogođen nezakonitim radnjama

Nezakonitim prometom opasnih otpada mogu biti pogođene sve države članice Bazelske konvencije (država izvoza, država tranzita i država uvoza) uključene u prekogranično kretanje ukoliko ne sprovedu mere kontrolnog postupka, koje obuhvataju proveru svih dokumenata koji prate prekogranično kretanje opasnih otpada. Ako usled nezakonitog prometa opasnih otpada dođe do akcidenta može se prouzrokovati šteta životnoj sredinu u vidu zagađenja vazduha, vode i tla. Takođe, određen krug lica kao što su pojedinci koji žive u blizini gde je otpad nezakonito odložen (bačen na deponiju) može biti pogođen zagađenjem vazduha, vode i tla kao rezultat njihove kontaminacije otrovnim hemikalijama svojstvenim opasnom otpadu.

Postavlja se i pitanje za koje sve radnje treba predvideti kazne. Pored krivičnog dela nezakonitog prometa neophodno je predvideti kažnjavanje npr. za krađu, falsifikovanje isprava, iskrivljen prikaz i prevaru, zagađivanje životne sredine usled nezakonitog odlaganja otpada. Takođe, vrlo značajno pitanje koje se postavlja je visina kazne i krug lica koja treba da budu obuhvaćena kaznom: bilo da je reč o glavnom prestupniku koji je počinio krivično delo; saučesništvu u krivičnom delu

²⁶ Basel Convention Guidance on the implementation of the Basel Convention Provisions dealing with Illegal Traffic (paragraphs 2, 3 and 4 of article 9), UNEP, 2019, <http://www.basel.int/Implementation/LegalMatters/IllegalTraffic/Guidance/tabid/3423/Default.aspx#>, 20. 9. 2021.

(prestupnik koji pomaže ili podržava u izvršenju krivičnog dela nezakonitog prometa); učiniocu krivičnog dela koji se udružio ili pokušao da izvrši ili učestvuje u izvršenju krivičnog dela.

Kako sprečiti nezakonit promet

Sprečavanje nezakonitog prometa opasnog otpada ima za cilj da se otpad prerađuje u državi koja ispunjava uslove za odlaganje otpada na ekološki prihvatljiv način. Time se obezbeđuju uslovi kvaliteta života ugroženih kategorija stanovništva, odnosno očuvanje i poboljšanje zdravlja ljudi, posebno siromašnog sloja stanovništva. Upravljanje opasnim otpadom na ekološki prihvatljiv način je uslov zaštite životne sredine od zagađivanja i degradacije, naročito prourokovanja štete usled nezakonitog prometa koje može dovesti do akcidenta, odnosno kontaminacije životne sredine.²⁷

Stoga, kontrolni postupak na granici koje sprovode carinski organi predstavlja ključni element sprečavanja nezakonitog prometa opasnih otpada. Carinska služba države izvoza proverava sva dokumenta, naročito da li otpad prati Dokument o kretanju otpada, odobrenje nadležnog organa izvoza, da li sadržaj pošiljke odgovara Dokumentu o kretanju otpada, da li je pošiljka zapakovana u skladu sa međunarodnim pravilima. Carinska služba države tranzita proverava da li su ispoštovane sve odredbe Bazelske konvencije i nacionalnog zakonodavstva. U slučaju neispunjenosti uslova obaveštavaju se relevantni organi države izvoza, kako bi se obezbedilo da se pošiljka vrati u državu izvoza. Carinska služba države uvoza mora oprezno voditi računa o ispunjenosti uslova za puštanje pošiljke na teritoriji države uvoza, i to tek nakon kompletne verifikacije dokumenata i pošiljke i provere sa nadležnim organom države izvoza. U sprovođenju kontrolnog postupka neophodna je tesna saradnja carinske službe, policije i nadležnog organa za sprovođenje Bazelske konvencije.

OSVRT NA PRIMENU ČLANA 9. BAZELSKJE KONVENCIJE

Primena u Republici Srbiji

Prekogranični promet otpada u Republici Srbiji (uvoz, izvoz i tranzit) vrši se u skladu sa Bazelskom konvencijom na osnovu Zakona o ratifikaciji Bazelske konvencije o kontroli prekograničnog kretanja opasnog otpada i njihovom

²⁷ Guidance Elements for Detection, Prevention and Control of Illegal Traffic in Hazardous Wastes, UNEP, 2015, 13–19.

odlaganju.²⁸ Pravni okvir za kontrolu prekograničnog kretanja opasnih otpada u Srbiji sastoji se od sledećih zakona i podzakonskih akata u ovoj oblasti koji uređuju zaštitu životne sredine i upravljanje otpadom, uključujući prekogranično kretanje otpada: Zakon o zaštiti životne sredine,²⁹ Zakon o upravljanju otpadom³⁰ i podzakonski propisi.³¹ Članom 73. Zakona o upravljanju otpadom definisan je nezakonit promet otpada i postupanje kada izvoznik/proizvođač snosi odgovornost za nezakonit promet u skladu sa članom 9. Bazelske konvencije. Odgovornost uvoznika/prerađivača, odnosno slučaj kada se odgovornost ne može pripisati nijednom od tih lica nisu uređeni, već se direktno primenjuje Bazelska konvencija. Primenjuje se kontrolni postupak propisan Bazelskom konvencijom i pratećim uputstvima.

Krivična odgovornost zaštite životne sredine zasnovana je na Krivičnom zakonu Republike Srbije.³² Krivični zakonik daje pravne definicije pojmova koji se koriste za opisivanje krivičnih dela koja će biti inkriminisana, kao što su znatna šteta, zanemarljiva količina, zanemarljiv uticaj, opasne aktivnosti. Da bi se postigla efikasnija krivična odgovornost, postojeća krivična dela u Krivičnom zakoniku treba izmeniti, posebno krivično delo iz člana 266. koje se odnosi na lice koje zloupotrebom službenog položaja dozvoli unošenje opasnog otpada na teritoriju RS, prevoz, preradu, odlaganje i skladištenje, jer ne odgovara u potpunosti zahtevima krivičnopravne zaštite (efikasna, srazmerna i odvrtaćuća sankcija),³³ a koja takođe treba da obuhvati i učesnike u prekograničnom kretanju otpada. Efikasnost krivičnog zakona zavisi od brojnih faktora, uključujući sprovođenje, nezavisno sudstvo i poštovanje zakonskih pravila.³⁴

²⁸ Zakon o potvrđivanju Bazelske konvencije o kontroli prekograničnog kretanja opasnih otpada i njihovom odlaganju, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/99.

²⁹ Zakon o zaštiti životne sredine, *Službeni glasnik RS*, br. 135/04, 36/09 – dr. zakon i 72/09 – dr. zakon i 14/16.

³⁰ Zakon o upravljanju otpadom, *Službeni glasnik RS*, br. 36/09, 88/10 i 14/16.

³¹ Uredba o listama za prekogranično kretanje otpada, sadržini i izgledu dokumenata koji prate prekogranično kretanje otpada sa uputstvima za njihovo popunjavanje, *Službeni glasnik RS*, br. 60/09; Pravilnik o sadržini dokumentacije koja se podnosi uz zahtev za izdavanje dozvole za uvoz, izvoz i tranzit otpada, *Službeni glasnik RS*, br. 60/09, 101/10, 48/17, 80/17 i 98/17 i drugi propisi.

³² Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05 – ispravka, 107/05 – ispravka, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16.

³³ Eli Keene, *Compliance with the EU Environmental Crime Directive in the Countries of Southeast Europe and Moldova*, (Ed. Aniko N., Bruno M., and Cecile M.), THEMIS Network, July, 2015, 17, [http://themisnetwork.rec.org/uploads/documents/Studies/\[Themis\]%20Environmental%20Crimes%20Directive%20Implementation%20Report_July2015.pdf](http://themisnetwork.rec.org/uploads/documents/Studies/[Themis]%20Environmental%20Crimes%20Directive%20Implementation%20Report_July2015.pdf), 20. 9. 2021.

³⁴ Gordana Petković, „Ekocid – Pravni i moralni aspekti“, *Pravni život*, tom I, br. 9, Beograd, 2012, 593–398.

Republika Srbija godišnje podnosi izveštaj o sprovođenju Bazelske konvencije. Do 2020 nije prijavljen nijedan slučaj nezakonitog prometa.³⁵ Međutim, ipak se može reći da su uočeni problemi u krivičnopravnoj zaštiti različiti i da se kreću u rasponu od otežanog dolaska na lokaciju; utvrđivanja karakteristika mesta zločina; sadržaja plana prikupljanja dokaza, do uzimanja i čuvanja uzoraka i laboratorijske analize ovih uzoraka i dr.³⁶ Dosledna primena člana 9. Bazelske Konvencije zahteva dopunu člana 73. Zakona o upravljanju otpadom u cilju definisanja jasnih pravila postupanja u slučaju kada je za nezakonit promet kriv uvoznik/proizvođač, odnosno kada se ova krivica ne može pripisati nijednom licu.

Slučajevi nezakonitog prometa opasnih otpada u praksi

Nacionalni izveštaji dostavljeni u okviru Bazelske konvencije ukazuju na to da se širom sveta godišnje stvara skoro 180 miliona tona opasnog otpada i otpada iz domaćinstva. Prema istim izveštajima, najmanje 9,3 miliona tona ovog otpada izvozi se svake godine. U skladu sa odlukama BC-10/13, BC-11/10, BC-12/8, BC-13/10 i BC-14/7 Strane Bazelske konvencije razmenjuju informacije o najboljim praksama u sprečavanju i borbi protiv nezakonitog prometa i potvrđene slučajeve nezakonitog prometa prijavljuju Sekretarijatu. U periodu 2009–2019 prijavljeno je svega osam slučajeva nezakonitog prometa opasnog otpada (Belgija, Brazil, Nemačka, Palestina, UK, Širi Lanka). U regionu Balkana nema potvrđenih slučajeva nezakonitog prometa koje su prijavile Strane. Zbog ograničenog broja informacija o nezakonitom prometu, Odbor za usklađenost i primenu Konvencije za period 2020–2021 planirao je aktivnosti o ilegalnom prometu i to: (i) koliko ima slučajeva nezakonitog prometa; (ii) u vezi sa kojim otpadom; (iii) u kojim regionima; i (iv) kako su rešeni.³⁷

Jedan od primera je slučaj nezakonitog izvoza otpadnih hemikalija kao proizvoda u Nigeriju. Holandska carina je 2001. godine identifikovala curenja dva kontejnera u luci Rotterdam. U toku sprovođenja istrage otkriveno je da je američka Agencija za zaštitu životne sredine naložila američkoj kompaniji zbrine hemikalije koje je godinama ilegalno skladištila. U tu svrhu otpremljeno je 29 kontejnera sa više od 300 tona mešanih opasnih hemikalija pod oznakom „hemikalija“,

³⁵ V. National Reporting, www.basel.int, 20. 9. 2021.

³⁶ Vittoria Luda di Cortemiglia, Gordana Petkovic, et al., *Countering Serious Crime in the Western Balkans: Baseline Study Report of Waste and Nature Crime in Albania, Bosnia and Herzegovina, Kosovo*, The Republic of North Macedonia, Montenegro and Serbia*, IMPEL, 2019, 125, <https://www.impel.eu/wp-content/uploads/2020/03/SPIDER-WEB-Project-Baseline-Report-D.1.1.pdf>, 20. 9. 2021.

³⁷ Illegal Traffic, www.basel.int, 20. 9. 2021.

za Nigeriju preko Roterdama. Kao dokaz da je reč o nezakonitom prometu holandske vlasti su otkrile da se ne radi o hemikalijama već otpadu, jer im je istekao rok upotrebe, da kupac u Nigeriji ne postoji i pretpostavile su da su hemikalije namenjene za ilegalno odlaganje u Nigeriji.. Sprovedena je detaljna međunarodna istraga koja je obuhvatila više od 40 svedoka u SAD i inostranstvu i holandsko uzorkovanje, skladištenje i spaljivanje hemikalija u Roterdamu. Američki savezni sud izrekao je optuženima kaznu od 2 miliona dolara, pri čemu je većina novca otišla holandskim vlastima da im otplate skladištenje i spaljivanje hemikalija koje su na njih bačene.³⁸

Primer otkrivanja nezakonitog prometa u UK iz decembra 1999. godine na osnovu dojave osobe zaposlene u kompaniji za ponovno iskorišćavanje rastvarača u o postojanju sumnjivog tereta od 45 burića napunjenih otpadom omogućio je Agenciji za zaštitu životne sredine da sprovede postupak utvrđivanja pregledom dokumentacije, kao i na licu mesta da se radi o nepotpunoj dokumentaciji, oštećenim burićima, kontaminiranim opasnim otpadom, bez opisa otpada ili oznaka opasnosti. Laboratorijskim ispitivanjem otpada utvrđeno je da je otpad sadržao različite koncentracije acetona i otpadnu odeću kontaminiranu smolama i polimerima. Za kršenje propisa Agencija za zaštitu životne sredine izrekla je novčanu kaznu u iznosu od 1.500 funti za nezakonitu pošiljku, kao i plaćanje troškova u iznosu od 4594.80 funti.³⁹

ZAKLJUČAK

Ekološki kriminalitet je u naglom porastu u svetu, pri čemu se razvijaju različiti oblici i metode izvršavanja nezakonitog prometa opasnog otpada. Značaj ekološkog kriminaliteta na međunarodnom planu potvrđen je ključnim međunarodnim dokumentima, kojima su države članice prihvatile, međutim, u praksi još uvek nisu sprovele svoje obaveze u pogledu sprečavanja i kažnjavanja nezakonitog prometa opasnih otpada u skladu sa Bazelskom konvencijom o prekograničnom kretanju opasnih otpada i njihovom odlaganju. Iako je međunarodnopravni okvir uspostavljen, države nisu dovoljno razvile nacionalno zakonodavstvo i instrumente za njegovo dosledno sprovođenje. Dosadašnja praksa i iskustava, a naročito nedovoljne informacije o primeni člana 9. Bazelske konvencije, kao i broj prijavljenih slučajeva nezakonitog prometa ukazuju na potrebu preduzimanja mera na međunarodnom i nacionalnom nivou.

³⁸ Ieva R., Christian N., Nancy I., Wanghua Y., op. cit., 24.

³⁹ Guidance Elements for Detection, Prevention and Control of Illegal Traffic in Hazardous Wastes, 114–117.

Na međunarodnom nivou neophodno je utvrditi probleme u okviru međunarodne saradnje koje se odnose na: dostupnost informacija o definiciji ili razumevanju drugih Strana o tome šta se smatra nezakonitim prometom; usklađenost definicije ili razumevanja značenja „otpada“, „opasnog otpada“ i „drugog otpada“; način primene člana 9. Konvencije; komunikaciju/saradnju sa relevantnim subjektima (država tranzita, država izvoza); identifikaciju ili komunikaciju sa izvoznikom ili proizvođačem; saradnju sa međunarodnim i regionalnim organizacijama u oblasti kriminala; operacionalizaciju člana 9. Konvencije.

Na nacionalnom nivou neophodno je: utvrđivanje adekvatnog nacionalnog pravnog i institucionalnog okvira za implementaciju člana 9. Bazelske konvencije, kako bi se omogućilo njegovo sprovođenje, naročito propisivanje i izricanje strogih kazni u slučaju nezakonitog prometa; jasna podela odgovornosti između svih relevantnih subjekata i odgovarajući mehanizmi komunikacije ili koordinacije među njima; obuka izvršnih organa za sprovođenje Bazelske konvencije u okviru nacionalnih programa obuke carine, policije, tužilaštva, sudstva i drugih izvršnih organa; jačanje svesti zainteresovanih strana (npr. proizvođač, izvoznik, prevoznik, uvoznik i odlagač) o instrumentima za sprovođenje kontrolnog postupka i sprečavanja nezakonitog prometa; identifikovanje problema utvrđivanja slučajeva nezakonitog prometa; obezbeđivanje pristupa odgovarajućim informacijama o mogućim slučajevima nezakonitog prometa.

GORDANA PETKOVIC, LL.M.

Agency for Environmental Consulting ECOLIBRA, Belgrade

ILLEGAL TRAFFIC OF HAZARDOUS WASTE IN LAW AND PRACTICE

Summary

The subject of this paper is to consider the issue of application of international environmental law from the point of view of prevention and punishment of environmental crime in the field of illegal waste trafficking. The focus of this research is to consider the key elements of the control procedure of transboundary movement of hazardous waste, defining and determining illegal traffic, specific requirements and examples of illegal traffic as a form of environmental crime in practice. Research on the application of international agreements in the field of transboundary movement of hazardous waste, especially illegal traffic with examples from practice, results in appropriate conclusions on assessment, problems in implementation, both internationally and nationally, best practices and experiences in preventing illegal traffic and thus provides a significant contribution to the development and functioning of the control system in practice and the prevention of illegal trafficking in order to protect human health and the environment.

Key words: environment, international agreements, illegal waste trafficking

Literatura

- Cortemiglia Luda di V., Petkovic G., et. al., *Countering Serious Crime in the Western Balkans: Baseline Study Report of Waste and Nature Crime in Albania, Bosnia and Herzegovina, Kosovo*, The Republic of North Macedonia, Montenegro and Serbia*, IMPEL, 2019.
- EU Parliament, „Environment policy: general principles and basic framework“, *Factsheets on the European Union* (Ed. Ohliger T.), October, 2018.
- EUROPOL, „EU Organised Crime Threat Assessment – OCTA“, Hague, Netherland, 2011.
- Guidance Elements for Detection, Prevention and Control of Illegal Traffic in Hazardous Wastes, UNEP, 2015.
- Huisman J., Botezatu I., Luda di Cortemiglia V., et al., *Countering WEEE Illegal Trade (CWIT), Summary Report, Market Assessment, Legal Analysis, Crime Analysis and Recommendations Roadmap*, UNICRI, 30 August 2015, Lyon, France.
- Keene E., *Compliance with the EU Environmental Crime Directive in the Countries of Southeast Europe and Moldova* (Eds. Nemeth A., Mesquita B., C. Monnier), THEMIS Network, July, 2015.
- The Rise of Environmental Crime – A Growing Threat To Natural Resources Peace, Development And Security*. A UNEPINTERPOL Rapid Response Assessment (Eds. Nellemann C., Henriksen R., Kreilhuber A., Stewart D., Kotsovu M., Raxter P., Mrema E., Barrat S.), United Nations Environment Programme and RHIPTO Rapid Response – Norwegian Center for Global Analyses, 2016.
- World atlas of illicit flows*, A RHIPTO-INTERPOL-GI Assessment, (Eds. Nellemann C., Henriksen R., Pravettoni R., et al.), RHIPTO – Norwegian Center for Global Analyses, INTERPOL and the Global Initiative Against Transnational Organized crime, 2018.
- Petković G., „Ekocid – Pravni i moralni aspekti“, *Pravni život*, tom I, br. 9, Beograd, 2012.
- Petković G., Prošić S., „Pravni aspekt borbe protiv korupcije u oblasti zaštite životne sredine“, *Pravni život*, tom I, br. 9, Beograd, 2014.
- Rucevska I., Nellemann C., Isarin N., Yang W., Liu N., Yu K., Sandnæs S., Olley K., McCann H., Devia L., Bisschop L., Soesilo D., Schoolmeester T., Henriksen R., Nilsen R., *Waste Crime – Waste Risks: Gaps in Meeting the Global Waste Challenge*, A UNEP Rapid Response Assessment, United Nations Environment Programme and GRID-Arendal, Nairobi and Arendal, 2015.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 04.10.2021.

Prihvaćen: 24.10.2021.

PREGLEDNI RAD

POLA VEKA RAZVOJA SAVREMENOG MEĐUNARODNOG PRAVA ŽIVOTNE SREDINE I PRIMENA MEĐUNARODNIH UGOVORA

U uvodnom delu rada se daje osvrt na pola veka razvoja savremenog međunarodnog prava životne sredine. Za ključne tačke u razvoju uzimaju se Stokholmska konferencija o čovekovoj sredini (1972), Rio konferencija o životnoj sredini i razvoju (1992) i Svetski samit o održivom razvoju (2002). Najnovijim podsticajem u razvoju međunarodnog prava životne sredine smatra se nacrt Globalnog pakta za životnu sredinu, koji je 2018. godine predstavljen u Generalnoj skupštini UN. U drugom delu rada ispituje se pitanje načina kako se međunarodni ugovori i drugi dokumenti u oblasti životne sredine odnose prema primeni (sprovođenju). Analiziraju se najznačajniji međunarodni ugovori zaključeni u različitim fazama razvoja savremenog međunarodnog prava životne sredine, kao i nacrt Globalnog pakta za životnu sredinu. Cilj rada je utvrđivanje odgovora na pitanja kako se međunarodni ugovori odnose prema pitanju primene i da li bi se način regulisanja pitanja primene mogao dovesti u vezu sa fazama u razvoju savremenog međunarodnog prava životne sredine. Razmatra se teza da odnos međunarodnih ugovora prema pitanju primene zavisi od faze razvoja savremenog međunarodnog prava životne sredine. U zaključku se konstatuje da se analizirani međunarodni ugovori odnose prema načinu primene na sličan način, bez obzira na period u kojem su zaključeni. Postojanje određenih razlika bi moglo da se pripíše drugim činiocima, uključujući specifičnosti predmeta regulisanja konkretnih međunarodnih ugovora.

Ključne reči: životna sredina, međunarodno pravo, Stokholmska konferencija, Rio konferencija, Globalni pakt za životnu sredinu

Prof. dr Dragoljub Todić, redovni profesor, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, e-mail: dtodic@ymail.com. Rad je nastao u okviru naučnoistraživačkog projekta „Srbija i izazovi u međunarodnim odnosima 2021. godine“, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije, a realizuje Institut za međunarodnu politiku i privredu tokom 2021. godine.

FAZE U RAZVOJU SAVREMENOG MEĐUNARODNOG PRAVA
ŽIVOTNE SREDINE I METODOLOŠKE NAPOMENE

U zavisnosti od primenjene metodologije i kriterijuma za periodizaciju, razvoj savremenog međunarodnog prava životne sredine mogao bi biti sagledavan na različite načine. Ogroman broj međunarodnih ugovora i dokumenata usvojenih na različitim konferencijama zahteva oprezan pristup i precizne kriterijume za procenu. Ipak, skoro ni jedna periodizacija razvoja savremenog međunarodnog prava životne sredine koja se nudi u literaturi nije moguća bez rasprave o rezultatima Stokholmske konferencije o „čovekovoj sredini“ (1972) i Rio konferencije o životnoj sredini i razvoju (1992).¹ Na nekoliko kasnije održanih skupova kojima su obeležavane godišnjice održavanja Stokholmske i Rio konferencije (Svetski samit za održivi razvoj, Johanezbur, 2002, Konferencija UN o održivom razvoju Rio +20, Samit UN o održivom razvoju, Njujork, 2015), usvajani su dokumenti kojima su se dodatno profilisale buduće aktivnosti međunarodne zajednice u ovoj oblasti. Tako su aktivnosti međunarodne zajednice usmeravane u pravcu prebacivanja težišta interesovanja sa pitanja „zaštite životne sredine“ na „održivi razvoj“ i jače vezivanje „zaštite životne sredine“ za socijalna, ekonomska i politička pitanja.² Širi kontekst ovakvog pravca određen je Agendom za održivi razvoj 2030. (2015), kao pokušajem da se na celovit način daju odgovori na ključne izazove i trasiraju pravci budućih aktivnosti međunarodne zajednice.³ Poslednjim događajem kojim se pokušava uticati na razvoj savremenog međunarodnog prava (i prevazilaženje problema u funkcionisanju postojećeg sistema međunarodnih normi u oblasti životne sredine) ovde smatramo

¹ V. na primer, Malcolm N. Shaw, *International law*, Cambridge University Press, 2014, 614; Edith Brown Weiss, „The Evolution of International Environmental Law“, *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 54, Tokyo, 2011, 4; Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2003, 25–70; Alexandre Kiss, Dinah Shelton, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, 31–46. Značaj ovih događaja se posebno razmatra i stanovišta uticaja na politiku i pravo na unutrašnjem planu, v. npr. Robert V Percival, „The EPA as a Catalyst for the Development of Global Environmental Law“, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 70, 4, Cleveland, 2020, 1151–1192. Scott govori o dinamičkoj evoluciji međunarodnog prava životne sredine, vezujući to za period „modernog prava životne sredine“ (od 1972. godine), Karen N. Scott, „The Dynamic Evolution of International Environmental Law“, *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 49, No. 4, November 2018, 607–626. Za jednu kritiku pristupa zasnovanog na ovakvoj periodizaciji, v. Rakhyun Kim, Klaus Bosselmann, „International Environmental Law in the Anthropocene: Towards a Purposive System of Multilateral Environmental Agreements“, *Transnational Environmental Law*, Vol. 2, No. 2, Cambridge University Press, 2013, 295.

² Više informacija o ovim skupovima, <https://sustainabledevelopment.un.org/rio20>, 09.09.2021.

³ *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, A/RES/70/1, 21 October 2015.

predstavljanje (u Generalnoj skupštini UN 2018. godine) nacрта Globalnog pakta za životnu sredinu.⁴ Bez posebnog ispitivanja, prihvaćeno je da se može govoriti o tri faze (perioda) u razvoju savremenog međunarodnog prava životne sredine (period od Stokholmske konferencije do Rio konferencije: 1972-1992; period od Rio konferencije do Svetskog samita o održivom razvoju: 1992-2002; i period od 2002. do danas). Imajući sve ovo u vidu, ne bi bilo bez osnova tvrditi da se nalazimo na pragu pet decenija razvoja savremenog međunarodnog prava životne sredine i da postoji dovoljno građe za istraživanje različitih pitanja u ovoj oblasti.⁵

U ovom radu se ispituje način kako se međunarodni ugovori u oblasti životne sredine, normativno posmatrano, odnose prema pitanju „primene“ („sprovođenja“).⁶ Polazi se od procene da u primeni međunarodnih ugovora postoje izvesni problemi.⁷ Često se postavlja pitanje efikasnosti međunarodnih

⁴ Istoriju nastojanja da se usvoji Globalni pakt za životnu sredinu Aguila razmatra u kontekstu ključnih dokumenata usvojenih od Stokholmske konferencije (1972) do danas. Šire, Yann Aguila, „A Global Pact for the Environment: The Logical Outcome of 50 Years of International Environmental Law“, *Sustainability*, Vol. 12, No. 14, Basel, 2020, 2-4. Za tekst nacрта Globalnog pakta, <https://globalpactenvironment.org/uploads/EN.pdf>, 20.09.2021.

⁵ *Gautier* posebno naglašava razvoj koji je međunarodno pravo životne sredine doživelo u periodu tokom poslednje decenije XX veka do danas. Phillippe Gautier, „The Role of International Courts and Tribunals in the Development of Environmental Law“, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, Vol. 109, 2015, 190. Autor evoluciju u razvoju međunarodnog prava životne sredine posmatra kroz povećan broj sudskih odluka donesenih u predmetima zaštite životne sredine. Ipak, autor konstatuje da je uloga međunarodnih sudova u razvoju međunarodnog prava prilično ograničena, iako bi je trebalo posmatrati, prevashodno, u kontekstu potrebe da se osigura „dosledan pristup u sprovođenju propisa u oblasti životne sredine.“

⁶ Metodološki posmatrano, u raspravi o primeni međunarodnih ugovora trebalo bi imati u vidu i razvoj drugih izvora međunarodnog prava ali to pitanje zaslužuje znatno više prostora. Takođe, preciznosti radi, detaljnija analiza bi morala obuhvatiti i pitanje razgraničenja između „primene“ i drugih pojmova koji su u neposrednoj vezi sa „primenom“ (implementation). To su, pre svega, pojam „usaglašenost“ (compliance), zatim formulacija obezbeđivanje poštovanja (enforcement) i efikasnost („efficiency“). Zbog ograničenog prostora ne ulazi se u posebnu raspravu o ovim pitanjima. Za šire v.: *Manual on Compliance with and Enforcement of Multilateral Environmental Agreements*, UNEP, 2006, 59. Bowman, et. al. naglašava da primena predstavlja ključni element u osiguravanju usklađenosti s međunarodnim pravom. Ona ima dominantnu ulogu u osiguravanju usklađenosti ne-državnih aktera s međunarodnim normama, posebno tamo gde su međunarodne obaveze neposredno ili posredno prevedene u nacionalno pravo. Michael Bowman, Peter Davies, C. Redgwell, „Implementation and enforcement of international wildlife law“, *Lyster's International Wildlife Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 92–118.

⁷ *Gaps in international environmental law and environment-related instruments: towards a global pact for the environment*, Report of the United Nations' Secretary-General, A/73/419, 30 November 2018, 36–41; Natalia Escobar-Pemberthy, Maria Ivanova, „Implementation of Multilateral

ugovora.⁸ Analiziraju se norme međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine koje se neposredno odnose na primenu.⁹ Za osnovu analize se uzimaju po tri međunarodna ugovora zaključena u različitim fazama razvoja savremenog međunarodnog prava životne sredine (globalni i regionalni od značaja za Republiku Srbiju).¹⁰ Pokušava se ustanoviti postojanje sličnosti i razlika u načinu regulisanja „primene“ međunarodnih ugovora, u zavisnosti od faze u kojoj su zaključeni. Za kriterijume poređenja se uzima nekoliko kriterijuma kao što su postojanje posebnih normi kojima se propisuju obaveze strana ugovornica u vezi sa primenom konkretnog međunarodnog ugovora, postojanje tela zaduženih za praćenje primene, definisanje nadležnosti tih tela, obaveza strana ugovornica da izveštavaju o primeni međunarodnih ugovora, postojanje mehanizma rešavanja sporova u primeni ugovora.

ODNOS MEĐUNARODNIH UGOVORA PREMA PRIMENI (SPROVOĐENJU)

Period od Stokholmske do Rio konferencije (1972-1992)

Iako u ovom periodu nije zaključen veliki broj međunarodnih ugovora, nekoliko njih imaju fundamentalni značaj.¹¹ Jedan od njih je i Bečka konvencija

Environmental Agreements: Rationale and Design of the Environmental Conventions Index“, *Sustainability*, Vol. 12, No. 17, Basel, 2020, 5.

⁸ Todić, D, „Međunarodni ugovori u oblasti životne sredine i uzroci (ne)efikasnosti“, *Strani pravni život*, no. 2, Beograd, 2017, 47–58.

⁹ Dakle, u ovom radu se ne ispituje primena međunarodnih ugovora u praksi. Van analize ostaju različita pitanja koja mogu biti relevantna za raspravu o primeni (sprovođenju) međunarodnih ugovora, kao što je pitanje odnosa unutrašnjih pravnih sistema prema međunarodnom pravu, pitanje organizacije i funkcionisanja različitih pravnih sistema, pitanje karakteristika i složenosti pojedinih pitanja koja su predmet uređivanja konkretnog međunarodnog ugovora, itd. Za jedan osvrt na metodološka pitanja v.: Piret Kuldna, Kaja Peterson, Jacqueline Senyagwa and Stacey Noel, *Insights from testing a new methodology for unified evaluation of multilateral environmental agreements*, Stockholm Environment Institute, 2014. Spisak međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine čiji depozitar su UN, https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=27&subid=A&clang=_en, 16.09.2021. Širi spisak međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine, *Register of international treaties and other agreements in the field of the environment*, UNEP, Nairobi, 2005.

¹⁰ Jedna od metodoloških teškoća za celovito sagledavanje pitanja primene međunarodnih ugovora povezana je i sa činjenicom da su međunarodni ugovori u nekim oblastima zaključivani u jednom periodu, a da su protokoli uz te iste međunarodne ugovore, ili izmene i dopune međunarodnih ugovora, usvajani u drugom ili trećem periodu. Ovo je dodatni argument zbog čega bi pitanje ponuđene periodizacije trebalo shvatiti samo uslovno, imajući u vidu da bi, u zavisnosti od prevashodnih kriterijuma analize, trebalo imati u vidu funkcionisanje sistema normi u jednoj oblasti kao celini (npr. klimatske promene, zaštita biološke raznovrsnosti, upravljanje vodnim resursima, itd).

¹¹ U ovom periodu je zaključeno nekoliko međunarodnih ugovora globalnog i regionalnog karaktera kao što su: Bečka konvencija o zaštiti ozonskog omotača (1985), sa Montrealskim

o zaštiti ozonskog omotača (1985) koja sadrži nekoliko odredbi koje se neposredno odnose na primenu.¹² Najpre, strane ugovornice su se obavezale da „u skladu sa raspoloživim sredstvima i mogućnostima“ saraduju na izradi mera, procedura i standarda za „sprovođenje“ Konvencije, kada se radi o „usvajanju protokola i priloga“, odnosno, da saraduju s nadležnim međunarodnim telima „radi efikasnijeg sprovođenja“ konvencije i protokola (čl. 2). Informacije o merama koje strane usvoje prilikom „sprovođenja ove konvencije i protokola“ obavezne su da dostave Konferenciji preko Sekretarijata (čl. 5).¹³ U nastavku ovako konstruisanog sistema propisane su obaveze Konferencije strana ugovornica. One se, između ostalog, odnose na praćenje sprovođenja konferencije uključujući i „ustanovljavanje pomoćnih organa, kada se oceni da su neophodni radi sprovođenja ... konvencije“ (čl. 6, t. i). U slučaju sporova u vezi sa primenom (i tumačenjem) normi iz Konvencije predviđen je i mehanizam za rešavanje sporova (čl. 11 st. 1).

U slučaju Bazelske konvencije o kontroli prekograničnog kretanja opasnih otpada i njihovom odlaganju (1989) propisuje se opšta obaveza strana ugovornica da preduzmu „odgovarajuće zakonske, administrativne i druge mere radi primene i sprovođenja odredbi ove Konvencije uključujući i mere za sprečavanje i kažnjavanje ponašanja koje je u suprotnosti sa Konvencijom“ (čl. 4). Izveštaj koji sadrži informacije o merama koje su usvojene radi primene Konvencije strane ugovornice su u obavezi da dostavljaju Konferenciji strana preko Sekretarijata i to pre kraja svake kalendarske godine (čl. 13).¹⁴ Obaveza dostavljanja informacija se odnosi i na druga pitanja kao što su: promene u pogledu određivanja nadležnih organa i/ili fokalnih mesta, promene u definiciji opasnih otpada, odluke koje su donele o potpunom ili delimičnom neslaganju sa uvozom opasnih otpada ili drugih otpada za odlaganje u oblasti pod njihovom nacionalnom jurisdikcijom; odluke koje se odnose na ograničenje ili zabranu izvoza opasnih otpada ili drugih

protokolom (1987) i Londonskim amandmanom (1990), Bazelska konvencija o kontroli prekograničnog kretanja opasnih otpada i njihovom odlaganju (1989), Konvencija o prekograničnom zagađivanju vazduha na velike udaljenosti (1979) i EMEP protokol uz ovaj međunarodni ugovor (1984), itd.

¹² Tekst ugovora, https://ozone.unep.org/sites/default/files/2019-12/The%20Ozone%20Treaties%20EN%20-%20WEB_final.pdf, 19.09.2021. Radi se o međunarodnom ugovoru okvirnog karaktera za čiju primenu je bilo potrebno da se donese poseban protokol (Montrealski protokol o supstancama koje oštećuju ozonski omotač, 1987) kojim su preciznije uređena pojedina pitanja od značaja za primenu.

¹³ Šire o online sistemu izveštavanja, <https://ors.ozone.unep.org/>, 14.08.2021. V. i: <https://ozone.unep.org/countries>, 14.08.2021. <https://ozone.unep.org/countries/data-table>, 14.08.2021.

¹⁴ Primeri nacionalnih izveštaja, <http://www.basel.int/Countries/NationalReporting/NationalReports/BC2018Reports/tabid/8202/Default.aspx>, 08.09.2021.

otpada; itd.¹⁵ Propisana je nadležnost Konferencije strana ugovornica da „stalno razmatra i procenjuje delotvornu primenu“ Konvencije (čl. 15). To uključuje i razmatranje i preduzimanje „bilo kakvih dodatnih akcija koje mogu biti potrebne za postizanje ciljeva ove Konvencije (u svetlu iskustva stečenog u njenoj primeni i u primeni sporazuma i aranžmana predviđenih u članu 11); osnivanje podtela koja se smatraju neophodnim za primenu itd. To uključuje i razmatranje i preduzimanje „bilo kakvih dodatnih akcija koje mogu biti potrebne za postizanje ciljeva ove Konvencije, itd. Propisana su pravila koja se odnose na rešavanje sporova u pogledu primene (i tumačenja) Konvencije (čl. 20).

Konvencija o prekograničnom zagađivanju vazduha na velike udaljenosti (1979), iako ugovor regionalnog karaktera (zaključen u okviru Ekonomske komisije UN za Evropu), pripada grupi najpoznatijih međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine i sadrži odredbe koje se neposredno odnose na primenu.¹⁶ Tako je članom 10 propisano formiranje „izvršnog organa“ u čiju nadležnost se stavlja „praćenje primene ove Konvencije.“¹⁷ U okviru obaveza Sekretarijata konvencije predviđeno je da Izvršni sekretar Evropske ekonomske komisije vrši određene funkcije. Propisan je i način rešavanja sporova u pogledu primene (i tumačenja) Konvencije.“ (član 13).

Period od Rio konferencije do Samita o održivom razvoju (1992-2002)¹⁸

Okvirna Konvencija UN o promeni klime pažljivo razrađuje pitanja sprovedena ovog međunarodnog ugovora propisujući ovlašćenja i dužnosti pojedinih

¹⁵ U okviru Bazelske konvencije razvijena je praksa izrade metodologije koja treba da obezbedi ujednačeno i dosledno dostavljanje informacija o primeni Konvencije. V: <http://www.basel.int/Implementation/Publications/GuidanceManuals>, 04.09.2021.

¹⁶ Osam protokola je zaključeno uz ovaj međunarodni ugovor. Od toga četiri u ovoj fazi razvoja, a četiri u periodu od Rio konferencije 1992. godine do Svetskog samita o održivom razvoju (2002). Tekst Konvencije i osnovne informacije, <https://unece.org/convention-and-its-achievements>, 15.08.2021.

¹⁷ Za procenu rada „izvršnog organa“ v. Daniel Bodansky, „Implementation of International Environmental Law“, *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 54, Tokyo, 2011, 87, 88.

¹⁸ U ovom periodu je usvojen veći broj značajnih međunarodnih ugovora globalnog i regionalnog karaktera, kao što su: Okvirna konvencija UN o promeni klime i Konvencija o biološkoj raznovrsnosti (1992), UN Konvencija o borbi protiv dezertifikacije u zemljama sa teškom sušom i/ili dezertifikacijom, posebno u Africi (1994), Kjoto protokol uz Okvirnu konvenciju UN o promeni klime (1997), Konvencija o pravu neplovidbenih korišćenja međunarodnih vodotokova (1997), Roterdamska konvencija o postupku davanja saglasnosti na osnovu prethodnog obaveštenja za određene opasne hemikalije i pesticide u međunarodnoj trgovini (1998), Stokholmska konvencija o dugotrajnim organskim zagađujućim materijama (2001), itd. U ovom period su usvojena i tri amandmana na Montrealski protokol o substancama koje oštećuju ozonski omotača (Kopenhagen 1992, Montreal 1997 i Peking 1999).

tela formiranih u okviru ovog međunarodnog ugovora.¹⁹ Propisano je da će, radi rešavanja pitanja koja se odnose na sprovođenje Konvencije, Konferencija strana na svom prvom zasjedanju razmotriti pitanja uspostavljanja multilateralnog konsultativnog procesa, koji će Strane, na svoj zahtev, moći da koriste za rešavanje pitanja koja se tiču sprovođenja Konvencije (čl. 13). Konvencijom se osniva pomoćni organ čiji je zadatak pružanje pomoći Konferenciji Strana u oceni i analizi sprovođenja Konvencije (čl. 19).²⁰ Dostavljanje informacija koje se odnose na sprovođenje Konvencije regulisano je članom 12 na detaljan način koji obuhvata obaveze strana ugovornica da preko Sekretarijata dostavljaju informacije koje se tiču nacionalnog katastra atropogenih emisija, opšti opis mera koje se preduzimaju radi sprovođenja Konvencije, kao i ostale informacije koje su relevantne za ostvarivanje cilja Konvencije. Posebno se propisiju obaveze strana koje pripadaju kategoriji razvijenih država, odnosno strana – zemalja u razvoju. U vezi sa primenom su i norme Konvencije koje se odnose na „mehanizam za obezbeđivanje finansiranja na nepovratnoj osnovi ili pod povoljnim uslovima, uključujući transfer tehnologije“, koji se ustanovljava Konvencijom (čl. 11). Ukoliko se pojavi spor između dve ili više Strana u vezi sa tumačenjem i primenom Konvencije zainteresovane Strane potražiće rešenje spora „putem pregovora ili na bilo koji drugi miran način po sopstvenom izboru“ (čl. 14 st. 1). U nastavku aktivnosti međunarodne zajednice u oblasti klimatskih promena Kjoto protokol (1997) propisuje da će Konferencija strana („u svojstvu sastanka Strana ovog Protokola“) „redovno ... kontrolisati implementaciju ovog protokola i u okviru svog mandata (i) donositi odluke neophodne za efikasnost te implementacije“ (čl. 13 stav 4).²¹

Osim toga, ovu fazu razvoja karakteriše i izuzetno intenzivna aktivnost Ekonomske komisije Ujedinjenih nacija za Evropu, u okviru koje je na samom početku ovog perioda usvojeno nekoliko međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine: Espo konvencija o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu, Helsinška konvencija o zaštiti prekograničnih vodotoka i međunarodnih jezera i Helsinška konvencija o prekograničnim efektima industrijskih akcidenata. U drugom delu ovog perioda (1998) usvojena je Arhuska konvencija o dostupnosti informacijama, učešću javnosti u donošenju odluka i dostupnosti pravosuđa u pitanjima koja se tiču životne sredine. Na subregionalnom nivou usvojena je za RS posebno značajna konvencija – Sofijska konvencija o saradnji na zaštiti i održivom korišćenju reke Dunav (1994).

¹⁹ Procenjuje se da pravni režim klimatskih promena uspostavlja (možda) „najdetaljniji postupak pregleda do sada“, Daniel Bodansky, op. cit, 87, 88. Ovde bi trebalo imati u vidu i činjenicu da za oblast klimatskih promena Okvirna konvencija UN o promeni klime predstavlja osnovni međunarodni ugovor i da ostale međunarodne ugovore u ovoj oblasti treba tumačiti imajući u vidu Okvirnu konvenciju.

²⁰ Ovaj organ otvoren je za učešće svih Strana i sastoji od predstavnika vlada, koji su eksperti za pitanja koja se odnose na promenu klime. On redovno izveštava Konferenciju Strana o svim aspektima svoga rada.

²¹ „Konferencija strana“ označava Konferenciju strana u Konvenciji, a „Konvencija“ označava Okvirnu konvenciju UN o promeni klime (1992).

Detaljno je propisano šta to tačno obuhvata.²² Kao deo mera sprovođenja pitanje upotrebe tzv. tržišnih mehanizama posebno se razrađuje, uključujući i tzv. zajedničko sprovođenje (pored mehanizma čistog razvoja i trgovine emisijama).²³

Konvencija o biološkoj raznovrsnosti sadrži razrađene mehanizme koji se odnose na primenu Konvencije. Svaka Strana ugovornica je obavezna da, u periodima koje će odrediti Konferencija Strana, podnese Konferenciji Strana izveštaje o merama koje je preduzela za primenu odredbi ove konvencije i njihovoj delotvornosti u ispunjavanju ciljeva ove konvencije (čl. 26), a mehanizam za rešavanje sporova u pogledu tumačenja i primene Konvencije je regulisan na sličan način kao kod Okvirne konvencije o promeni klime (čl. 27).²⁴

U slučaju UN Konvencije o borbi protiv dezertifikacije u zemljama sa teškom sušom i/ili dezertifikacijom, posebno u Africi (1994), Konferencija strana, kao „najviši organ“, ima nadležnosti u pogledu donošenja „odluka, koje su neophodne za unapređenje njenog efikasnog sprovođenja“ (čl. 22). To znači da ona, između ostalog, „redovno pratiti sprovođenje Konvencije“, podstiče i olakšava razmenu informacija, osniva pomoćne organe koji se smatraju potrebnim za sprovođenje Konvencije, itd.²⁵ I ovde je propisana obaveza strana ugovornica da podnose na razmatranje izveštaje o merama koje su preduzele za sprovođenje Konvencije. (čl. 26), a propisane su posebne obaveze „ugroženih zemalja“. Predviđen je i mehanizam za rešavanje sporova u pogledu tumačenja i primene Konvencije (čl. 27). Može biti interesantno da Konvencija o pravu neplovidbenih korišćenja međunarodnih

²² Npr. ocenjuje, na osnovu svih informacija koje su joj stavljene na raspolaganje u skladu sa odredbama ovog Protokola, *tok ostvarivanja ovog Protokola od strane Strana i opšti efekat mera preduzetih u skladu sa Protokolom*, a posebno ekonomske, društvene i efekte na životnu sredinu, kao i njihov kumulativni uticaj i stepen napretka u dostizanju cilja Konvencije; periodično razmatra obaveze Strana po ovom Protokolu, sa dužnom pažnjom uvažavajući sve revizije nastale na osnovu čl. 4 st. 2(d), i čl. 7 st. 2 Konvencije, u svetlu ciljeva Konvencije, iskustvo stečeno u toku njene implementacije i evoluciju naučnog i tehnološkog znanja, i u vezi s tim, razmatra i usvaja redovne izveštaje o implementaciji Protokola; unapređuje i olakšava razmenu informacija o merama usvojenim od strane Strana za rešavanje pitanja promene klime i relevantnih uticaja, uzimajući u obzir različite okolnosti, odgovornosti i mogućnosti Strana i njihove odgovarajuće obaveze po ovom Protokolu, itd. Inače, pravila procedure Konferencije strana i finansijske procedure koje se primenjuju saglasno Konvenciji, primenjujuće se *mutatis mutandis* u okviru ovog Protokola, izuzev ako Konferencija strana, u svojstvu sastanka Strana ovog Protokola konsenzusom ne odluči drugačije (st. 5).

²³ Za jedan osvrt na ulogu ovih instrumenata v. Edith Brown Weiss, op. cit., 24, 25.

²⁴ Pitanje primene ovog međunarodnog ugovora trebalo bi, u detaljnijoj analizi, procenjivati vodeći računa o primeni drugih međunarodnih ugovora koji za svoj predmet regulisanja imaju različita pitanja u oblasti zaštite prirode.

²⁵ Konferencija Strana će razmatrati i usvajati procedure i institucijalne mehanizme za rešavanje pitanja koja se mogu pojaviti u pogledu sprovođenja ove Konvencije (čl. 27).

vodotokova (1997) ne sadrži posebne odredbe koje bi se odnosile na pitanja primene odredaba Konvencije, osim u slučaju „hitne realizacije planiranih mera“ koje su od najveće hitnosti u cilju zaštite javnog zdravlja, javne bezbednosti ili drugih podjednako važnih interesa (čl. 19).²⁶

*Period od Svetskog samita o održivom razvoju do danas (2002-2021)*²⁷

Minimata konvencija o živi (2013) propisuje obavezu strana ugovornica da podnose izveštaje o merama koje su preduzete za sprovođenje odredaba Konvencije i o delotvornosti takvih mera, kao i mogućim izazovima pri ispunjavanju ciljeva Konvencije (čl. 21).²⁸ Konvencijom je predviđeno formiranje posebnog „odбора za sprovođenje i usklađenost“ (čl. 15) koji „promoviše sprovođenje svih odredaba ove konvencije i razmatra usklađenost s tim odredbama.“²⁹ U nadležnosti je Konferencije strana ugovornica da vrši ocenu delotvornosti (efikasnosti) sprovođenja Konvencije.

Odnos Pariskog sporazuma o klimi (2015) prema pitanju primene trebalo bi posmatrati u kontekstu ukupnih aktivnosti međunarodne zajednice na planu međunarodno-pravnog regulisanja ovih pitanja, započetih donošenjem Okvirne konvencije

²⁶ Ako se imaju u vidu pretenzije ka univerzalnosti, Konvenciju odlikuje skroman broj strana ugovornica (37). U detaljnijoj analizi bi pitanje primene ovog međunarodnog ugovora trebalo razmatrati imajući u vidu relevantne odredbe drugih međunarodnih ugovora koji se bave upravljanjem vodnim resursima. Videti mišljenje Vučića, koji smatra da Konvencija ima ulogu „krovnog dokumenta, koji bi trebalo da podstakne ujednačavanje primene običajnog prava, da premosti pukotine nastale fragmentacijom i da podstakne sklapanje novih normativnih aranžmana tamo gde još nisu ustanovljeni“, Mihajlo Vučić, *Mehanizmi ostvarivanja načela neuzrokovanja štete u praksi upravljanja međunarodnim vodotokovima*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2018, 35.

²⁷ Ovaj period karakteriše izvestan zastoj u dinamici povećanja broja zaključenih međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine. Na globalnom nivou su zaključena dva međunarodna ugovora i to Minimata konvencija o živi (2013) i Pariski sporazum o promeni klime (2015). Sačinjen je i nacrt Globalnog pakta za životnu sredinu. Na regionalnom nivou je zaključen Sporazum o pristupu informacijama, učešću javnosti i pravdi u pitanjima koja se tiču životne sredine u Latinskoj Americi i Karibima (2018). Usvojeno je i nekoliko protokola uz već postojeće međunarodne ugovore, kao i amandmana na postojeće međunarodne ugovore.

²⁸ Obaveza obaveštanja o „delotvornosti“ mera zaslužuje posebnu analizu. Inače, strane ugovornice imaju „mogućnost“ da na osnovu početnog ispitivanja „izrade i sprovede plan za ispunjavanje obaveza koje proističu iz ove Konvencije, uzimajući u obzir domaće okolnosti. Svaki takav plan se šalje Sekretarijatu odmah nakon izrade“ (čl. 20).

²⁹ Odbor ispituje kako pojedinačna tako i sistemska pitanja sprovođenja i usklađenosti i daje preporuke Konferenciji strana ugovornica, kada za tim postoji potreba (čl. 15 st. 2).

UN o promeni klime (1992).³⁰ Centralnim delom obaveza iz Pariskog sporazuma može se smatrati obaveza dostavljanja informacija o tzv. nameravanim nacionalno određenim doprinosima smanjenja emisija gasova sa efektom staklene bašte.³¹ On se posebnim odredbama određuje spram pitanja „olakšavanja primene“ i „unapređenja poštovanja“ (čl. 15).³² Strane ugovornice su u obavezi da pri sprovođenju Sporazuma „razmotre bojazni Strana čije su privrede najviše pogođene uticajima mera za borbu protiv klimatskih promena, naročito Strana koje su zemlje u razvoju“ (čl. 4). Propisana je obaveza saradnje na primeni mera čiji je cilj „poboljšanje obrazovanja o klimatskim promenama, obuka, javna svest, učešće javnosti i pristup informacijama, itd. (čl. 12).

Dva principa sadržana u nacrtu Globalnog pakta za životnu sredinu (2018) direktno se odnose na primenu međunarodnih obaveza od strane država. U dokumentu se pokušava ustanoviti obaveza strana ugovornica da vode računa o „efikasnosti“ propisa koje donose u oblasti životne sredine, tj. dužne su, pored usvajanja „efikasnih“ propisa da obezbede i njihovu „efikasnu i poštenu primenu i nadzor“ (član 15). Paktom je predviđeno i uspostavljanje mehanizma usklađenosti koji treba da „olakša primenu i unapređenje poštovanja“ odredbi Pakta (član 21). Ovaj mehanizam se sastoji od Odbora nezavisnih stručnjaka i fokusira se na olakšavanje primene. Treba da deluje na „transparentan, nekonkurentan i nekažnjiv način.“ Istovremeno, predviđeno je da Odbor treba da obrati „posebnu pažnju na odgovarajuće nacionalne okolnosti i sposobnosti strana.“³³

ZAKLJUČAK

Ako bi se razvoj savremenog međunarodnog prava životne sredine posmatrao kroz prizmu ključnih događaja globalnog karaktera koji su održani u poslednjih skoro pola veka (kao što su Stokholmska konferencija o čovekovoј sredini,

³⁰ Dragoljub Todić, „Pariski sporazum o klimi u sistemu međunarodnih ugovora od značaja za EU integracije Republike Srbije“, *Evropsko zakonodavstvo*, br. 58, Beograd, 2016, 111–129.

³¹ V. <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>, 08.06.2021.

³² Šire, Achala Abeyasinghe, Subhi Barakat, *The Paris Agreement: Options for an effective compliance and implementation mechanism*, International Institute for Environment and Development, London, 2016.

³³ Predviđeno je da Odbor postepeno zaživi i postane operativan. Godinu dana nakon stupanja na snagu Pakta depozitar će sazvati sastanak strana na kojem će se utvrditi modaliteti i procedure prema kojima će Odbor izvršavati svoje funkcije. Dve godine nakon stupanja Odbora na dužnost svaka će strana izvestiti Odbor o svom napretku u primeni odredbi Pakta, a učestalost izveštavanja treba da bude utvrđena na sastanku strana ugovornica (ne duže od četiri godine).

1972, Rio konferencija o životnoj sredini i razvoju, 1992, Svetski samit o održivom razvoju, 2002), može se uočiti da je najveći broj međunarodnih ugovora zaključen u deceniji nakon Rio konferencije o životnoj sredini i razvoju. Istovremeno, izgleda da odnos međunarodnih ugovora prema pitanju „primene“ nije u direktnoj vezi sa vremenom kada je ugovor zaključen, tj. periodom razvoja savremenog međunarodnog prava. Međunarodni ugovori zaključeni u sva tri perioda sadrže odredbe koje se odnose na primenu. Analiza pokazuje da postoje izvesne razlike, ali i visok nivo sličnosti u pogledu odnosa prema pitanju „primene“. Osnovni elementi izgledaju isti (obaveza saradnje, institucionalna struktura sa propisanim nadležnostima sekretarijata i konferencije strana ugovornica, zatim mogućnost formiranja posebnih tela koja bi se bavila pitanjem primene, obaveza dostavljanja izveštaja, praćenje sprovođenja, način rešavanja sporova, itd). Razlike koje postoje uglavnom bi se mogle vezivati za predmet regulisanja, karakter materije koja se reguliše, složenost ciljeva koji treba da se ostvare, vrstu instrumenata koji su propisani konkretnim međunarodnim ugovorom itd, što zaslužuje posebnu analizu.

DRAGOLJUB TODIĆ
Professorial Fellow, Institute of International
Politics and Economics, Belgrade

HALF A CENTURY OF DEVELOPMENT OF CONTEMPORARY
INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW AND IMPLEMENTATION
OF INTERNATIONAL AGREEMENTS

Summary

The introductory part of paper gives an overview of half a century of development of contemporary international environmental law. The key points in development are the Stockholm Conference on the Human Environment (1972), the Rio Conference on Environment and Development (1992) and the World Summit on Sustainable Development (2002). The latest impetus in the development of international environmental law is considered to be the draft of the Global Pact for the Environment, which was presented in the UN General Assembly in 2018. The second part of the paper examines the question of how international agreements and other documents in the field of environment relate to their implementation. The most important international agreements concluded at various stages of the development of international environmental law, as well as the draft of the Global Pact for the Environment are analyzed. The aim of this paper is to determine the answer to the question how international environmental agreements relate to the issue of implementation and whether the manner of regulating the issue of implementation could be related to the stages of international environmental law development. The paper discusses the thesis that the relationship of international agreements to the issue of implementation depends on the stage of development of modern international environmental law. In conclusion it is stated that the analyzed international agreements relate

to the manner of application in a similar way, regardless of the period in which they were concluded. The existence of certain differences could be attributed to other factors, including the specifics of the subject matter of international agreements.

Key words: environment, international law, Stockholm Conference, Rio Conference, Global Pact for the Environment

Literatura

- Abeyesinghe A., Barakat S., *The Paris Agreement: Options for an effective compliance and implementation mechanism*, International Institute for Environment and Development, London, 2016.
- Aguila Y., „A Global Pact for the Environment: The Logical Outcome of 50 Years of International Environmental Law“, *Sustainability*, Vol. 12, No. 14, 2020.
- Bodansky D., „Implementation of International Environmental Law“, *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 54, Tokyo, 2011.
- Bowman M., Davies P., Redgwell, C. „Implementation and enforcement of international wildlife law“, In *Lyster's International Wildlife Law*, Cambridge: Cambridge University Press. 2010.
- Escobar-Pemberthy N., Ivanova M., „Implementation of Multilateral Environmental Agreements: Rationale and Design of the Environmental Conventions Index“, *Sustainability*, Vol. 12, No. 17, Basel, 2020.
- Gautier P., „The Role of International Courts and Tribunals in the Development of Environmental Law“, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 2015.
- „Gaps in international environmental law and environment-related instruments: towards a global pact for the environment“, Report of the United Nations' Secretary-General, A/73/419, 30 November 2018.
- Kim R., Bosselmann K., „International Environmental Law in the Anthropocene: Towards a Purposeful System of Multilateral Environmental Agreements“, *Transnational Environmental Law*, Vol. 2, No. 2, Cambridge University Press, 2013.
- Kiss, A., Shelton D., *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007.
- Kuldna P., Peterson K., Senyagwa J., Noel S., *Insights from testing a new methodology for unified evaluation of multilateral environmental agreements*, Stockholm Environment Institute, 2014.
- Manual on Compliance with and Enforcement of Multilateral Environmental Agreements*, UNEP, 2006.
- Percival R.V., „The EPA as a Catalyst for the Development of Global Environmental Law“, *Case Western Reserve Law Review*. Vol. 70, No. 4, Cleveland, 2020.
- Register of international treaties and other agreements in the field of the environment*, UNEP, Nairobi, 2005.

- Sands P., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2003.
- Shaw M. N., *International law*, Cambridge University Press, 2014.
- Scott K. N., „The Dynamic Evolution of International Environmental Law“, *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 49, No. 4, November 2018.
- Todić D., „Međunarodni ugovori u oblasti životne sredine i uzroci (ne)efikasnosti“, *Strani pravni život*, No. 2, Beograd, 2017.
- Todić D., „Pariski sporazum o klimi u sistemu međunarodnih ugovora od značaja za EU integracije Republike Srbije“, *Evropsko zakonodavstvo*, br. 58, Beograd, 2016.
- Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, A/RES/70/1, 21 October 2015.
- Vučić M., *Mehanizmi ostvarivanja načela neuzrokovanja štete u praksi upravljanja međunarodnim vodotokovima*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2018.
- Weiss E. B., „The Evolution of International Environmental Law“, *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 54, Tokyo, 2011.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 05.10.2021.

Prihvaćen: 25.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

NIKOLA PAUNOVIĆ

PRAVO NA ŽIVOT I ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE U PRAKSI KOMITETA ZA LJUDSKA PRAVA, EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA I EVROPSKOG SUDA PRAVDE

Održivo očuvanje prirodnih vrednosti koje čine vazduh, voda, zemljište, šume, geološki resursi, biljni i životinjski svet, predstavlja neophodnu osnovu za ostvarenje ljudskog prava na život u zdravoj životnoj sredini. Ipak, da bi se to postiglo potrebno je uspostaviti održivi balans između imperativa za privrednim razvojem i zaštite životne sredine, u cilju izbegavanja narušavanja prava ljudi da žive u zdravoj životnoj sredini. Polazeći od činjenice da se ljudi svakodnevno širom sveta suočavaju sa privrednim aktivnostima koje utiču na životnu sredinu, što otežava ostvarivanje njihovog prava na život u zdravoj životnoj sredini, u radu se analiziraju slučajevi pred Komitetom za ljudska prava, Evropskim sudom za ljudska prava i Evropskim sudom pravde u kojima je odlučivano o ovom pravu. U zaključnim razmatranjima se ističe da je potrebno usmeravati, u cilju zaštite prava čoveka da živi u zdravoj i održivoj životnoj sredini, posebnu pažnju na primeni preventivnog pristupa u planiranju i sprovođenju privrednih aktivnosti, kako bi se rizici po živote ljudi sveli na najmanju meru.

Ključne reči: pravo na život, životna sredina, Komitet za ljudska prava, Evropski sud za ljudska prava, Evropski sud pravde

U V O D N A R A Z M A T R A N J A

Industrijski i tehnološki razvoj do koga je došlo u poslednja dva veka stvorio je nove mogućnosti za osavremenjivanje sredstava za rad i proizvodnih procesa, što je doprinelo ne samo rapidnom ubrzanju privrednog napretka razvijenih zemalja

Nikola Paunović, Treći sekretar u Ministarstvu spoljnih poslova Republike Srbije, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: dzoni925@gmail.com.

već i povećanoj eksploataciji ograničenih prirodnih resursa.¹ Na osnovu ostvarenih dostignuća i brojnih perspektiva koje su pružale tehnološke inovacije tokom industrijskog razvoja vladalo je mišljenje da će osavremenjeni proizvodni pogoni omogućiti napredak čovečanstva, na način da čovek potčini prirodu svojim potrebama. Iako se uspelo u tome, ostaje činjenica da su zanemarene opasnosti od negativnih uticaja životne sredine na ostvarivanje prava na život ljudi o čemu svedoče brojne ekološke katastrofe i njihove razorne posledice koje ne prouzrokuju isključivo lokalne štetne efekte, već naprotiv neretko regionalne pa i globalne.² Iz tog razloga razmatranje prava na život u kontekstu zaštite životne sredine jeste pitanje od prvorazrednog interesa za celo čovečanstvo.

Ovo naročito stoga što u kapitalistički orijentisanom društvu osnovni cilj industrijski moćnih privrednih subjekata jeste kako što brže i jednostavnije ostvariti profit.³ Iako je ovaj pristup sasvim legitiman posmatrano iz perspektive interesa privrednih subjekata, gledano sa ekološke strane on zapostavlja brigu o ostvarivanju i zaštiti prava na život ljudi koje u savremenom kontekstu postaje sve ugroženije delovanjem štetnih procesa iz životne sredine.

Uzimajući u obzir izneto stanje, u daljem radu će se analizirati dostignuća ostvarena na nivou Ujedinjenih nacija, Saveta Evrope i Evropske Unije koji su putem prakse svojih organa i to Komiteta za ljudska prava, Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde izvršili uticaj na prihvatanje ekstenzivnog pristupa u tumačenju domašaja sadržine prava na život, podvođeci pod ovo pravo i slučajeve u kojima je došlo do njegove povrede usled odsustva primene preventivnih mera za zaštitu životne sredine. Slučajevi koji će biti predstavljeni u daljim redovima ukazuju da postepeno sazreva svest o potrebi da se pravo na život posmatra u kontekstu zaštite životne sredine. Ovo je vrlo važno za buduće razumevanje odnosa između prava na život ljudi u zdravoj ekološkoj sredini i zaštite životne sredine, budući da je pravo na zdravu životnu sredinu jedno od osnovnih ljudskih prava i tradicionalno se svrstava u treću generaciju ljudskih prava, zbog čega se ne može izolovano posmatrati od prava koja pripadaju korpusu prve generacije gde se ubraja pravo na život. Imajući u vidu težinu posledica koje

¹ Milan Škulić, Aleksandra Čavoški, Danijela Trajković, Marina Matić i Vanja Mrakić, *Priručnik za zaštitu životne sredine*, Udruženje tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2011, 105.

² Stevan Lilić, Mirjana Drenovak-Ivanović, *Ekološko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, 43.

³ John Alexander, „Environmental Sustainability versus Profit Maximization: Overcoming Systemic Constraints on Implementing Normatively Preferable Alternatives“, *Journal of Business Ethics*, vol. 76, no. 2, 2007, 155.

moгу ostaviti ekološke katastrofe, nedovoljno razvijenu svest građana o potrebi zaštite životne sredine, kao i nepotpuno informisanje javnosti o stanju životne sredine jasno je da su dostignuća sačinjena u praksi pomenutih organa na nivou Ujedinjenih nacija, Evropske Unije i Saveta Evrope od izuzetnog značaja za ostvarivanje prava ljudi na život u zdravom okruženju.

PRAVO NA ŽIVOT I ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE U PRAKSI KOMITETA ZA LJUDSKA PRAVA

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (u daljem tekstu: Pakt) u članu 6 predviđa da je pravo na život neodvojivo od čovekove ličnosti i da niko ne može da bude proizvoljno lišen života.⁴ Ipak, ovim članom Pakta nisu definisani dometi prava na život, zbog čega je to postao zadatak Komiteta za ljudska prava (u daljem tekstu: Komitet), tela koje je ustanovljeno na osnovu člana 28 Pakta radi staranja o poštovanju prava ustanovljenim u ovom aktu. S tim u vezi, do zaključka da pravo na život ne sme da se tumači na restriktivan način došao je upravo Komitet u jednom od skorijih slučajeva, *Portiljo Kaseres protiv Paragvaja* iz 2019. godine, u kojem je prepoznata izričita veza između prava na život i zaštite životne sredine. Pravni osnov za donošenje odluke Komitet je pronašao u svom Opštem komentaru broj 36 koji se bavi konkretizacijom domašaja prava na život iz člana 6 Pakta. U kontekstu zaštite životne sredine veza između prava na život i zaštite životne sredine je istaknuta u paragrafu 62. U ovom kontekstu Komitet je naglasio da zaštita prava na život podrazumeva obavezu nadležnih vlasti da preduzimaju mere za zaštitu životne sredine kako bi se postigla održiva upotreba prirodnih resursa, implementacija ekoloških standarda, procena uticaja na životnu sredinu, kao i odgovarajući pristup javnosti informacijama o opasnostima i rizicima po životnu sredinu, naročito u slučaju pretnji od prirodnih katastrofa i vanrednih situacija.⁵

U pozadini ovog slučaja se nalazi tvrdnja podnosioca predstavke da je masovno korišćenje agrotoksina iz velikih poljoprivrednih gazdinstava dovelo do trovanja lokalnog stanovništva, kao i smrti ljudi, među kojima je bio i rođak podnosioca. U predstavi je stoga istaknuto da su povređena ustavna prava lokalnog

⁴ Zakon o ratifikaciji međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ*, br. 7/71.

⁵ Human Rights Committee, General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, United Nations, New York, 2018, 14-15.

stanovništva, budući da je upotreba otrovnih agrohemijskih proizvoda kršila njihova prava na život u zdravoj životnoj sredini koje između ostalog podrazumeva i pravo na odgovarajući kvalitet hrane, vode, i kvalitet života uopšte. Do kršenja ovih obaveza došlo je usled omogućavanja unosa agrohemijskih i to pretežno pesticida i insekticida putem ishrane što je prouzrokovalo simptome teške mučnine i groznice kod lokalnog stanovništva, a kao krajnji ishod i smrt pojedinih ljudi. Podnosioci su isticali da je do kršenja prava na život u zdravoj životnoj sredini došlo od trenutka kada je počela ekspanzija poljoprivrednih gazdinstava u sredinama gde su živeli, koja su krenula da proizvode genetski modifikovanu soju koja zahteva opsežnu agrohemijsku fumigaciju pre konzumacije od strane ljudi, a što ovi proizvođači nisu učinili jer nisu ispoštovali propisane standarde koji su zahtevali da se uspostave tampon zone oko graničnih farmi i izvora vode kako bi se omogućila kontrola pesticida, prouzrokujući na taj način veliki broj zdravstvenih problema kod ljudi, uključujući glavobolje, groznice, stomadne probleme i rane na koži. Iz tog razloga podnosioci su se obratili lokalnim vlastima i to paragvajskom krivičnom i ustavnom sudu. Uprkos tome što je krivični sud odbacio krivične prijave protiv poljoprivrednika iz procesnih razloga iako je istraga otkrila da su u domovima privrednika pronađene zabranjene agrohemijske, te da nisu ispoštovali ekološke norme, niti primenjivali agrohemijske uz poštovanje odgovarajućih tehničkih uputstava, Ustavni sud je utvrdio da lokalne vlasti nisu na odgovarajući način sproveli ekološke norme, prouzrokujući potencijalno ozbiljne posledice po zdravlje lokalnog stanovništva. Budući da je korišćenje zabranjenih agrohemijskih od strane lokalnih poljoprivrednika nastavljeno nekažnjeno, građani pogođenog područja su odlučili da podnesu predstavku Komitetu. U svojoj predstavi podnosioci su istakli da su paragvajske vlasti povredile njihovo pravo na život zajemčeno Paktom kako iz materijalnih razloga budući da nisu sprovedene ekološke kontrole nad korišćenjem agrohemijskih, tako i iz proceduralnih osnova jer je njima bio onemogućen pristup efikasnom pravnom leku, usled niza propusta u istrazi kao što su zanemarivanje uključivanja kritičnih dokaza u dokazne spise, odlaganje sprovođenja istražnih radnji, izbegavanje krivičnog gonjenja određenih lica i sl.⁶

Analizirajući činjenično stanje i navode podnosilaca predstavke u ovom slučaju Komitet je cenio kako materijalni tako i proceduralni aspekt prava na život i po oba osnova našao da je povređen član 6 Pakta. Naime, Komitet je utvrdio ne samo povredu prava na život članova porodice po materijalnom osnovu,

⁶ Portillo Cáceres and Others v. Paraguay, CCPR/C/126/D/2751/2016, Communication 2751/2016, <https://www.escri-net.org/caselaw/2020/portillo-caceres-and-others-v-paraguay-ccprc126d27512016-communication-27512016>, 24.09.2021.

već i po proceduralnom osnovu uočivši da nadležne vlasti nisu uspele da pruže podnosiocu pristup efikasnom pravnom leku, s obzirom da ekološki propisi nisu sprovedeni na adekvatan način zbog čega podnosioci nisu pravilno obeštećeni za nastalu štetu.⁷

Iako su paragvajске vlasti istakle da je predstavka neprihvatljiva jer Pakt ne štiti pravo na zdravu životnu sredinu, Komitet je našao da je slučaj prihvatljiv, našavši pravni osnov za postupanje u članu 6 Pakta koji se tiče prava na život. Osim toga, paragvajске vlasti su isticale da čak i da se uzme da je slučaj prihvatljiv nije bilo dovoljno dokaza da su gubici života lokalnog stanovništva bili prouzrokovani konzumacijom agrohemikalija. Međutim, Komitet je imao drugačije mišljenje obrazlažući svoje zaključke sledećim argumentima. Prvo, sprovedena krivična istraga otkrila je prisustvo zabranjenih agrohemikalija u bunaru jednog od privrednika koji se koristi za pijaću vodu. Drugo, paragvajске vlasti nisu izvršile obdukciju preminulih lica, usled čega nisu uvrstili ni uzorke krvi i urina u krivični dosije. Treće, lokalne vlasti nisu pružile ni dokaze koji pokazuju da krv i urin stanovnika sadrže normalne nivoe hemikalija. Konstatujući činjenice o opasnostima koje upotreba agrohemikalija uzrokuje po ljudski život, a u nedostatku opovrgavajućih dokaza, Komitet je smatrao da bi navode podnosioca predstavke mogao smatrati osnovanim. Ovo stoga što, prema mišljenju Komiteta, države imaju obavezu da sprovedu pozitivne preventivne mere kako bi sprečile razumno predvidljive opasnosti po ugrožavanje života ljudi prouzrokovane odsustvom implementacije standarda i politika za zaštitu životne sredine. U ovom slučaju, masovno odsustvo sprovođenja procesa fumigacije ugrozilo je izvore vode, useve i životinje koje su poljoprivrednici koristili za ishranu, iako je više državnih entiteta ukazalo paragvajskim lokalnim vlastima na štetnost korišćenih agrohemikalija. Konačno, Komitet je ustanovio da su paragvajске vlasti osim materijalnih propusta učinile i propuste proceduralne prirode koji su se odnosili na onemogućavanje ostvarivanja prava podnosioca predstavke na efikasan pravni lek, budući da one nisu sprovele adekvatnu istragu, a nisu ni prikupili sve potrebne dokaze, niti su preduzele sve potrebne mere da se omogući sprovođenje procesa fumigacije korišćenih agrohemikalija. Iz svih navedenih razloga Komitet je pozvao paragvajске vlasti da izvrše punu reparaciju za pretrpljenu štetu podnosiocima predstavke, kao i da obezbede iscrpnu istragu.⁸

⁷ Norma Portillo Cáceres and others v. Paraguay, Spraying of toxic agrochemicals on adjoining property reveals a violation of the right to life, arbitrary interference with home life and right to effective remedy, <http://ccprcentre.org/decision/16994>, 24.09.2021.

⁸ Human Rights Committee, *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2751/2016*, United Nations, New York, 2019, 12-16.

PRAVO NA ŽIVOT I ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE
U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine (u daljem tekstu: Konvencija) štiti pravo na život.⁹ Prema članu 2 obaveza svih potpisnica ove Konvencije je da pravo na život svakog lica bude zaštićeno zakonom. Drugim rečima, zabranjeno je namerno, protivpravno lišenje života drugog lica. Iako to izričito nije obuhvaćeno ovim članom, Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud) je u svojoj praksi ekstenzivno tumačio zaštitu prava na život iz člana 2 Konvencije, obuhvatajući pod njim i slučajeve u kojima je usled nepreduzimanja odgovarajućih mera za zaštitu životne sredine došlo do povrede ili ugrožavanja ljudi u ostvarivanju prava na život.

U svojoj sudskoj praksi, Sud je, odlučujući o podnetim predstavkama u kojima su se podnosioci žalili na povredu člana 2 Konvencije posebno cenio da li su u konkretnom slučaju postojali materijalni nedostaci u nacionalnim zakonima koji su se odnosili na nepreduzimanje mera za zaštitu životne sredine, kao i da li je bilo proceduralnih propusta pred domaćim sudovima koji su onemogućavali podnosiocu da ostvare procesnu zaštitu.

U prilog ovome svedoči slučaj *Öneryıldız protiv Turske* pred Sudom koji se ticao nepreduzimanja potrebnih mera nacionalnih nadležnih organa putem kojih bi se sprečilo nastupanje eksplozije metana do čega je na kraju i došlo 1993. godine usled koje je život izgubilo devet osoba, dok je veći broj obližnjih kuća koje su se nalazile u blizini mesta nesreće bilo zahvaćeno sagorelim otpadom, uključujući i onu koja je pripadala podnosiocu predstavke. Prema navodima podnosioca nadležni organi su propustili da postupe po izveštaju stručnjaka koji su ukazivali vlastima na potrebu da se preduzmu preventivne mere kako bi nastupanje eksplozije bilo izbegnuto. Uzimajući u obzir iznete činjenične navode, Sud je cenio kako postojanje materijalnih, tako i proceduralnih nedostataka u ovom slučaju, zaključivši je da je došlo do povrede člana 2 Konvencije. Kada je reč o materijalnim nedostacima, Sud je uočio da su postojali propusti u preduzimanju odgovarajućih preventivnih mera kojima bi bila izbegnuta smrt devet bliskih srodnika podnosioca predstavke. Konkretno, Sud je našao da se regulatorni okvir pokazao kao neadekvatan jer je dozvolio otvaranje i rad postrojenja bez koherentnog nadzornog sistema. Dodatno, urbanistička politika je bila neadekvatna i prema mišljenju Suda nesumnjivo je odigrala ulogu u nizu događaja koji su doveli do ove nesreće. S druge strane, posmatrano i sa proceduralne strane, Sud je takođe smatrao da je došlo do povrede člana 2 Konvencije, zbog nedostatka mogućnosti podnosioca da

⁹ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Rim, od 4. novembra 1950.

ostvari potrebnu zaštitu pred nacionalnim zakonom, usled toga što turska vlada nije pružila stanovnicima informacije o ekološkim rizicima kojima su bili izloženi. Konačno, nadležne vlasti nisu preduzele ni potrebne praktične mere kako bi se izbegli rizici po živote ljudi.¹⁰

Takođe i u slučaju *Budajeva i drugi protiv Rusije* podnosioci su u predstavi isticali materijalne propuste ruskih vlasti u pogledu odsustva da se pravovremeno preduzmu adekvatne mere zaštite životne sredine kojima bi se sprečilo nastupanje ekoloških katastrofa, ali i proceduralne nedostatke koji su se ticali nesprovođenja sudske istrage nakon nastale katastrofe. Konkretno, u ovom slučaju podnosioci predstavke su se žalili zbog nepreduzimanja pravovremenih mera za zaštitu životne sredine usled čega je došlo do pojave klizišta koja su odnela osam život uključujući supruga jedne od podnosilaca predstavke i prouzrokovanja psihičkih trauma i gubitka njihovih domova. Sud je uzimajući u obzir izneto činjenično stanje zaključio da je došlo do povrede člana 2 Konvencije u značajnoj meri, zbog propusta ruskih vlasti da zaštite živote ljudi koji su živeli u blizini mesta gde je došlo do pojave klizišta koja su razorila njihov grad. Prema mišljenju Suda nije bilo opravdanja za neuspeh vlasti da pravovremeno sprovedu adekvatnu politiku planiranja rizika po živote lokalnog stanovništva i pružanja pomoći u vanrednim situacijama. Sud je takođe zaključio da je došlo do povrede člana 2 Konvencije u smislu proceduralnih razloga, zbog nedostatka odgovarajuće sudske istrage o nastaloj katastrofi od strane nadležnog sudskog ili administrativnog tela, zbog čega je propušteno da se postavi pitanje odgovornosti za nastalu nesreću.¹¹

Da bi se moglo zaključiti da je došlo do povrede člana 2 Konvencije usled proceduralnih nedostataka, prema stavu Suda, dovoljno je da se utvrdi da nadležne vlasti u konkretnom slučaju nisu preduzele nikakve istražne aktivnosti za utvrđivanje odgovornosti neposredno nakon nastale ekološke katastrofe, te nije potrebno da podnosioci predstavke ostavljaju vremena nadležnim vlastima da u nekom kasnijem trenutku eventualno započnu sa sprovođenjem istrage. Upravo je o iznetom bilo reči u slučaju *Özel i drugi protiv Turske* u kome je usled razornog zemljotresa, u regionu koji je na karti seizmičke aktivnosti klasifikovan kao „zona velikog rizika“, došlo do smrti većeg broja ljudi, među kojim su bili i članovi porodica podnosilaca predstavke. Sud je zaključio da je došlo do povrede člana 2 Konvencije

¹⁰ Önerıldız v. Turkey (application no. 48939/99) Judgment of 30 November 2004, https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_eng.pdf, 24.09.2021.

¹¹ Budayeva and Others v. Russia, (application nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02), Judgment of 20 March 2008, https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_eng.pdf, 24.09.2021.

u proceduralnom delu zbog toga što turske vlasti nisu odmah nakon ove nesreće preduzele potrebne korake za utvrđivanje odgovornosti usled nepostojanja adekvatnih mera za zaštitu životne sredine što je doprinelo urušavanju zgrada koje je dovelo do prouzrokovanja smrti većeg broja ljudi. Prema stavu Suda u ovom slučaju postojala je neophodnost da se rapidno sprovede adekvatna istraga kako bi se utvrdile okolnosti pod kojima su se zgrade urušile i na taj način utvrdila odgovornost za nastalu katastrofu.¹²

Konačno, Sud je u kontekstu proceduralnih nedostataka posebno cenio da li su u konkretnom slučaju iscrpljena sva pravna sredstva kao uslov prihvatljivosti predstavke, uzimajući kao neprihvatljiv osnov za ispunjenost ovog uslova neefikasnost pravnih sredstava pred domaćim sudovima. O ovom uslovu bilo je reči u slučaju *Viviani i drugi protiv Italije* koji se ticao rizika povezanih sa potencijalnom erupcijom Vezuva i mera koje su vlasti preduzele u borbi protiv tih rizika. Podnosioci predstavke, koji žive u različitim opštinama u blizini vulkana, tvrdili su da su propuštajući da uspostave odgovarajući regulatorni i administrativni okvir za suprotstavljanje rizicima i da informišu lokalno stanovništvo o rizicima sa kojima se suočavaju, italijanske vlasti propustile da izvrše svoju obavezu da zaštite pravo na život iz člana 2 Konvencije. Uzimajući u obzir navedene dokaze Sud je proglasio predstavku neprihvatljivom našavši da je propušteno da se iscrpe domaći pravni lekovi, u skladu sa članom 35 stav 1 Konvencije koji se tiče kriterijuma za prihvatljivost predstavke. Prema stavu Suda umesto da iskoriste raspoloživa pravna sredstva pred domaćim pravosudnim organima podnosioci su izneli tvrdnju da su dotična pravna sredstva neefikasna, iako je utvrđeno da su podnosiocima predstavke bili na raspolaganju domaći pravni lekovi koje nisu iscrpili, posebno pred upravnim sudovima.¹³

S druge strane, kada je reč o vrednovanju prisustva materijalnih nedostataka u nacionalnim zakonima stav Suda je da se njihovo (ne)postojanje prilikom odlučivanja ceni prema tome da li su postojale preventivne mere u nacionalnim zakonima u momentu koji je prethodio trenutku u kojem je došlo do povrede prava iz člana 2 Evropske konvencije, a ne u nekom kasnijem periodu. U prilog tome svedoči slučaj *L.C.B. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* u kojem je podnosilac predstavke isticala da je došlo do kršenja člana 2 Konvencije usled toga što su britanske vlasti propustile da upozore roditelje podnosioca na moguće rizike po njeno zdravlje uzrokovanih učešćem njenog oca u nuklearnim probama i izloženosti zračenju

¹² *Özel and Others v. Turkey* (applications nos. 14350/05, 15245/05 and 16051/05), Judgment of 17 November 2015, https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_eng.pdf, 24.09.2021.

¹³ *Viviani and Others v. Italy* (application no. 9713/13), Judgment of 24 March 2015, https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_eng.pdf, 24.09.2021.

za vreme dok je služio kao pomoćnik u ugostiteljstvu u Kraljevskim vazduhoplovnim snagama tokom nuklearnih testova 1950 –ih godina, što je otprilike dve decenije kasnije, prema njenom mišljenju, uticalo na to da joj je dijagnostikovana leukemija. Sud je zaključio da nije došlo do povrede člana 2 Konvencije u pogledu predstavke podnosioca na okolnost propusta Ujedinjenog Kraljevstva da upozori i savetuje roditelje oko potencijalnih zdravstvenih rizika i da prati njeno zdravlje pre nego što joj je dijagnostikovana leukemija. Imajući u vidu sve raspoložive činjenice Sud je utvrdio da, s obzirom na informacije koje su britanskim vlastima bile na raspolaganju u vezi sa stepenom verovatnoće da je izloženost opasnim nivoima zračenja oca podnosioca predstavke stvorilo rizik po njeno zdravlje, nije moglo da se očekuje da nadležne vlasti obaveste roditelje podnosioca predstavke o potencijalnim zdravstvenim rizicima, niti da preduzmu bilo koju drugu posebnu radnju o ovom pitanju.¹⁴

Osim pomenutog temporalnog uslova, prema oceni Suda, za prihvatljivost predstavke neophodno je da bude utvrđeno i prisustvo kauzalnog uslova koji se ogleda u postojanju uzročne veze između delovanja štetnih emisija i povrede prava na život iz člana 2 Konvencije. Upravo o ovom uslovu bilo je reči u slučaju *Smaltini protiv Italije* koji se ticao uticaja štetnih emisija izazvanih aktivnostima čeličane, na zdravlje podnosioca predstavke, koja je pre okončanja postupka umrla od leukemije. Njen muž i deca, koji su ostali pri podnetoj predavki, tvrdili su da je nesporno postojanje uzročne veze između delovanja štetnih emisija i razvoja njene bolesti. Razmatrajući činjenične navode iz spisa Sud je predstavku proglasio neprihvatljivom našavši da je očigledno neosnovana i sa materijalne i sa proceduralne strane. Prema mišljenju Suda, sa materijalne strane, nedostatak je uočen u tome što podnosioci predstavke nisu dokazali, u svetlu raspoloživih naučnih podataka koji su bili dostupni, postojanje ove uzročne veze odnosno da je upravo delovanje štetnih emisija bilo odlučujući faktor u nastanku bolesti podnosioca predstavke. Kada je reč o proceduralnom aspektu člana 2 Konvencije, ispitujući predstavku podnosioca predstavke, Sud je posebno zaključio da je njima bila na raspolaganju mogućnost vođenja kontradiktornog postupka zbog čega nije bilo povrede prava na život ni iz procesnih razloga.¹⁵

Pored vremenskog i kauzalnog kriterijuma, Sud je kroz svoju sudsku praksu uveo i treći uslov koji se tiče odsustva elemenata kompenzacije podnosiocu predstavke za pretrpljenu štetu izazvanu nepreduzimanjem potrebnih mera zaštite

¹⁴ L.C.B. v. the United Kingdom, (application no. 23413/94), Judgment of 9 June 1998, https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_eng.pdf, 24.09.2021.

¹⁵ Smaltini v. Italy (application no. 43961/09), Judgment of 24 March 2015, https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_eng.pdf, 24.09.2021.

životne sredine. O ovome uslovu bilo je reči u predmetu *Muriljo Saldias i drugi protiv Španije* u kome se radilo o uticaju snažnih vremenskih nepogoda koje su pogodile španske Pirineje gde se nalazio kamp u kome su bili podnosioci predstavke na ostvarivanje prava iz člana 2 Konvencije, kojom prilikom je poginuo veći broj ljudi u poplavama usled obilnih kiša. Podnosioci predstavke su se posebno žalili da španske vlasti nisu preduzele sve potrebne preventivne mere za zaštitu korisnika kampa, zbog toga što su odobrile korišćenje zemljišta za potrebe kampova uprkos tome što su bile svesne potencijalnih opasnosti. Sud je predstavku proglasio neprihvatljivom imajući u vidu da su španske vlasti dosudile podnosiocu predstavke odštetu u iznosu koji se ne može smatrati nerazumnim zbog čega se više ne može tvrditi da su žrtvi povređena prava utvrđenih Konvencijom.¹⁶

Iz analiziranih slučajeva proizilazi da je Sud u svojoj praksi, koja se odnosi na predmete u kojima su podnosioci predstavke isticali povredu člana 2 Konvencija usled nepreduzimanja potrebnih mera za zaštitu životne sredine, usvojio nekoliko značajnih kriterijuma koji treba da budu ispunjeni za prihvatljivost predstavke, što podrazumeva da postoji: 1) kršenje pozitivnih obaveza nadležnih vlasti; 2) ograničena odgovornost za kršenje pozitivnih obaveza nadležnih vlasti; 3) uzročna veza između materijalnih i proceduralnih propusta u konkretnom slučaju i nastupanja negativnih posledica po ostvarivanje prava na život; 4) iscrpljenost domaćih pravnih lekova; 5) odsustvo primene preventivnih politika putem kojih se rizici od povrede prava na život usled nepreduzimanja mera zaštite životne sredine svode na najmanju meru.

Kršenje pozitivnih obaveza nadležnih vlasti se ogleda u odsustvu aktivnih politika nadležnih vlasti usmerenih ka usvajanju i implementaciji preventivnih mera za zaštitu životne sredine. Ipak, kako je to istakao Sud u slučaju *Stojanovi protiv Bugarske*, odgovornost za kršenje pozitivnih obaveza države postoji samo onda ako je do toga došlo zbog neadekvatnih propisa ili nedovoljnih kontrolnih mehanizama, ali ne i ako je do katastrofe došlo usled nesavesnog ponašanja pojedinca ili usled slučaja. U svakom slučaju, neophodno je da se primene preventivne politike kako bi se rizici od povrede prava na život usled nepreduzimanja mera zaštite životne sredine svele na najmanju meru. U prilog tome svedoči slučaj *Mučibabić protiv Srbije*, u kome je Sud istakao da kad god država preduzme ili organizuje opasne aktivnosti, ili ih odobri, mora kroz sistem pravila i kroz dovoljnu kontrolu osigurati da se rizik sveđe na razumni minimum.¹⁷ Dodatno, da bi

¹⁶ *Murillo Saldias and Others v. Spain* (application no. 76973/01), Judgment of 28 November 2006, https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_eng.pdf, 24.09.2021.

¹⁷ European Court of Human Rights, *Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2021 12-13.

predstavka bila prihvaćena neophodno je da se utvrdi postojanje uzročne veze između materijalnih i/ili proceduralnih propusta u konkretnom slučaju i nastupanja negativnih posledica po ostvarivanje prava na život. Konačno, da bi predstavka bila prihvaćena potrebno je da su iscrpljena sva raspoloživa pravna sredstva pred domaćim sudovima što je između ostalog potvrđeno i u slučaju *Muriljo Saldias i drugi protiv Španije*.¹⁸

PRAVO NA ŽIVOT I ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA PRAVDE

Ugovorom o osnivanju Evropske unije (u daljem tekstu: Ugovor) osnovan je kao jedan od njenih organa i Evropski sud pravde (u daljem tekstu: Sud pravde), čija nadležnost je da se stara o tome da se pri tumačenju i primeni ovog Ugovora poštuju njegove odredbe.¹⁹ U članovima 226-228 propisan je postupak koji se primenjuje u slučaju povrede odredaba ovog Ugovora, a koji može pokrenuti Evropska komisija (u daljem tekstu: Komisija) ili država članica protiv druge države članice. U slučajevima ekološke problematike najveći broj predmeta pred Evropskim sudom pravde pokreće Komisija. Prema tome, u slučaju da Komisija smatra da država članica nije ispunila obavezu iz ovog Ugovora, ona će dostaviti obrazloženo mišljenje o tom pitanju državi članici protiv koje se pokreće postupak, ostavljajući toj državi mogućnost da dostavi svoja zapažanja. Ako dotična država ne postupi u skladu sa dostavljenim mišljenjem u roku koji je određen, Komisija može pokrenuti postupak pred Sudom pravde. Sud pravde kada utvrdi da država članica nije ispunila obavezu iz ovog Ugovora, od te države će tražiti da preduzme potrebne mere kako bi ispoštovala njegovu presudu. Komisija će u tom slučaju ako ta država članica nije preduzela takve mere, nakon što toj državi da priliku da podnese svoja zapažanja, izdati obrazloženo mišljenje u kojem će navesti u kojem delu država članica nije ispoštovala presudu Suda pravde. Ako Sud pravde utvrdi da ova država članica nije ispoštovala njegovu presudu, može mu izreći paušalni iznos ili novčanu kaznu.

Poput Komiteta za ljudska prava i Evropskog suda za ljudska prava i Sud pravde je u svojoj praksi prepoznao međuzavisnost i povezanost između prava na život i zaštite životne sredine. Stoga će u daljim redovima biti izloženi odabrani

¹⁸ Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, Council of Europe, Strasbourg, 2006, 37.

¹⁹ Treaty establishing the European Community, Official Journal of the European Communities C 325/1.

slučajevi o kojima je odlučivao Sud pravde, a koji su se ticali povrede prava na život usled nepreduzimanja mera za zaštitu životne sredine.

U jednom od poznatih slučajeva, Komisija je pokrenula postupak protiv Grčke pred Sudom pravde zbog toga što ova država članica nije preduzimala neophodne mere za poštovanje presude ovog suda kojom je ustanovljena njena odgovornost za nepostupanje u skladu sa relevantnim odredbama komunitarnog prava koje se odnose na odlaganje otpada. Konkretno, u ovom slučaju bilo je reči o tome da su grčke vlasti propustile da preduzmu sve potrebne mere na šta su bile obavezane presudom Suda pravde kako bi se obezbedila izrada odgovorajućih planova koji bi omogućili bezbedno odlaganje otpada na području u blizini Hanije, bez ugrožavanja života i zdravlja ljudi i bez štete po životnu sredinu, a što je bilo predviđeno odredbama relevantnih propisa komunitarnog prava koje se odnose na odlaganje otpada. Grčke vlasti su u svom odgovoru isticale da relevantnim propisima komunitarnog prava nije preciziran konkretni sadržaj mera koje države članice moraju preduzeti kako bi se osiguralo odlaganje otpada bez ugrožavanja života i zdravlja ljudi i bez nanošenja štete životne sredine. Međutim, Sud pravde je ustanovio da je u ovom slučaju obaveza država članica da preduzmu mere za zaštitu životne sredine postojala i bila jasna, tim pre jer je bila konkretizovana u pogledu cilja koji treba postići, dok je njihovoj diskrecionoj proceni jedino ostavljena realizacija načina putem kojeg će svaka država članica ostvariti zadati cilj. Činjenica da su grčke vlasti u dužem vremenskom periodu propuštale da preduzmu potrebne mere za zaštitu životne sredine jasan je pokazatelj da je Grčka u ovom slučaju prekoračila granice diskrecionih ovlašćenja koje su date državama članicama u postizanju cilja koji se sastoji u stvaranju bezbednih uslova za odlaganje otpada, bez ugrožavanja života i zdravlja ljudi. Takođe, Sud pravde nije prihvatio argument grčkih vlasti koje su isticale da su ih poteškoće, u primeni relevantnih odredbi komunitarnog prava koje se odnose na odlaganje otpada, onemogućile da blagovremeno ostvare zadati cilj. Dodatno, Sud je istakao da usvajanje parcijalnih mera za zaštitu životne sredine i donošenje fragmentarnog zakonodavstva nisu dovoljne aktivnosti koje bi vodile isključenju odgovornosti države članice za povredu relevantnih odredbi komunitarnog prava. Naprotiv, prema stavu Suda obaveza preduzimanja mera za zaštitu životne sredine se smatra ispunjenom onda kada država članica sastavi sveobuhvatan program za postizanje definisanih ciljeva koji sadrži organizovan i koordiniran sistem pravila za odlaganje otpada.²⁰

²⁰ Commission of the European Communities v Hellenic Republic, Case C-387/97, Judgment of the Court of Justice of 4 July 2000, https://ec.europa.eu/environment/legal/law/pdf/leading_cases_en.pdf, 57-60, 24.09.2021.

Stavovi Suda pravde iz prethodnog slučaja su potvrđeni u još jednom poznatom slučaju u kome je Komisija pokrenula postupak protiv Italije zbog nepostupanja u skladu sa relevantnim odredbama komunitarnog prava koji se odnose na odlaganje otpada. U ovom slučaju, italijanske vlasti su propustile da blagovremeno preduzmu potrebne mere kako bi se osiguralo da se otpad ispušten u vodotok koji preseca dolinu San Roko, odlaže bez ugrožavanja života i zdravlja ljudi i bez štete po životnu sredinu, na taj način što bi se odložen otpad predao privatnom ili javnom sakupljaču otpada ili preduzeću za odlaganje otpada. Italijanske vlasti su u svom odgovoru isticale da relevantnim propisima iz oblasti komunitarnog prava koji se tiču pravila za odlaganje otpada nije konkretizovan sadržaj mera koje države članice moraju preduzeti kako bi se osiguralo da se otpad odlaže bez ugrožavanja života i zdravlja ljudi i bez korišćenja procesa ili metoda koje bi mogli naneti štetu životnoj sredini. Uzimajući u obzir izneto činjenično stanje i ispitujući domašaj relevantnih propisa koji se odnose na ovaj slučaj, Sud pravde je došao do zaključka da je postojala konkretna obaveza države članice u ovom slučaju i to u pogledu cilja koji treba postići, dok je državama članicama ostavljen prostor za diskrecionu ocenu radi pronalaženja najadekvatnijeg načina za ostvarivanje zadatog cilja. Stoga, iako na prvi pogled ne izleda da je država članica prekršila relevantne odredbe komunitarnog prava, budući da su italijanske vlasti naredile zaplenu nezakonito odloženog otpada, teleološkim tumačenjem odredbi komunitarnih propisa o odlaganju otpada Sud pravde je utvrdio da je odgovornost ipak postojala jer cilj koji je propisima postavljen i to, predaja odloženog otpada privatnom ili javnom sakupljaču otpada ili preduzeću za odlaganje otpada, nije ostvaren u konkretnom slučaju. Takođe, činjenica da italijanske vlasti nisu u dužem vremenskom periodu preduzimale nikakve dalje mere u cilju realizacije zadatog cilja predstavlja još jedan pokazatelj da je država članica prekoračila diskreciono pravo koje joj je ostavljeno. Konačno, imajući u vidu da je prema dokaznim pravilima koji se tiču tereta dokazivanja dovoljno da Komisija samo učini verovatnim da je država članica u konkretnom slučaju odgovorna za nepreduzimanje potrebnih mera za zaštitu životne sredine, čime se ugrožava ostvarivanje prava na život i zdravlje ljudi, te da je na državi članici protiv koje se vodi postupak *onus probandi* da pruži kredibilne dokaze kojima će suštinski osporiti iznete navode Komisije, što italijanske vlasti nisu učinile, Sud pravde je uzimajući u obzir sve navedeno našao da je u ovom slušaju postojala odgovornost za nepostupanje u skladu sa odredbama komunitarnog prava.²¹

²¹ Commission of the European Communities v Italian Republic, Case C-365/97, Judgment of the Court of Justice of 9 November 1999, https://ec.europa.eu/environment/legal/law/pdf/leading_cases_en.pdf, 55-57, 24.09.2021.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

U kontekstu ostvarivanja prava čoveka da živi u zdravoj i održivoj životnoj sredini izuzetno je značajno da je analiza slučajeva o kojima su odlučivali Komitet za ljudska prava, Evropski sud za ljudska prava i Evropski sud pravde potvrdila da je na nivou Ujedinjenih nacija, Saveta Evrope i Evropske unije prepoznata međuzavisnost između prava na zdravu životnu sredinu koje se ubraja u treću generaciju ljudskih prava i prava na život iz prve generacije ljudskih prava. Iz prakse predstavljene u radu proizilazi zaključak da je korelat pravu čoveka da živi u zdravoj životnoj sredini obaveza nadležnih vlasti da pravovremeno preduzimaju preventivne mere i politike za zaštitu životne sredine kako bi se obezbedilo ekološki održivo korišćenje prirodnih resursa.

U cilju sprečavanja izloženosti ljudi pretnjama od prirodnih katastrofa i vanrednih situacija, obaveza nadležnih vlasti podrazumeva redovnu i kontinuiranu procenu uticaja na životnu sredinu kroz implementaciju ekoloških standarda. Takođe, radi izbegavanja ugrožavanja prava čoveka na život nadležne vlasti su dužne da obezbede javnosti pristup tačnim, blagovremenim i potpunim informacijama o opasnostima i rizicima po životnu sredinu. Konačno, u slučaju povrede prava na život potrebno je obezbediti pristup efikasnom pravnom leku i pravičnom postupku. Na ovaj način se omogućava ostvarivanje zaštite prava na život ljudi i po materijalnom i po proceduralnom osnovu. Dakle, iz razmotrenih slučajeva proizilazi da nadležne vlasti država imaju obavezu da sprovedu pozitivne preventivne mere sa ciljem da se predvide razumni rizici po narušavanje prava na život ljudi do kojih bi došlo nepreduzimanjem adekvatnih mera za zaštitu životne sredine.

Ipak, odgovornost država za kršenje pozitivnih obaveza nije apsolutna, nego relativna budući da u određenim slučajevima može biti ograničena ili isključena. Odgovornost države po ovom osnovu biće ograničena u slučaju da je do nastupanja štetnog događaja došlo usled nesavesnog ponašanja odgovornih pojedinaca ili privrednih subjekata, dok će biti isključena ako mere za zaštitu životne sredine iz objektivnih razloga nije bilo moguće sprovesti jer je u konkretnoj stvari do nastale ekološke katastrofe došlo usled slučaja. S druge strane, države neće biti oslobođene odgovornosti nastale poteškoćama u implementaciji usvojenih ekoloških standarda, niti na osnovu činjenice da ekološkim propisima nije definisana konkretna sadržina obaveza, odnosno načini za njihovo ostvarivanje, pod uslovom da je definisan cilj koji treba postići. Prema tome, kako bi države izbegle odgovornost po ovom osnovu potrebno je da blagovremeno pristupe donošenju sveobuhvatnih programa koji sadrže koherentan sistem preventivnih mera za zaštitu životne sredine.

NIKOLA PAUNOVIĆ
Third Secretary at the Ministry of Foreign
Affairs of the Republic of Serbia
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

THE RIGHT TO LIFE AND ENVIRONMENTAL PROTECTION
IN THE CASE-LAW OF THE HUMAN RIGHTS COMMITTEE,
THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
AND THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

Summary

The sustainable preservation of natural values, which comprise air, water, soil, forests, geological resources, plants and animal life, is crucial for the exercising of the human right to live in a healthy environment. However, in order to achieve this goal, it is necessary to establish a sustainable balance between the imperatives for economic growth and environmental protection, in order to avoid violating the right of people to live in a healthy environment. Starting from the fact that people around the world daily face economic activities that affect the environment, which makes it difficult to exercise their right to live in a healthy environment, the paper analyzes selected cases before the Human Rights Committee, the European Court of Human Rights and the Court of Justice, in which this right was involved. In the concluding remarks, it is emphasized that in order to protect the human right to live in a healthy and sustainable environment, it is necessary to pay special attention to the application of the preventive approach in mapping and conducting economic activities, in order to be minimized the risks for human life.

Key words: right to life, environment, Human Rights Committee, European Court of Human Rights, European Court of Justice

Literatura

Alexander J. „Environmental Sustainability versus Profit Maximization: Overcoming Systemic Constraints on Implementing Normatively Preferable Alternatives“, *Journal of Business Ethics*, vol. 76, no. 2, 2007.

Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, Council of Europe, Strasbourg, 2006.

European Court of Human Rights, Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2021.

Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2751/2016, United Nations, New York, 2019.

Human Rights Committee, General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, United Nations, New York, 2018.

Lilić S., Drenovak-Ivanović, M., *Ekološko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.

Škulić M., Čavoški A., Trajković D., Matić M., Mrakić V., *Priručnik za zaštitu životne sredine*, Udruženje tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2011.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 25.09.2021.

Prihvaćen: 12.10.2021.

PREGLEDNI RAD

BRANISLAVA LEPOTIĆ KOVAČEVIĆ

ENERGETSKA EFIKASNOST – POSEBNA OBLAST PRAVA ENERGETIKE ILI PRINCIP PRAVA ENERGETIKE

U poslednjih dvadeset godina zapaža se značajna ekspanzija propisa koji direktno uređuju pitanje energetske efikasnosti. Ovako veliki broj propisa je rezultat razvoja svesti o činjenici da je energija, pa time i energetska efikasnost, činilac svake radnje pojedinca i pravnog lica. Energetska efikasnost je princip energetike, pa time i prava energetike i predstavlja odnos između ostvarenog rezultata u uslugama, dobrima ili energiji i za to utrošene energije. Istovremeno, energetska efikasnost je princip od posebnog pozitivnog uticaja na klimatske promene i održiv razvoj, koji se primenjuje u proizvodnji, prevozu i potrošnji energije. U radu će se razmatrati da li je energetska efikasnost još uvek samo princip prava energetike i da li je, sa povećanjem broja relevantnih propisa, ova oblast dobila svoju posebnu pravnu celinu kao oblast prava energetike.

Ključne reči: energetska efikasnost, pravo energetike, princip prava energetike, klimatske promene, propisi o energetskej efikasnosti

U V O D N A R A Z M A T R A N J A

Pravo energetike je nova oblast prava koja se značajno razvija počev od devedesetih godina prošlog veka. U Evropskoj uniji se regulatorni okvir prava energetike razvija skoro geometrijskom progresijom, obuhvatajući sve širi spektar oblasti primene. Samim tim razvijaju se i posebne oblasti prava energetike među kojima je i energetska efikasnost.

Dr Branislava Lepotić Kovačević, predsednik Udruženja za pravo energetike Srbije, e-mail: branislava.lepotickovacevic@upes.rs.

Istovremeno sa razvojem regulatornog okvira prava energetike sve više se razvija svest o negativnom uticaju na klimu pojedinih tehnologija za proizvodnju i potrošnju energije. Prateći aktivnosti Ujedinjenih nacija, a posebno procesa Okvirne konvencije Ujedinjenih nacija o promeni klime i njenih aneksa, Evropska unija je još 2007. godine u svoj strateški okvir, a već 2009. godine i u svoj regulatorni okvir unela cilj 20-20-20 do 2020. godine, što znači 20% smanjenje emisija gasova staklene bašte, 20% povećanja korišćenja energije proizvedene iz obnovljivih izvora i 20% poboljšanje energetske efikasnosti – sve do 2020. godine.¹

Usvajanjem ovog cilja u energetske politici, Evropska unija je energetske efikasnost unela u sve strateške akte u oblasti energetike i u oblasti povezane sa energetikom, kao što su: zgradarstvo, energetske oznacavanje uređaja u domaćinstvu, rasveta i drugi uređaji koji se koriste u svakodnevnom životu, ekološki dizajn za proizvode koji koriste energiju, pneumatici za motorna vozila, kao i industrijski sektor na način da utvrđuje najbolje dostupne tehnologije za postrojenja za proizvodnju energije i drugog.

Uvođenjem povećanja energetske efikasnosti kao strateškog cilja, Evropska unija je 2012. godine, donela prvu Direktivu 2012/27/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 25. oktobra 2012. godine o energetske efikasnosti, izmeni direktiva 2009/125/EZ i 2010/30/EU i stavljanju van snage direktiva 2004/8/EZ i 2006/32/EZ (u daljem tekstu: Direktiva o energetske efikasnosti), koja je na sveobuhvatan način uredila energetske efikasnost.² Ova direktiva je kasnije više puta menjana i unapređivana.

U Republici Srbiji je saznanje o značaju energetske efikasnosti postojalo i mnogo pre saznanja o postojanju prava energetike. Mogućnosti povećanje energetske efikasnosti i samim tim smanjenja utroška energije, a time i troškova energije, razmatraju se još u vreme prvih esnafskih inženjerskih organizacija u Srbiji.³ Ipak, sa nastankom Energetske zajednice,⁴ procesom pridruživanja Republike Srbije

¹ https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2020_en, 25. 10. 2021.

² Directive 2012/27/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on energy efficiency, amending Directives 2009/125/EC and 2010/30/EU and repealing Directives 2004/8/EC and 2006/32/EC, *OJ L* 315, 14. 11. 2012, 1–56.

³ Prva Srpska esnafska organizacije koja se bavila sličnim aktivnostima osnovana je još 1868. godine pod nazivom „Tehnička družina“, a Udruženje srpskih inženjera osnovano je 1890. godine i prvi počasni član bio je Nikola Tesla, <http://www.kgh-drustvo.rs/index.php/sr-rs/pocetna-1/about-us>, 3. 10. 2021. godine.

⁴ Zakon o ratifikaciji Ugovora o osnivanju Energetske zajednice između Evropske zajednice i Republike Albanije, Republike Bugarske, Bosne i Hercegovine, Republike Hrvatske, Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije, Republike Crne Gore, Rumunije, Republike Srbije i Privremene

Evropskoj uniji,⁵ pa samim tim i potrebom harmonizacije nacionalnih propisa iz oblasti prava energetike sa propisima iz oblasti prava energetike Evropske unije, energetska efikasnost kao posebna oblast prava energetike dobila je svoj pravni izraz u prvom Zakonu o energetici Republike Srbije iz 2004. godine,⁶ da bi vrlo brzo, 2013. godine bila obuhvaćena u posebnom Zakonu o efikasnom korišćenju energije,⁷ a od 2021. godine u Zakonu o energetskej efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije.⁸

POJAM ENERGETSKE EFIKASNOSTI

Energetska efikasnost nije posebna karika u lancu energetskeg ciklusa od proizvodnje do potrošnje energije, već karakteristika svake karike ovog lanca. Energetska efikasnost dobija sve više na značaju u svetlu naučno-tehnološkog razvoja i potrebe borbe protiv klimatskih promena. Ona omogućava da se tokom energetskeg ciklusa, s jedne strane štede resursi za proizvodnju energije, a sa druge strane smanjuje uticaj energetike na klimatske promene.⁹

Ima više definicija energetske efikasnosti u teoriji i propisima koji uređuju ovu oblast.

Direktivom o energetskej efikasnosti utvrđeno je da je energetska efikasnost odnos između ostvarenog rezultata u uslugama, dobrima ili energiji i za to utrošene energije.¹⁰ Ova definicija energetske efikasnosti je preneti i u Zakon o efikasnom korišćenju energije,¹¹ a zadržana je i u Zakonu o energetskej efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije.¹²

misije Ujedinjenih nacija na Kosovu u skladu sa Rezolucijom 1244 Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2006.

⁵ Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 83/2008.

⁶ Zakon o energetici, *Službeni glasnik RS*, br. 84/2004.

⁷ Zakon o efikasnom korišćenju energije, *Službeni glasnik RS*, br. 25/2013.

⁸ Zakon o energetskej efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2021.

⁹ Branislava Lepotić Kovačević, „Prikaz zakona o energetskej efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije“, <https://www.upes.rs/wp-content/uploads/energetska-efik-racionana-upotreba-prikaz.pdf>, 1. 10. 2021.

¹⁰ Čl. 1, st. 2, tač. 4 Direktive 2012/27/EU Evropskeg parlamenta i Saveta od 25. oktobra 2012. godine o energetskej efikasnosti, izmeni direktiva 2009/125/EZ i 2010/30/EU i stavljanju van snage direktiva 2004/8/EZ i 2006/32/EZ, *OJ L* 315, 14. 11. 2012, 1–56.

¹¹ Čl. 5, tač. 7 Zakona o efikasnom korišćenju energije, *Službeni glasnik RS*, br. 25/2013.

¹² Čl. 3, st. 1, tač. 10 Zakona o energetskej efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2021.

Pravna teorija objašnjava da se pod energetsom efikasnošću podrazumevaju poboljšanja u korišćenju električne energije koja su postignuta poboljšanjima objekata ili opreme, uređaja ili procesa koji omogućavaju smanjenje potražnje ili potrošnje energije sa istim ili višim nivoom krajnje usluge i koja ne degradiraju materijalno postojeće nivoe komfora, udobnosti i produktivnosti.¹³

U pravnoj teoriji pojam energetske efikasnosti je nešto detaljnije objašnjen kao princip energetske efikasnosti ili efikasnog korišćenja energije koji znači smanjenje potrošnje energije za isti efekat, čime se postižu tri osnovna cilja: 1) smanjenje potrebe za energijom po jediničnom potrošaču, 2) smanjenje zagađivanja životne sredine usled proizvodnje i potrošnje „prljave“ energije i 3) štednja neobnovljivih prirodnih resursa.¹⁴

Princip energetske efikasnosti sa aspekta korišćenja prirodnih resursa, može se sagledati kroz razmatranje ostalih principa prava energetike, među kojima se pominje princip opreznog, racionalnog i održivog korišćenja prirodnih resursa, ukazivanjem da je održivo korišćenje prirodnih resursa termin koji se našao u više konvencija direktno ili putem korišćenja alternativnih izraza poput „očuvanje“, „održivo upravljanje“, „optimalna, efikasna i racionalna upotreba“ ili „smanjenje i uklanjanje neodrživih obrazaca proizvodnje i potrošnje“.¹⁵

Pojedine definicije energetske efikasnosti kao principa ukazuju na poboljšanje energetske efikasnosti koja se ostvaruje kada se pri datom nivou usluga smanji količina unosa energije ili se usluge povećaju za istu količinu unete energije.¹⁶

Iz navedenih definicija može se sagledati da je energetska efikasnost princip koji se primenjuje u pravu energetike.

ENERGETSKA EFIKASNOST KAO PRINCIP PRAVA ENERGETIKE

Energetska efikasnost kao princip ima svoj tehničko-tehnološki, ekonomski, pravni i ekološko-klimatski aspekt.

Tehničko-tehnološki aspekt energetske efikasnosti ogleda se u stalnom tehnološkom unapređenju procesa i proizvoda, kako industrijskih, tako i onih u

¹³ <https://www.lawinsider.com/dictionary/energy-efficiency>, 29. 9. 2021.

¹⁴ Branislava Lepotić Kovačević, „Pojmovi i principi prava energetike“, *Pravo energetike, Zbornik radova*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2005, 442.

¹⁵ Raphael J. Heffron, Anita Rønne, Joseph P. Tomain, Adrian Bradbrook and Kim Talus, „A treatise for energy law“, *Journal of World Energy Law and Business*, No. 11, Oxford, 2018, 34–48.

¹⁶ US Department of Energy, Office of Energy Efficiency & Renewable Energy, <https://www.energy.gov/eere/analysis/energy-efficiency-vs-energy-intensity>, 25. 9. 2021.

svakodnevnom životu pojedinca, kako onih sa aspekta proizvodnje i prevoza energije, tako i onih sa aspekta potrošnje energije i time celine energetske ciklusa. Kao predmet propisa, energetska efikasnost i primena mera energetske efikasnosti uživa i pravnu zaštitu kroz kaznene odredbe.

Ekonomski aspekt energetske efikasnosti je njena usmerenost na smanjenje troškova sirovina, proizvoda, usluga, energenata i energije. Primenom principa, energetska efikasnost se neće ostvariti, ukoliko konkretan slučaj ili konkretna mera energetske efikasnosti nema svoju ekonomsku opravdanost.

Pravni aspekt energetske efikasnosti ogleda se u tome što je sve više predmet regulative i regulacije, uključujući zakone, podzakonska akta, tehničke i druge propise. Pravnom normom se može poboljšati ili pak pogoršati energetska efikasnost nekog predmeta ili procesa na koji se pravna norma odnosi. Posebno je značajan kompleksni odnos različitih normi prava energetike koje zajedno vrše uticaj na energetske efikasnost energetske sistema na koji se primenjuju.

Ekološko-klimatski aspekt se ogleda u srazmeri između poboljšanja energetske efikasnosti u odnosu na smanjenje uticaja proizvodnje i potrošnje energije na životnu sredinu i klimatske promene.

PROPISI EVROPSKE UNIJE O ENERGETSKOJ EFIKASNOSTI

Prvi propis Evropske unije kojim se primenjuje princip energetske efikasnosti je Direktiva Saveta 92/42/EEZ od 21. maja 1992. godine, o zahtevima efikasnosti za nove toplovodne kotlove u kojima se spaljuju tečna i gasovita goriva,¹⁷ koja je nakon više od deset godina izmenjena Direktivom 2004/8/EZ Evropskog parlamenta i saveta od 11. februara 2004. godine, o podsticanju kogeneracije zasnovane na potražnji korisne toplote na internom tržištu energije i izmeni Direktive 92/42/EEZ.¹⁸ Ovi propisi su regulisali energetske efikasnosti objekata koji proizvode energiju na efikasan način i time učestvuju u ostvarivanju ušteda energije i smanjenju negativnih uticaja na životnu sredinu.

Podstaknuta usvojenom energetske politikom sa ciljevima 20-20-20 do 2020. godine, tokom 2010. godine, Evropska unija je usvojila dve direktive iz oblasti

¹⁷ Council Directive 92/42 /EEC of 21 May 1992 on efficiency requirements for new hot-water boilers fired with liquid or gaseous fuels, *OJ L* 167, 22. 6. 1992, 17–28.

¹⁸ Directive 2004/8/EC of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 on the promotion of cogeneration based on a useful heat demand in the internal energy market and amending Directive 92/42/EEC, *OJ L* 52, 21. 2. 2004, 50–60.

energetske efikasnosti, a to su Direktiva 2010/30/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 19. maja 2010. godine o označavanju i ostalim standardnim informacijama o potrošnji energije i ostalih resursa u procesu rada proizvoda koji utiču na potrošnju energije (u daljem tekstu: Direktiva 2010/30/EU)¹⁹ i Direktiva 2010/31/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 19. maja 2010. godine o energetske svojstvima zgrada (u daljem tekstu: Direktiva 2010/31/EU).²⁰ Na osnovu Direktive 2010/30/EU je donet velik broj delegiranih propisa Evropske komisije, kojima se uređuje energetske označavanje proizvoda kao što su: profesionalni rashladni ormari, uređaji za lokalno grejanje prostora, električne sijalice i svetiljke, mašine za sušenje veša s bubnjem, televizori, uređaji za klimatizaciju, kotlovi na čvrsta goriva i kompleti koji se sastoje od kotlova na čvrsta goriva, dodatnih grejača, regulatora temperature i solarnih uređaja i drugih slični uređaji. U cilju obezbeđenja unifikacije i direktne primene energetske označavanja Direktiva 2010/30/EU je zamenjena Uredbom 2017/1369 o uspostavljanju okvira za energetske označavanje i stavljanje van snage Direktive 2010/30/EU.²¹

U oblasti energetske označavanja Evropska unija je usvojila i Uredbu (EZ) broj 1222/2009 Evropskog parlamenta i Saveta od 25. novembra 2009. godine o označavanju pneumatika u pogledu efikasnog korišćenja goriva i drugih bitnih karakteristika,²² a ima za predmet uspostavljanje okvira za pružanje harmonizovanih informacija o parametrima pneumatika putem označavanja, što krajnjim korisnicima omogućava da prilikom kupovine pneumatika načine izbor na bazi potpune informisanosti o energetske efikasnosti pneumatika i njihovim drugim bitnim karakteristikama. Takođe, Evropska unija je usvojila Direktivu 2009/125/EZ Evropskog Parlamenta i Saveta od 21. oktobra 2009. godine o uspostavljanju okvira za utvrđivanje zahteva eko-dizajna za proizvode koji utiču na

¹⁹ Directive 2010/30/EU of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 on the indication by labelling and standard product information of the consumption of energy and other resources by energy-related products, *OJ L* 153, 18. 6. 2010, 1–12.

²⁰ Directive 2010/31/EU of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 on the energy performance of buildings, *OJ L* 153, 18. 6. 2010, 13–35.

²¹ Regulation (EU) 2017/1369 of 4 July 2017 setting a framework for energy labelling and repealing Directive 2010/30/EU, *OJ L* 198, 28. 7. 2017, 1–23.

²² Regulation (EC) no 1222/2009 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the labelling of tyres with respect to fuel efficiency and other essential parameters, *OJ L* 342, 22. 12. 2009, 46–58. – Nakon usvajanja paketa energetske propisa „Čista energije za sve Evropljane“ ova direktiva je zamenjena novom Uredbom (Regulation (EU) 2020/740 of the European Parliament and of the Council of 25 May 2020 on the labelling of tyres with respect to fuel efficiency and other parameters, amending Regulation (EU) 2017/1369 and repealing Regulation (EC) No 1222/2009, *OJ L* 177, 5. 6. 2020, 1–31) – prim aut.

potrošnju energije²³ sa ciljem slobodnog kretanja tih proizvoda na tržištu Evropske unije. Ove dve vrste označavanja proizvoda sa ciljem da potrošač sazna stepen energetske efikasnosti i efektivan uticaj uređaja koji kupuje na životnu sredinu i smanjenje potrošnje energije, doprinele su podizanju svesti svakog pojedinačnog građanina o tome da može kako da uštedi energiju, tako i da smanji troškove korišćenja energije i time jednovremeno ostvari dva pozitivna efekta: jedan smanjenje troškova i drugi smanjenje uticaja na klimatske promene i povećanje održivosti potrošne energije.

Potreba ostvarivanja cilja energetske politike 20-20-20 do 2020. godine i sagledavanje šireg koncepta pozitivnog uticaja primene principa energetske efikasnosti na smanjenje uticaja energetike na klimatske promene, uticalo je da 2012. godine Evropska unija usvoji Direktivu o energetske efikasnosti. Ciljevi ove direktive su sledeći: 1) uspostavljanje zajedničkog okvira za mere za podsticanje energetske efikasnosti, radi obezbeđivanja najvišeg stepena energetske efikasnosti od 20% u 2020. godini i otvaranje puta daljim poboljšanjima energetske efikasnosti kasnije i 2) utvrđivanje pravila čija je namena otklanjanje prepreka na tržištu energije i prevladavanje neefikasnosti tržišta koje ograničavaju efikasnost u snabdevanju energijom i njeno korišćenje i obezbeđivanje utvrđivanja okvirnih nacionalnih ciljeva energetske efikasnosti za 2020. godinu. Pored ovih ciljeva, predmet ove direktive su i određene mere energetske efikasnosti koje se odnose na: 1) obavezivanje snabdevača ili distributera električne energije i prirodnog gasa da primenjuju mere energetske efikasnosti kod potrošača, 2) energetske efikasnosti u zgradarstvu u pogledu obaveze obnavljanja starih i uspostavljanja kriterijuma za izgradnju novih zgrada, 3) uvođenje sistema energetske menadžmenta upravljanja potrošnjom energije i energetske pregleda procesa i objekata sa ciljem identifikovanja mogućnosti efikasnijeg korišćenja energije i 4) utvrđivanje pravila primene energetske efikasnosti u saobraćaju. Zahtevi utvrđeni u ovoj direktivi su minimalni i ne sprečavaju države članice da uvedu i strožije mere u svoja nacionalna zakonodavstva.

Za razliku od prethodnih propisa Evropske unije koji su uređivali pojedine mere energetske efikasnosti, Direktiva o energetske efikasnosti uređuje oblast proizvodnje energije i sve energetske delatnosti i potrošnju energije. Ovakav sveobuhvatan pogled na energetske efikasnosti, mogućnosti primene energetske efikasnosti u svakom segmentu života pojedinca, pri skoro svakoj aktivnosti koju preduzima u poslu i u privatnom životu, doveli su energetske efikasnosti na nivo principa, koji se primenjuje u celokupnom energetske ciklusu.

²³ Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products, *OJ L* 285, 31. 10. 2009, 10–35.

Brojni propisi iz oblasti životne sredine koji istovremeno imaju i aspekte uticaja na klimatske promene, a posebno oni obuhvaćeni sistemom Okvirne konvencije UN o promeni klime sa protokolima, Kjoto protokolom, a posebno Sporazumom iz Pariza,²⁴ uticali su da Evropska unija usvoji paket energetske propisa: „Čista energija za sve Evropljane“. Primenom ovog paketa Evropska unija je započela promene sa težnjom da zauzme vodeće mesto u borbi protiv globalnog zagrevanja i da značajno doprinese postizanju CO₂ neutralnosti do 2050. godine.²⁵ Bitan element ovog procesa je izmena Direktive o energetske efikasnosti koja postavlja više ciljeve poboljšanja energetske efikasnosti za 2030. godinu od najmanje 32.5%. Izmene Direktive o energetske efikasnosti odnose se pre svega na:²⁶ 1) mnogo detaljnije propisivanje načina utvrđivanja politike uštede energije i obračuna ušteda energije, kao i utvrđivanja obaveza obveznika u pogledu ostvarivanja propisanih ušteda; 2) kompleksnije uslove merenja i raspodele utroška energije i troškova za pojedine oblike energije, sa posebnim osvrtom na domaćinstva i na mogućnost daljinskog očitavanja; 3) veću transparentnost i ostvarivanje prava na besplatnu informaciju o utrošku energije svakom kupcu, uz objektivno smanjenje troškova očitavanja i obračuna; 4) nova ovlašćenja Komisiji da uređuje propise i preduzima mere kako bi uticala na efektivnost preduzetih mera energetske efikasnosti i energetske pregleda i na preduzimanje mera za podizanje energetske efikasnosti, kao i na 5) uspostavljanje efektivnih finansijskih i nefinansijskih, institucionalnih i drugih mehanizama za podsticanje poboljšanja energetske efikasnosti. Ovom direktivom utvrđuju se pravila koja su namenjena uklanjanju prepreka na tržištu energije i prevazilaženju tržišnih nedostataka koji ograničavaju efikasnost u snabdevanju energijom i njeno korišćenje.

Paket propisa „Čista energija za sve Evropljane“ sadrži i druge propise koji imaju uticaj na poboljšanje energetske efikasnosti, kao što su izmene propisa iz oblasti energetske svojstava zgrada²⁷ sa obavezom dalje razrade dugoročnih strategija država članica za podsticanje ulaganja u obnovu fonda stambenih i poslovnih zgrada. Uvedeni su novi učesnici na tržište energije kao što su kupci-proizvođači,

²⁴ Sporazum iz Pariza, usvojilo je 196 strana na Konferenciji COP 21 u Parizu, održanoj 12. decembra 2015. godine, a stupio je na snagu 4. novembra 2016. godine, <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>, 29. 9. 2021.

²⁵ https://ec.europa.eu/energy/topics/energy-strategy/clean-energy-all-europeans_en, 30. 9. 2021.

²⁶ Directive (EU) 2018/2002 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 amending Directive 2012/27/EU on energy efficiency, *OJ L* 328, 21. 12. 2018, 210–230.

²⁷ Directive (EU) 2018/844 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive 2010/31/EU on the energy performance of buildings and Directive 2012/27/EU on energy efficiency, *OJ L* 156, 19. 6. 2018, 75–91.

agregatori, energetske zadruge (zajednice), koji svaki na svoj način, doprinose efikasnom korišćenju energije, a njihov pravni položaj i način obavljanja aktivnosti na tržištu energije uređeni su novom Direktivom o promociji energije iz obnovljivih izvora energije²⁸ i Direktivom o tržištu energije.²⁹

Početni propis u ovom paketu energetske propisa, koji za osnovni cilj ima planiranje oblasti energetike i smanjivanje uticaja ove oblasti na klimu, Evropska unija je usvojila Uredbu (EU) broj 2018/1999 Evropskog parlamenta i Saveta od 11. decembra 2018. godine, o upravljanju Energetskom unijom i klimatskom akcijom.³⁰ Ova uredba uvodi novi pojam „klimatski i energetske plan“, koje svaka država članica Evropske unije ima obavezu da donosi. Navedenim planom se na novi način povezuje oblast životne sredine i energetike,³¹ a načini ostvarivanja principa energetske efikasnosti i povećanje energetske efikasnosti, u ovom propisu zauzimaju posebno mesto, kao ključni elementi ovog plana.

Tokom 2020. godine Evropska komisija je započela aktivnosti na donošenju nove energetske politike „Evropski zeleni plan“, sa ciljem da Evropska unija postane klimatski neutralni region do 2050. godine.³² Sa aspekta energetske efikasnosti ovaj plan uspostavlja više ciljeve u pogledu renoviranja i podizanja energetske efikasnosti zgrada sa ciljem da do 2030. godine bude renovirano 25.000.000 zgrada, a da poboljšanje energetske efikasnosti umesto 32.5%, bude najmanje 36%.³³

²⁸ Directive (EU)2018/2001 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources, *OJ L* 328, 21. 12. 2018, 82–209.

²⁹ Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity and amending Directive 2012/27/EU, *OJ L* 158, 14. 6. 2019, 125–199.

³⁰ Regulation (EU) 2018/1999 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the Governance of the Energy Union and Climate Action, amending Regulations (EC) No 663/2009 and (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council, Directives 94/22/EC, 98/70/EC, 2009/31/EC, 2009/73/EC, 2010/31/EU, 2012/27/EU and 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council, Council Directives 2009/119/EC and (EU) 2015/652 and repealing Regulation (EU) No 525/2013 of the European Parliament and of the Council, *OJ L* 328, 21. 12. 2018, 1–77.

³¹ Branislava Lepotić Kovačević, Biljana Lepotić, „Zaštita životne sredine i klimatske promene kroz zaštitu ljudskih prava u sudskoj praksi evropskog suda za ljudska prava“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, tom I, Beograd, 2020, 409–424.

³² https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_en, 30. 9. 2021.

³³ European Green Deal, Delivering on our targets, European Commission, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_21_3688, 1. 10. 2021.

Radi postizanja ovih ciljeva doneće se nova Direktiva o energetskej efikasnosti, koja, umesto procenta poboljšanja energetske efikasnosti, u predlogu ima za cilj smanjenje potrošnje energije za 9% do 2030. godine.³⁴

PROPISI REPUBLIKE SRBIJE O ENERGETSKOJ EFIKASNOSTI

Pravni okvir Republike Srbije u oblasti energetske efikasnosti čine svi propisi Republike Srbije koji direktno ili indirektno uređuju oblast efikasnog korišćenja energije. Republika Srbija je u svoje zakonodavstvo unela pojam energetske efikasnosti, utvrđujući u Zakonu o energetici iz 2004. godine, pravni osnov za osnivanje Agencije za energetskej efikasnost kao posebne organizacije.³⁵ Ova agencija je imala interesantan razvojni put, da bi u skladu sa Zakonom o energetskej efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije bio utvrđen pravni osnov za osnivanje organa u sastavu Ministarstva rudarstva i energetike pod nazivom Uprava za finansiranje i podsticanje energetske efikasnosti.³⁶

Pored niza propisa koji indirektno uređuju oblast energetske efikasnosti, Zakon o efikasnom korišćenju energije donet je 2013. godine, kao prvi zakon koji je za predmet imao energetskej efikasnost kao posebnu oblast energetike. Ovim zakonom je započeo proces usklađivanja propisa Republike Srbije za propisima Evropske unije u oblasti energetske efikasnosti. S obzirom na činjenicu da energetska efikasnost ima veoma široku oblast primene, ovaj zakon je bio pravni osnov za donošenje velikog broja podzakonskih akata od kojih mnogi nisu ni stigli da budu doneti da bi se na taj način obezbedilo bliže uređenje ove oblasti.

Promene u propisima o energetskej efikasnosti Evropske unije, uticale su da u Republici Srbiji, u aprilu 2021. godine, bude usvojen Zakon o energetskej efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije (u daljem tekstu: Zakon).³⁷ Zakonom su utvrđeni sledeći ciljevi: ostvarivanje ušteda energije, sigurnost snabdevanja energijom, smanjenje uticaja energetskeg sektora na životnu sredinu i klimatske promene,

³⁴ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on energy efficiency (recast), COM/2021/558 final, Brussels, 14. 7. 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0558>, 30. 9. 2021.

³⁵ Branislava Lepotić Kovačević, „Domaće pravo energetike“, *Pravo energetike, Zbornik radova*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2005, 497–515. V. čl. 146–147. Zakona o energetici, *Službeni glasnik RS*, br. 84/2004.

³⁶ Čl. 72–77 Zakona o energetskej efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2021.

³⁷ Zakon o energetskej efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2021, koji je stupio na snagu 30. aprila 2021. godine.

održivo korišćenje prirodnih i drugih resursa, povećanje konkurentnosti privrede, poboljšanje uslova za ekonomski razvoj i smanjenje energetske siromaštva,³⁸ što je prvi put uvedeno kao pojam i cilj u pravni sistem Republike Srbije. Takođe, energetska efikasnost i racionalna upotreba energije su utvrđene kao javni interes Republike Srbije.³⁹

Novine koje donosi Zakon, a shodno propisima Evropske unije, usmerene su na drugačiju organizaciju sektora i drugačija strateška i planska akta. Umesto dosadašnjeg Nacionalnog akcionog plana za energetske efikasnost, Zakonom je utvrđeno da će se primena mera energetske efikasnosti planirati Integrisanim nacionalnim planom za energiju i klimu, zajedno sa povećanjem korišćenja obnovljivih izvora energije i preduzimanjem aktivnosti na smanjenju emisija gasova staklene bašte, a time i smanjenju uticaja na klimatske promene. Pravni osnov za donošenje ovog plana utvrđen je Zakonom o energetici.⁴⁰ Ovaj plan, u delu koji se odnosi na energetske efikasnost, sadrži indikativni cilj energetske efikasnosti, cilj kumulativne uštede energije, mere za njihovo dostizanje, kao i cilj energetske efikasnosti za zgrade centralne vlasti. Zakonom su predviđeni razni instrumenti koji omogućavaju praćenje potrošnje energije i ušteda energije, kao i ostvarivanja rezultata predviđenih mera energetske efikasnosti, da bi informacije o realizaciji mera energetske efikasnosti podsticale, kako nadležne organe, tako i sve subjekte sprovođenja ovih mera na njihovu primenu.

Sistem energetske menadžmenta koji je uveden Zakonom o efikasnom korišćenju energije,⁴¹ ostao je i u Zakonu jedan od ključnih mehanizama primene mera energetske efikasnosti i praćenja njihovog ostvarivanja. Na novi način su utvrđeni obveznici ovog sistema u koje spadaju državni organi, ustanove i drugi korisnici javnih sredstava, energetske intenzivna privredna društva i javna preduzeća, kao i jedinice lokalne samouprave i gradske opštine sa preko 20.000 stanovnika. Ovi obveznici sistema su dužni da planiraju primenu mera energetske efikasnosti, uspostave unutrašnju organizaciju energetske menadžera koji će to planirati i pratiti i izveštavati o ostvarenim ciljevima energetske efikasnosti putem informacionih

³⁸ Energetsko siromaštvo u smislu zakona je rezultat kombinacije niskih prihoda domaćinstva, velike potrošnje raspoloživih prihoda na energiju i nedovoljne energetske efikasnosti. – Čl. 3, st. 1, tač. 17. Zakona o energetske efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2021.

³⁹ Čl. 2. i 4. Zakona o energetske efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2021.

⁴⁰ Čl. 8a i 8b Zakona o energetici, *Službeni glasnik RS*, br. 145/2014, 95/2018 – drugi zakon i 40/2021.

⁴¹ Zakon o efikasnom korišćenju energije, *Službeni glasnik RS*, br. 125/2013.

sistema uspostavljenih u tu svrhu. Zakonom je utvrđen energetske pregled, kao instrument energetske efikasnosti, posebno za obveznike sistema energetskeg menadžmenta. Ovaj instrument se koristi za sagledavanje aktualne potrošnje energije i identifikaciju potrebnih promena i segmenata gde je moguća primena mera energetske efikasnosti.

Zgradarstvo je izuzetno značajna oblast u kojoj je neophodna primena mera energetske efikasnosti. U istraživanjima je utvrđeno da u Evropskoj uniji 40% ukupne energije troši na grejanje i druge vrste potrošnje energije u zgradama.⁴² Zakonom je predviđena energetska sanacija zgrada centralne vlasti, koje treba da budu primer svesti i značaju efekata energetske efikasnosti i efekata primene mera energetske efikasnosti. Zbog toga je Zakonom predviđena obavezna energetska sanacija zgrada centralne vlasti, pri čemu sanirane zgrade moraju dostići svojstva koja ne mogu biti niža od minimalnih zahteva koji su propisani za energetska svojstva zgrada. Utvrđena je i obaveza investitora u nove zgrade da u novim zgradama postavе uređaje za merenje i regulaciju predate količine toplotne energije, a gde postoji i potrošne tople vode, za celu zgradu, svaki deo zgrade i svako grejno telo. Još jedna mera energetske efikasnosti u zgradarstvu koja je već postojala, ali je sa usvajanjem Zakona dobila sveobuhvatniji oblik, je obavezna kontrola sistema za grejanje i sistema za klimatizaciju zgrada.

Zakon detaljno uređuje institut energetske usluge,⁴³ usklađujući definiciju ove usluge sa propisima Evropske unije i utvrđujući nove modele energetske usluga, tako da pored ugovora o energetskom učinku, ovi modeli koji su namenjeni pre svega energetskim uslugama u javnom sektoru, treba da se obuhvate i ugovore o efikasnoj isporuci energije i/ili smanjenju emisije CO₂. Energetske usluge se mogu primenjivati i na druge oblike povećanja energetske efikasnosti, odnosno ostvarivanja uštede primarne energije ili vode. Da bi se na svojevrsan način ostvarila promocija energetske usluge, Zakonom je utvrđena obaveza Privredne komore Srbije da vodi javnu evidenciju pružalaca energetske usluga, kako bi se na taj način pružila informacija korisnicima energetske usluga ko su lica koja ih pružaju. Energetske usluge se korisnicima javnih sredstava najčešće pružaju u formi

⁴² Tač. 3 preambule Direktive 2010/31/EU – Directive 2010/31/EU of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 on the energy performance of buildings (recast).

⁴³ Energetska usluga je usluga koja obezbeđuje materijalnu ili drugu korist, odnosno dobro nastalo kombinacijom primene energetske efikasne tehnologije ili aktivnosti koje mogu uključiti rad, održavanje, upravljanje i kontrolu potrebnu za pružanje usluge, koja se pruža na osnovu ugovora i koja u normalnim okolnostima dovodi do proverljivog, merljivog, odnosno procenljivog poboljšanja energetske efikasnosti ili ušteda primarne energije – čl. 3, st. 1, tač. 13. Zakona o energetskoj efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2021.

javno-privatnih partnerstava. Komisija za javno-privatno partnerstvo je odobrila preko 50 projekata za unapređenje energetske efikasnosti po osnovu ugovora o energetskom učinku, samo u oblasti javnog osvetljenja.⁴⁴

Zakonom su inovirane i odredbe koje utvrđuju zahteve energetske efikasnosti za nove i rekonstruisane energetske objekte. Takođe, utvrđeni su zahtevi za merenje i naplatu stvarno utrošene energije i sadržaj računa za isporučenu energiju, sa ciljem da kupci energije na osnovu podataka o izmerenoj potrošnji energije budu stimulisani da sprovedu mere povećanja energetske efikasnosti. Zakonom je inovirana obaveza korisnika javnih sredstava da prilikom sprovođenja javne nabavke nabavljaju energetske efikasne proizvode i poslovne prostore. Inovirane su i odredbe o praćenju ušteda energije u drumskom saobraćaju. Propisivanje tehničkih karakteristika energetske efikasnosti pneumatika značajno će doprineti tome. Pravni osnov za donošenje propisa o energetskom označavanju proizvoda je pojednostavljen i usmeren na donošenje tehničkih propisa,⁴⁵ čime je podignuta efikasnost i samog normativnog mehanizma. Ovaj mehanizam je iskorišćen i za utvrđivanje pravnog osnova za primenu eko-dizajna za određene proizvode koji se mogu staviti na tržište i/ili pustiti u rad, samo pod uslovom da ispunje zahteve.⁴⁶

Zakonom je regulisana visokoeffikasna kombinovana proizvodnja električne i toplotne energije, koja je ranije bila uređena Zakonom o energetici.⁴⁷ U Zakonu je propisano sticanje statusa povlašćenog proizvođača za elektranu, odnosno deo elektrane koja ima tehnologiju visokoeffikasne kombinovane proizvodnje električne i toplotne energije. Utvrđen je pravni osnov za uređivanje garancija porekla za električnu energiju proizvedenu iz visokoeffikasne kogeneracije. Predviđaju se finansijski i nefinansijski podsticaji za visokoeffikasnu kombinovanu proizvodnju električne i toplotne energije. U finansijske podsticaje spadaju: podsticaji kroz sistem tržišnih premija i sistem fid-in tarifa i podsticaji koje dodeljuje Uprava za finansiranje i podsticanje energetske efikasnosti. Nefinansijski podsticaji obuhvataju: pravo visokoeffikasne kogeneracije i pojedinih učesnika na tržištu energije na prvenstvo pristupa energetske mreži, uslove za priključenje visokoeffikasne kogeneracije na energetske mreže, garancije porekla za visokoeffikasnu kogeneraciju. Osnovni razlog za promenu modela finansijskog podsticaja za visokoeffikasnu

⁴⁴ <http://jpp.gov.rs/koncesijevesti/spisak>, 30. 9. 2021.

⁴⁵ Čl. 63 Zakona o energetske efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2021.

⁴⁶ Čl. 66 Zakona o energetske efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2021.

⁴⁷ Zakon o energetici, *Službeni glasnik RS*, br. 145/2014.

kogeneraciju instalirane snage preko 500 kWe je konkretniji i transparentniji način dodele podsticaja, kao i primena pravila o državnoj pomoći.

Na osnovu ovog zakona treba da se donese oko 40 podzakonskih akata i oko 40 tehničkih propisa.

ENERGETSKA EFIKASNOST KAO POSEBNA OBLAST PRAVA ENERGETIKE

Naučno tehnološki razvoj u oblasti energetike i potreba borbe protiv klimatskih promena u značajnoj meri su doprineli bržem razvoju propisa iz oblasti energetike na globalnom i nacionalnom nivou. Energetika je s jedne strane osnovni činilac naučno-tehnološkog i društvenog razvoja, a sa druge strane bitan faktor od uticaja na klimatske promene.⁴⁸ U pravu energetike se stalno razmatra energetska efikasnost.

Kada se sagleda celina propisa koji direktno uređuju oblast energetske efikasnosti u okviru prava Evropske unije i u nacionalnom zakonodavstvu Republike Srbije, sve sa tendencijom donošenja novih propisa, uočava se da je energetska efikasnost uređena velikim brojem propisa. Ti propisi nalažu primenu energetske efikasnosti u svim oblastima prava energetike, ali ne izdvajaju energetska efikasnost kao posebnu oblast, jer postojanje velikog broja propisa samo po sebi ne ustanovljava poseban predmet niti metod prava energetske efikasnosti. Naprotiv, energetska efikasnost se javlja kao princip koji je ugrađen u opšte metode prava energetike.

Iako su u oblasti prava energetike izgrađeni novi pojmovi, kao što su: energetska efikasnost, energetske usluge, energetska sanacija, visoko efikasna kogeneracija, energetska siromaštvo, energetska menadžment, energetska pregled i niz drugih. Oni za svoj sadržaj ili svrhu imaju pre svega primenu principa energetske efikasnosti.

Takođe, kada bismo razmatrali predmet energetske efikasnosti, kao posebne oblasti prava energetike i pored velikog broja donetih propisa, teško bi bilo logički sagledati mogućnost da jedna oblast prava bude predmetno iscrpljena principom, tj. da princip preraste sebe, postane oblast prava i istovremeno ostane osnovni princip sebe kao oblasti prava.

Svi navedeni novi propisi primenjuju princip energetske efikasnosti na postojeće objekte prava energetike i korisnike energije.

⁴⁸ Branislava Lepotić Kovačević, „Prikaz Zakona o energetske efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije“, <https://www.upes.rs/wp-content/uploads/energetska-efik-racionana-upotreba-prikaz.pdf>, 1. 10. 2021.

Zbog napred navedenog, danas se ne bi moglo smatrati da su pravne norme i stvarno ljudsko ponašanje koji se tiču energetske efikasnosti ništa drugo do ustanovljavanje mera, kojima se nalaže primena principa energetske efikasnosti u praksi. Čak i kada se energetsom efikasnošću bave posebno određene osobe i kada je njihovo delovanje propisano zakonom i podzakonskim aktima, to delovanje nije usmereno na posebnu klasu objekata koji bi bili različiti od već jasno utvrđenih objekata iz različitih oblasti prava energetike.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Uzimajući u obzir sve prethodno navedeno, može se zaključiti da je energetska efikasnost svakako opšte prihvaćeni princip prava energetike.

Da li je energetska efikasnost, usled sve značajnije potrebe borbe protiv klimatskih promena zbog ostvarivanja održivog razvoja i sve većeg tehničko-tehnološkog napretka, koji se naziva trećom industrijskom revolucijom ili energetsom tranzicijom i koji prati isto takav razvoj pravnog okvira, postala posebna oblast prava energetike? Po svemu sudeći, nije.

Ipak, potrebno je istaći da je energetska efikasnost, kao princip čiji efekti značajno utiču na realizaciju ciljeva navedenih Zakonom važan javni interes, jer predstavlja zaštitu javnog dobra uključujući klimu i prirodna bogatstva kao što su: s jedne strane energenti za proizvodnju energije, a s druge strane čist vazduh, što je direktno vezano za zaštitu prava na život.

U svakom slučaju, energetska efikasnost je potreba sa kojom se moramo saživeti.

Dr. BRANISLAVA LEPOTIĆ KOVAČEVIĆ
President of the Serbian Energy Law Association

ENERGY EFFICIENCY – SPECIAL PART OF THE ENERGY LAW OR PRINCIPLE OF THE ENERGY LAW

Summary

During last twenty years energy efficiency had a significant expansion of regulations that directly regulate it. Such a large number of regulations is the result of the growing awareness of the fact that energy, and thus energy efficiency, has become a factor in every action of an individual and a legal entity. Energy efficiency is a principle of energy use, and thus to energy law, and represents the relationship between the achieved result in services, goods or energy and the consumed energy for that purpose. At the same time, energy efficiency is a principle of special positive impact on climate

change and sustainable development, which is applied in the production, transport and consumption of energy. This paper is going to consider whether energy efficiency is still only a principle of the energy law, as well as whether, with the increase in the number of relevant regulations, this area has received its own special legal entirety as the sector of the energy law.

Key words: energy efficiency, energy law, principles of energy law, climate change, regulation

Literatura

- Du Plessis W., „Energy efficiency and the law: a multidisciplinary approach“, *South African Journal of Science*, Vol. 111, No. 1–2, Pretoria Jan./Feb. 2015.
- Heffron R. J., Rønne A., Tomain J. P., Bradbrook A., Talus K., „A treatise for energy law“, *Journal of World Energy Law and Business*, No. 11, Oxford, 2018.
- Lepotić Kovačević B., „Prikaz zakona o energetskej efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije“, <https://www.upes.rs/wp-content/uploads/energetska-efik-racionana-upotreba-prikaz.pdf>.
- Lepotić Kovačević B., „Pojmovi i principi prava energetike“, *Pravo energetike, Zbornik radova*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2005.
- Lepotić Kovačević B., „Domaće pravo energetike“, *Pravo energetike, Zbornik radova*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2005.
- Lepotić Kovačević B., Lepotić B., „Zaštita životne sredine i klimatske promene kroz zaštitu ljudskih prava u sudskoj praksi evropskog suda za ljudska prava“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, tom I, Beograd, 2020.
- Vajthed A. N., *Nauka i moderni svet*, Nolit, Beograd, 1976.
- Koen M., Nejgel E., *Uvod u logiku i naučni metod*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1982.
- Nejgel E., *Struktura nauke*, Nolit, Beograd, 1974.
- Monteskje Š., *O duhu zakona*, Filip Višnjić, Beograd, 1989.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 10.10.2021.

Prihvaćen: 27.10.2021.

PREGLEDNI RAD

PERSPEKTIVA EKOCIDA KAO MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG DELA

U radu se razmatra mogućnost da ekocid postane međunarodno krivično delo predviđeno Rimskim statutom Međunarodnog krivičnog suda. U radu se ukazuje na istorijat inicijativa koje su pozivale na inkriminaciju ovog dela. Razmatraju se dosadašnji predlozi definicija ekocida i stavlja se akcenat na rad Panela zaduženog za stvaranje međunarodno priznate definicije. Biće sagledano zašto je teško definisati ekocid kao krivično delo koje je opšteprihvaćeno. Sagledavaju se elementi krivičnog dela, zatim stepen namere potrebne za vršenje ekocida, kao i teorijski koncepti koji su se pojavili vezani za ovo pitanje. Razmatraju se elementi koji čine biće ovog krivičnog dela. U članku se takođe analizira i pitanje ko i pod kojim uslovima se može smatrati odgovornim za ekocid. Posebna pažnja se posvećuje pitanju kako je ekocid do sada regulisan u nekim nacionalnim zakonodavstvima, te se vrši komparativna analiza. Ukazuje se i na činjenicu da štetni efekti klimatskih promena značajno doprinose ekocidu, naročito u siromašnim delovima naše planete. Na kraju članka ukazuje se na prepreke koje postoje da bi se ekocid uvrstio u Rimski statut i perspektivi ekocida kao međunarodnog krivičnog dela.

Ključne reči: ekocid, klimatske promene, Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda, životna sredina, međunarodno krivično delo

U V O D

Čovečanstvo je na egzistencijalnoj raskrsnici. Okeani postaju topliji, a ledene kape se tope, zagađenje štetnim gasovima sa efektom staklene bašte sve je intenzivnije, sve više biljnih vrsta i životinjskih izumire. Rast broja stanovnika izaziva

Ljubomir Tintor, master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ljubomir.tintor@yahoo.com.

katastrofalne posledice po ekosistem.¹ Evropski parlament je nakon izveštaja o negativnim efektima klimatskih promena pozvao države da ekocid proglaše za međunarodno krivično delo i priključe ga drugim međunarodnim krivičnim delima predviđenim Rimskim statutom Međunarodnog krivičnog suda.² Međunarodno pravo ima ulogu u transformaciji našeg odnosa sa svetom prirode, menjajući taj odnos od uništavanja prirode ka životu u harmoniji sa prirodom. Ekocidom se danas nezvanično smatra svaka protivpravna ljudska aktivnost koja krši principe ekološke pravde, znatnim oštećivanjem ili uništavanjem ekosistema.³ Sam izraz ekocid nije nov, već je počeo da se pojavljuje 70-ih godina prošlog veka kao odgovor na uništavanje životne sredine usred ratnih dejstava. Od tada se ovaj termin koristi za označavanje devastacije životne sredine, uništavanje biljnog i životinjskog diverziteta ili uništavanje krajolika izazvanog ljudskim dejstvima bilo u ratnom ili mirnodopskom periodu. Termin se koristi i za štetu koju izazivaju globalni problemi životne sredine poput klimatskih promena. Naročito ako se znaju razmere i posledice klimatskih promena širom planete, koje su katastrofalne i menjaju izgled planete. O ekocidu kao međunarodnom krivičnom delu se naročito počelo razmišljati u poslednjoj deceniji s obzirom na efekte koje izazivaju klimatske promene. Postoje ideje da se izazivanje klimatskih promena treba smatrati sastavnim delom krivičnog dela zločina protiv mira. Ekocid za sada nije prepoznat kao međunarodno krivično delo od strane Ujedinjenih nacija, iako postoje značajne tendencije u tom pravcu.

Cilj ovog članka je da pruži analizu elemenata krivičnog dela ekocida i pokuša da ga definiše, utvrdi njegov odnos sa klimatskim promenama imajući u vidu da klimatske promene imaju neupitan uticaj na ekosistem. U članku će biti izloženi i različiti koncepti viđenja ekocida kao krivičnog dela i pokušaće se dati odgovor na pitanje ko se može smatrati odgovornim za ovo delo. Zatim će se izložiti istorijski razvoj ovog krivičnog dela i razvoj ideje da se ekocid proglasi za međunarodni zločin predviđen Rimskim statutom Međunarodnog krivičnog suda. Kroz komparativnu analizu biće ukazano na to kako je ovo delo regulisano u nekim nacionalnim krivičnim zakonima poslednjih godina. Na kraju u poslednjem delu rada razmotriće se potencijal da ovaj protivpravni akt postane opšteprihvaćeno međunarodno krivično delo.

¹ Sailesh Mehta, Prisca Merz, „Ecocide - A New Crime against Peace“, *Environmental Law Review*, Vol. 17, No. 1, 2015, 3-7; Global warming of 1.5°C Report 2019 Intergovernmental Panel on Climate Change https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/06/SR15_Full_Report_High_Res.pdf, 31.7.2021.

² Statement by Government Republic of Vanuatu 7th decembre 2019, https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/GD.VAN.2.12.pdf, 31.07.2021.

³ Franz Broschimmer, *Ecocide: A Short History of Mass Extinction of Species*, Pluto Press, 2002, 88.

POJAM KRIVIČNOG DELA EKOCIDA I NJEGOVA ISTORIJA

Pozivi da se ekocid proglasi za krivično delo datiraju još od 70-ih godina prošlog veka. Tvorcem pojma ekocid smatra se Galston (Arthur Galston) koji je 1972. godine masovno uništavanje ekosistema nazvao ekocidom.⁴ U okviru uvodnog izlaganja iste godine tokom konferencije u Štokholmu na kojoj je doneta i Štokholmska deklaracija Ulof Palme (*Olof Palme*) je rat u Vijetnamu nazvao pravim ekocidom. Na inicijativu Indire Gandi (*Indira Gandhi*) osnovana je radna grupa koja je trebala da izradi nacrt Konvencije o ekocidu.⁵ Tokom konferencije održano je mnogo nezvaničnih paralelnih događaja, uključujući „Narodni samit“. Na ovom Samitu, učesnici su razgovarali o stvaranju zakona o ekocidu.⁶ Nacrt je podnet Generalnoj skupštini UN 1973. godine. U nacrtu je ekocid definisan kao „Nepopravljiva šteta koju je čovek svesno ili nesvesno naneo životnoj sredini u vreme rata ili mira“.⁷ U nastavku se delo ekocida definiše kao namera „da se poremeti ili uništi, u celini ili delimično, ljudski ekosistem“, međutim nije navedena opšta definicija šta je ekocid već se on sagledava samo kroz posledice dela. Falk (*Richard A. Falk*) izneo je svoj predlog za Međunarodnu konvenciju o ekocidu 1973. godine. U ovom dokumentu ekocid je bio definisan kao bilo koja namerna ili nenamerna radnja izazvana da uništi čovekovu životnu sredinu.⁸ Pod tim radnjama se podrazumevaju upotreba bilo koje vrste oružja za masovno uništenje, upotreba herbicida koji uništavanju šume, upotreba bombi i artiljerije u takvoj količini da dovode u opasnost ljudske živote, ružičavanje velikih površina ili modifikovanje vremenskih uslova (pre svega kontrola padavina i kontrola temperature) raznim vrstama oružja koji izazivaju kisele kiše. Nastavak težnje ka kriminalizaciji ekocida desio se tokom 80-ih godina u Vitaker izveštaju izrađenom po zahtevu Potkomisije UN za unapređenje i zaštitu ljudskih prava u kome je izneta ideja da se ekocid uvrsti kao sastavni deo krivičnog dela genocida. On je ekocid tada definisao kao „negativne promene, često nepopravljive po životnu sredinu izazvane nuklearnim eksplozijama, hemijskim oružjem, ozbiljnim zagađenjem ... koje ugrožavaju postojanje čitave populacije,

⁴ Emma O'Brien, An international crime of „ecocide“: what's the story?, <https://www.ejiltalk.org/an-international-crime-of-ecocide-whats-the-story/>, 14.06.2021.

⁵ Björk Tord, *The emergence of popular participation in world politics: United Nations Conference on Human Environment 1972*, Department of Political Science, University of Stockholm, 1996, 15.

⁶ Richard A. Falk, „Environmental Warfare and Ecocide: Facts, Appraisal and Proposals“, *Belgian Rev. International Law*, Vol.1, 1973, 1-27.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

bilo umišljajem ili iz nemara“.⁹ Potom je u članu 26 Nacrta konvencije o zločinima protiv mira i sigurnosti čovečanstva“ iz 1995. godine predviđen ekocid kao protivpravno delo i definisan kao „namerna šteta po životnu sredinu.“¹⁰ Interesantno da Komisija za međunarodno pravo nikad nije izglasala član 26, već je tokom izglasavanja ovaj član „stavljen po strani“. Član 19 Nacrta pravila o odgovornosti države za protivpravni akt usvojen u prvom čitanju predviđao je podelu na međunarodne zločine i međunarodne delikte. Između ostalih dela u zločine je ubrajano i kršenje obaveza od suštinskog značaja za očuvanje čovekove okoline, masovno zagađivanje atmosfere ili mora, što se sa današnjeg aspekta može tumačiti kao ekocid.¹¹ Prilikom usvajanja Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda prvobitna ideja je bila da se član 26 iz Konvencije uvrsti kao zasebno krivično delo, ipak na kraju je šteta nanaeta životnoj sredini pomenuta je samo u kontekstu ratnih zločina.¹²

Dakle, još ne postoji jedinstvena definicija pojma ekocida kao krivičnog dela. Na godišnjoj skupštini potpisnica Rimskog statuta MKS Vanuatu i Maldivi su u ime grupe država koja su najranjivije s obzirom na negativne posledice klimatskih promena pozvale da se uvede međunarodno krivično delo ekocida. Njihovu inicijativu je podržala Belgija i uputila zvaničan zahtev definicije krivičnog dela.¹³ Fondacija *Stop Ecocide* 2020. godine sazvala je panel međunarodnih pravnika radi izrade zvanične pravne definicije „ekocida“.¹⁴ Na čelu ovog panela nalazi se jedan od najvećih stručnjaka međunarodnog prava životne sredine Filip Sands (*Philippe Sands*).

U stručnoj literaturi se do sada pojavilo nekoliko koncepata u pogledu pitanja na koji način je moguće definisati ovo delo kao protivpravan akt. Tako se ekocid u ekološkom konceptu može koristiti za opisivanje prirodnih procesa propadanja i transformacije ekosistema.¹⁵ Termin ekocid se takođe koristi i za pričinjenu štetu

⁹ Whitaker Report-17, <http://www.preventgenocide.org/prevent/UNdocs/whitaker/>, 14.06.2021.

¹⁰ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Text adopted by the International Law Commission at its forty-eighth session, in 1996, and submitted to the General Assembly, 1996.

¹¹ James Crawford, „State Responsibility-The General Part“, *Cambridge University Press*, University of Cambridge, 2013, 35-42. Ovaj član je obrisan u drugom čitanju.

¹² Anastacia Greene, „The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest Or Moral Imperative“, *Fordham Environmental Law Review*, Vol. 30, no. 3, 2019, 19.

¹³ Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundatio+n+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>, 14.06.2021.

¹⁴ E. O'Brien, op.cit.

¹⁵ Polly Higgins, *Eradicating Ecocide: Laws and Governance to Prevent the Destruction of our Planet*, Shephard-Walwyn Publishers Ltd, 2010, 133.

tokom ratnih aktivnosti kao što je bio slučaj napada Iraka na Kuvajt kada su naftne bušotine podignute u vazduh i tada je došlo do zagađenja ekosistema za vreme Zalivskog rata. Osnovna teza je da se ekocid treba tumačiti kao krivično delo u odnosu na količinu pričinjene štete, a ne na osnovu ispunjenja definisanih uslova. Prvenstveni razlog da količina nanete štete bude osnov za procenu da li je počinjeno krivično delo ili ne jeste što se šteta izazvana u životnoj sredini smatra prihvatljivom, jer je to svojevrsna posledica industrijskih aktivnosti za koje se vidi da pružaju značajne ekonomske koristi.¹⁶ Ova teza se dovodi u nezavidan položaj pri definisanju pojma ekocida, jer uspostavljajući balans između ekonomske korisnosti i štete otvara se široko polje za arbitrarnost i različita tumačenja.

Drugi koncept je antropološki. Ovaj koncept se zasniva na kriminalizaciji ljudskih aktivnosti koje uništavaju i umanjuju dobrobit i zdravlje ekosistema i vrsta unutar njih. Iz perspektive kriminološke štete, važno je imenovati takve štete kao krivična dela bez obzira na njihov sadašnji pravni status. Određena dela u pravnom sistemu su definisana kao krivična dok druga nisu.¹⁷

Da bi se razumeo ovaj drugi koncept neophodno je analizirati pojam ekosistem i iznaći adekvatnu definiciju. Koncept ekosistema je prvobitno stvoren oko 1930. godine od botaničara Tensleija (*Arthur Tansley*), ali je od tada evoluirao. Danas se pod pojmom ekosistem podrazumeva grupisanje živih bića koja dele isti biotop ili stanište i međusobno su povezane.¹⁸ Ekosistem se možda još jednostavnije može definisati kao skup formiran od živih bića i neživih elemenata životne sredine i vitalni odnos koji se uspostavlja između njih.¹⁹

Postoji i treći koncept koji težište krivičnog dela ekocida zasniva na riziku od posledice. Prema ovom konceptu odgovornost nastaje čak i ako ekološka šteta nije nameravana, ali jeste nastala kao sporedni efekat industrijske aktivnosti.

Kada se govori o definisanju ekocida kao međunarodnog krivičnog dela postavlja se vrlo interesantno teorijsko pitanje: da li je moguće ovo krivično delo učiniti nehatom, umišljajem ili je zbog značaja dela i ranijih predloga da se podvede pod definiciju genocida potreban *dolus specialis*. Interesantan stav su iznele Belgija i Urugvaj prilikom razmatranja Nacrta konvencije o zločinima protiv mira

¹⁶ Rob White, „Ecocide and the Carbon Crimes of the Powerful“, *University of Tasmania Law Review*, Vol. 37, No. 2, 2018, 96.

¹⁷ R. White, op. cit., 104.

¹⁸ Šta je ekosistem? Njegova definicija i značenje 2021, <https://sr.awordmerchant.com/ecosistema#menu-1>, 04.08.2021.

¹⁹ Neophodno je napomenuti da postoje dva tipa ekosistema. Prvi je kopneni u koji na primer spadaju džungle, šume, pustinje, dok drugi tip ekosistema predstavljaju vodeni ekosistemi poput okeana, močvara, jezera, itd. V. *Ibidem*.

i sigurnosti čovečanstva da za krivično delo ozbiljne štete po životnu sredinu nije potreban nijedan element namere. Dakle, prema ovom stavu za ekocid bi se moglo odgovarati po principu apsolutne odgovornosti. Sličan stav je iznela i Australija pravdajući ga činjenicom da države i pojedinci narušavaju ekosistem i izazivaju ekocid prvenstveno zbog ekonomskih interesa.²⁰ Ipak kada se dobro razmotre priroda protivpravnog akta i posledice koje izaziva, ispravno bi bilo da se ekocid smatra umišljajnim krivičnim delom. Teško bi se moglo zamisliti da bi neko mogao odgovarati ako bi nemarom ostavljao običan otpad. Prema stavovima teoretičara za ekocid su odgovorni čovek, država i transnacionalne kompanije. Stoga bi ovi akteri trebali biti odgovorni da zaustave svaku aktivnost koja može izazvati ekocid.²¹

Pošto je ekocid međunarodno krivično delo u nastajanju još uvek ne postoji jedinstvena definicija. Jedan od prvih predloga definicije ekocida pružila je Higgs (Polly Higgins) iznoseći predlog pred Komisijom za međunarodno pravo „Ekocid je veliki gubitak, oštećenje ili uništavanje ekosistema na datoj teritoriji (teritorijama) ... takvo da je život stanovnika ozbiljno narušen ili će to biti u budućnosti“.²² Higgs se zalagala za razvoj zakonodavstva koje bi životnu sredinu štitilo u okviru treće generacije kolektivnih ljudskih prava i na taj način bi se nametnula obaveza kolektivne dužnosti zaštite. U svojoj predloženoj definiciji ekocida, Higgs se poziva na mirno uživanje u životnoj sredini koje se odnosi na sve stanovnike date teritorije, ali i biljni i životinjski svet.²³ Higgs ekocid deli u dve vrste. Prvu vrstu čini ekocid kod koga se šteta može utvrditi i drugi koji ima nesagledive posledice.²⁴ Treba naglasiti da je ovu definiciju ekocida kao međunarodnog krivičnog dela podržao i papa Franja u svojoj izjavi.²⁵ Ovaj gest bi možda mogao imati značajan politički uticaj na unošenje ovog dela u Rimski statut MKS. Webster (*Merriam Webster*) s druge strane ekocid definiše kao „uništavanje velikih površina prirodnog okruženja aktivnostima poput nuklearnog rata, prekomernog iskorišćavanja resursa ili odlaganja

²⁰ R. White, op.cit., 68.

²¹ Polly Higgins, Dean Short, Nigel South. „Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide“, *Crime Law Soc Change*, 2013, 262.

²² Stop Ecocise, FAQs - ECOCIDE & THE LAW, <https://www.stopecocide.earth/faqs-ecocide-the-law>, 16.06.2021.

²³ Saloni Malhotra, „The International Crime That Could Have Been but Never Was: An English School Perspective on the Ecocide Law“ *Amsterdam Law Forum* 49, Vol. 9, No. 3, 2017, 55.

²⁴ Polly Higgins, *Earth is Our Business: Changing the Rules of the Game*, Shephard-Walwyn, London, 2012, 160.

²⁵ Pope Francis: destroying the earth is a sin and should be a crime, <https://www.stopecocide.earth/press-releases-summary/pope-francis-destroying-the-earth-is-a-sin-and-should-be-a-crime>, 16.06.2021.

štetnih hemikalija²⁶. Iz ove dve predložene definicije se može izvući zaključak da će se za buduću definiciju ekocida oslonac tražiti na ljudskoj radnji koja izaziva potpunu devastaciju ekosistema uključujući more, vazduh, biološku raznolikost. Grej (*Mark Gray*) sugerise da bi ekocid kao međunarodno krivično delo trebalo ispuniti tri uslova, a to su, da šteta pričinjena životnoj sredini prilikom vršenja ekocida bude ozbiljna, takođe drugi uslov je da šteta bude velika ili dugotrajna, te je treći uslov da šteta mora imati međunarodnu dimenziju.²⁷

Neophodno je istaknuti činjenicu da pojam ekološke štete (štete pričinjene životnoj sredini) može imati različito značenje, prvenstveno to zavisi od toga kako se shvati pojam životne sredine.²⁸ Tako Sands kada govori o ekološkoj šteti podrazumeva restriktivni i ekstenzivni pojam štete. Restriktivan pojam bi obuhvatao samo štetu nanetu prirodnoj sredini pod kojom smatra vazduh, vodu, zemlju, floru i faunu.²⁹ Nešto šire shvatanje ekološke štete bi, po mišljenju ovog autora, pored pomenutog obuhvatalo i štetu pričinjenu prirodnim resursima i stvarima koje se smatraju kulturnim nasleđem.³⁰ Grej smatra da bi apsolutna odgovornost kod potencijalnog krivičnog dela bila odgovarajuća i zbog toga što bi ovaj oblik odgovornosti doprineo i većoj prevenciji. Ovaj oblik odgovornosti bi predstavljao i nadogradnju načela „zagađivač plaća“.³¹ U novije vreme Neiret (*Laurent Neiret*) je predložio da su zločini ekocida namerna dela koja ugrožavaju bezbednost planete i počinjeni su kao deo široko rasprostranjenog ili sistematskog delovanja.³² Sve predložene definicije o krivičnom delu ekocida uspostavljaju isključivu individualnu odgovornost. Nijedan predlog ne predviđa odgovornost državnih organa. Put ka konačnoj definiciji ekocida izgleda veoma dugačak.

Neophodno je osmisliti takvu definiciju ekocida koja će ovo delo razlikovati od drugih dela usmerenih ka devastaciji životne sredine. Kao i kod ostalih

²⁶ Dictionary, <https://www.dictionary.com/browse/ecocide>, 16.06.2021.

²⁷ Bronwyn Lay, Laurent Neyret, Damien Short, et al. „Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging“, *Journal Jurisprudence*, Vol. 28, 2015, 431-452.

²⁸ Postoji šire shvatanje po kome se životna sredina smatra jedinstvom spoljašnje okoline zajedno sa čovekovim delatnostima kojima on utiče na okolinu. Sa druge strane postoji restriktivno shvatanje koje pod životnom sredinom smatra samo spoljne elemente vazduh, vodu, zemlju, floru i faunu. Opširnije, Bojana Čučković, *Primena pravila o odgovornosti države za ekološku štetu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 85-88.

²⁹ Philippe Sands Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2012, 876.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ A. Greene, op.cit., 33.

³² A. Greene, op.cit., 434.

međunarodnih zločina, prag namere mora biti visok. Ako ekocid uporedimo sa međunarodnim krivičnim delima uočava se da je za zločin protiv čovečnosti potrebno je da postoji široko rasprostranjena ili sistematska namera. Ovakav oblik namere ne bi bio primenljiv kada se govori o ekocidu pošto ekocid može nastati i iz pojedinačne aktivnosti koja može proizvesti prirodnu katastrofu.³³ Jedno od logičnih rešenja koje se nameće pri definisanju ekocida jeste da pored opšte definicije elemenata krivičnog dela, postoji i lista aktivnosti *numerus clausus* koje prouzrokuju štetu u ekosistemu.

KRIVIČNO DELO EKOCIDA U NACIONALNIM ZAKONODAVSTVIMA

Usled sve češćih poziva da se ekocid proglašava za međunarodno krivično delo treba reći da je do sada ovo delo kriminalizovano u nekoliko država. Prva država koja je pošla ovim putem bila je Vijetnam još 1990. godine. Član 342. Krivičnog zakona predviđa da svako ko učini delo genocida ili ekocida bilo u doba rata ili doba mira biće kažnjen.³⁴ Ova definicija je podložna kritici imajući u vidu da se u njoj pominje pojam ekocida koji još uvek nije precizno definisan. Ruski krivični zakonik u članu 358 kriminalizuje „masovno uništavanje faune i flore, zagađenje atmosfere ili vodenih resursa, kao i druga dela koja mogu da izazovu ekološku katastrofu“.³⁵ Krivični zakonik Ruske Federacije izričito kažnjava ekocid kaznom od 12 do 20 godina zatvora.³⁶ Član 131 krivičnog zakonika Belorusije na primer definiše ekocid kao „namerno masovno uništavanje flore i faune ili trovanje vazduha ili vode ili izvršenje drugih namernih radnji koje bi mogle prouzrokovati ekološku katastrofu“.³⁷ Kirgizanski krivični zakon ekocid definiše kao „masovno uništavanje carstva životinja ili biljaka, kontaminacija atmosfere ili vodnih resursa, kao i izvršenje drugih radnji sposobnih da izazovu nesagledivu štetu izazvanu čovekovoj životnoj sredini“.³⁸

³³ E. O'Brien, op.cit. Primer takvog akta je izlivanje nafte ili incident u nuklearnoj elektrani. Potencijalni primeri ekocida koje navodi *Stop Ecocide Fondation* kreću se od direktne, namerne vojne akcije, poput upotrebe agenta *Orange* i nuklearnog oružja, do katastrofa kao što su Fukušima, Černobil i Bopal.

³⁴ Viet Nam Criminal Code No.15/1999/QH10 of December 21, 1999. Art 342, <https://wipo-lex.wipo.int/en/legislation/details/5025>, 16.06.2021.

³⁵ „Criminal Code Russian Federation 1996 Art 358“. Russian-criminal-code. https://www.imolin.org/doc/amlid/Russian_Federation_Criminal_Code.pdf, 14.06.2021.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Penal Code of Belarus 1999. Art 131. http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=54631, 24.06.2021.

³⁸ Criminal Code Kyrgyzstan, Ch. 34, art. 374, 1997, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/kg/kg013en.pdf>, 24.06.2021.

Poslednjih godina raste svest međunarodne zajednice o uskoj povezanosti između uživanja ljudskih prava i očuvanja životne sredine. U prilog tome govore i klimatske parnice za zaštitu ljudskih prava koje su počele da se pokreću širom sveta. Ideja o zaštiti prava budućih generacija sve više dobija na zamahu nakon uspeha u slučaju Urgenda.³⁹

Grupna prava, poput prava autohtonih (starosedelačkih) naroda, često su ugrožena devastacijom prirode i upravo zato se i pokušava ovakvo ponašanje inkriminisati kao ekocid.⁴⁰ O uticaju ekocida na uživanje prava autohtonih naroda govori činjenica da starosedelci koji se oslanjaju na čistu vodu i obradivo zemljište trpe i egzistencija im je ugrožena usled velikih industrijskih projekata poput *Alberta Tar Sands project* u Kanadi koji negativno utiču na njihove šume, reke i tla.⁴¹ Ekvador je 2008. godine posvetio čitavo jedno poglavlje svog ustava Pravima majke Zemlje.⁴² Bolivija je usvojila Zakon o pravima majke Zemlje 2010. godine, dodeljujući prirodi pravo na život, biodiverzitet, vodu, čist vazduh, srazmernu obnovu i slobodu od zagađenja.⁴³ Gvatemala je nedavno donela zakon protiv ekocida i stvorila je sud za zaštitu životne sredine. Jedno gvatemalsko selo je podnelo tužbu za ekocid pred ovim sudom protiv jedne privatne kompanije.⁴⁴ Postupak je u toku i čeka se njegov ishod.

Poslednja država koja je kriminalizovala ekocid u nacionalnom pravu je Francuska 2021. godine. Nacrt krivičnog dela podnet je još 2019. godine. Prva predložena definicija je pod pojmom ekocid podrazumevala usaglašenu akciju usmerenu na uništavanje ili potpunu ili delimičnu degradaciju ekosistema, u doba mira kao i u vreme rata, na ozbiljnu i trajnu štetu po životnu sredinu i uslove života stanovništva.⁴⁵ Ovaj predlog je odbačen od strane Vlade sa obrazloženjem nedovoljne jasnosti upotrebljenih izraza i preopštosti. Ponovna inicijativa pokrenuta je 2 godine kasnije ovog puta je pojam ekocida definisan kao „bilo koja radnja koja je

³⁹ Opširnije, Ljubomir Tintor „Značaj slučaja Urgenda za razvoj klimatskih parnica na području Evrope“, *Strani pravni život*, god. 65, br. 2, Beograd, 2021, 249-265.

⁴⁰ Grechenkova, Oksana Y. „Certain Problems of Fighting Ecocide“, *Journal of Advanced Research in Law and Economics (JARLE)*, Vol. 8, No. 3, 2017, 821-828.

⁴¹ V. Damien Short, „Redefining Genocide: Settler Colonialism, Social Death and Ecocide“, *Zed Books*, 2016, 159-184.

⁴² S. Meheta, P. Merz, op. cit., 3-7.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Guatemala's Environmental Crimes Court Hears First Case, <https://perma.cc/U3BW-RQ6A>, 16.06.2021.

⁴⁵ Océane Herrero, L'«écocide» tente sans succès son entrée dans la loi, 03 mai 2019, <https://www.lopinion.fr/edition/politique/l-ecocide-tente-succes-entree-dans-loi-185866>, 16.06.2021.

prouzrokovala ozbiljnu ekološku štetu počinjena sa znanjem o posledicama koje bi iz toga proizašle i koja se nije mogla zanemariti.⁴⁶

Do sada se nijedna država prilikom definisanja krivičnog dela nije bavila stepenom namere potrebnim za izvršenje krivičnog dela. Interesantno da su ovo delo kriminalizovale uglavnom države bivšeg SSSR-a. Prilikom definisanja krivičnog dela države su se uglavnom manje-više pridržavale odredbi člana 26. Nacrta konvencije o zločinima protiv mira i sigurnosti čovečanstva koja se odnosilo na namerno nanošenje široko rasprostranjene, dugoročne i ozbiljne štete prirodnoj sredini u kontekstu rata.⁴⁷ Ovaj stav je potpuno opravdan imajući u vidu da je ovaj član bio predviđen kao sastavni deo Rimskog statuta. Takođe iz uporedne prakse se može zaključiti da su države Južne Amerike na posredan način proglasile ekocid za krivično delo pre svega kroz zaštitu planete i njenih prirodnih resursa. Iz uporedne analize se vidi da je trenutno mali broj država definisao ekocid na nacionalnom nivou. Takođe može se uočiti da je samo jedna država EU (Francuska) za sada kriminalizovala ovo delo, što narušava kampanju da se ovo delo kriminalizuje na međunarodnom nivou i u okviru Rimskog statuta MKS. Nedostatak nacionalnog zakonodavstva ide paralelno sa neusklađenošću kriterijuma za identifikovanje zločina ekocida kao opšteprihvaćenog međunarodnog krivičnog dela.⁴⁸

UTICAJ KLIMATSKIH PROMENA NA EKOCID

Klimatske promene su povezane sa ekocidom i prouzrokuju mnoge prirodne katastrofe. Uništavanje životne sredine ponekad se dogodi kao posledica dramatičnog dejstva događaja (poput nuklearne eksplozije ili izlivanja nafte), ali se često dešava kao rezultat mnogih malih zagađenja koje vrše mnogi pojedinci. Neki zagovornici tvrde da se zločin ekocida može koristiti za pozivanje na odgovornost najznačajnijih generatora emisije štetnih gasova sa efektom staklene bašte.⁴⁹ Vajt (*Rob White*) tvrdi da globalno zagrevanje nastaje kao rezultat sistemskog delovanja kapitalizma.⁵⁰ Ovo je naročito interesantan stav, jer ukoliko postoji sistemski propust ne može biti bitnih odgovornih za krivično delo.

⁴⁶ Le terme «écocide» dans la Constitution, entre réelle volonté écologique et limites juridiques, <https://radionotredame.net/emissions/un-jour-une-info/24-06-2020/>, 18.06.2021.

⁴⁷ Polly Higgins, Daniel Short, Nigel South. „Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide“. *Crime Law Soc Change*, Vol 59, 2013, 261.

⁴⁸ European Law Institute Ecocide, <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-upcoming-projects-and-other-activities/upcoming-projects/ecocide/>, 23.06.2021.

⁴⁹ How One Law Can Disput Climate Change, <https://perma.cc/M7FL-NAQW>, 22.06.2021.

⁵⁰ *Ibidem*.

Ova činjenica govori da postoje ozbiljniji problemi prilikom utvrđivanja odgovornosti kod krivičnih dela usmerenih ka uništavanju dok se odredbe o ekocidu mogu koristiti za uspostavljanje odgovornosti pojedinaca koji prouzrokuju određene ekološke katastrofe, čini se da nije u stanju da se pozabavi širim uništavanjem životne sredine u celini.⁵¹

Savremena nauka danas nedvosmisleno potvrđuje da emisije štetnih gasova uz masovno krčenje šuma predstavljaju osnovne uzroke globalnog zagrevanja. U prilog činjenici da klimatske promene imaju značajan uticaj na izazivanje ekocida govori podatak da je tokom izrade nacрта u okviru Panela figurirala ideja da se u definiciji ekocida naročito naznači uticaj klimatskih promena, ali je to odbijeno zbog želje da se zemljama i korporacijama oteža protivljenje predloženom novom zakonu. Umesto toga, stvorena je definicija koja obuhvata najgrublje činove devastacije ekosistema.⁵²

Uticaj klimatskih promena može se videti ako se sagleda situacija sa jezerom Čad u Africi. Ovo jezero je postalo simbol štetnog uticaja klimatskih promena poslednjih decenija. Jezero Čad, smešteno je u centralnom sektoru Sahela, na južnom obodu Sahare. Njegovo isušivanje dovodi u opasnost živote stanovnika u tom području. Jezero Čad smanjilo se za 90 odsto.⁵³ Sliv jezera Čad faktički služi za snabdevanje država Čad, Niger, Nigerije i Kameruna pijaćom vodom, zatim snabdevanje ribom, a sliv obuhvata i močvare od međunarodnog značaja za očuvanje.⁵⁴ Usled ekocida, temperatura u ovom regionu raste 5 puta brže nego u drugim područjima. Stanovnici ovog regiona usled ovih negativnih efekata dovedeni su u situaciju da je njihova egzistencija dovedena u pitanje i njihova sposobnost prilagođavanja klimatskim promenama se smanjuje.⁵⁵ Ovakvo stanje izaziva međusobne konflikte, što predstavlja ozbiljan međunarodni globalni bezbednosni problem. Ovo je potvrđeno i kroz više sednica Saveta bezbednosti koje su se bavile ovim pitanjem.⁵⁶

⁵¹ Anastacia Greene, „The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest Or Moral Imperative“, *Fordham Environmental Law Review*, Vol. 30, No. 3, 2019.

⁵² Gardin, Legal experts worldwide draw up 'historic' definition of ecocide, <https://www.theguardian.com/environment/2021/jun/22/legal-experts-worldwide-draw-up-historic-definition-of-ecocide>, 24.06.2021.

⁵³ Danladi Yunana et al, „Climate change and lake water resources in Sub-Saharan Africa“, *Nigerian Journal of Technology (NIJOTECH)*, Vol. 36, No. 2, 2017, 648 – 654.

⁵⁴ Abhijit Mohanty, Kieran Robson, Samuel Nguening, Swayam Sampurna Nanda, Climate change, conflict: What is fuelling the Lake Chad crisis, <https://www.downtoearth.org.in/blog/climate-change/climate-change-conflict-what-is-fuelling-the-lake-chad-crisis-75639>, 24.06.2021.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Security Council Press Statement on Acts of Terrorism in Lake Chad Basin Region, SC/14155- 1 APRIL 2020, <https://www.un.org/press/en/2020/sc14155.doc.htm>, 22.06.2021.

O uticaju klimatskih promena govore još dve situacije koje su se desile poslednjih godina. Početkom 2020. godine pod uticajem klimatskih promena i povećanog globalnog zagrevanja u Australiji je došlo do ogromnog broja požara koji su devastirali više od 10 miliona hektara šume, što je dovelo do potpunog uništavanja ekosistema na ovom prostoru. Procenjuje se da je više desetina miliona životinja stradalo, a neke biljne i životinjske vrste su ili uništene ili su dovedene u položaj da brojnost populacije neće moći da se obnovi.⁵⁷

Drugi primer devastacije izazvanog klimatskim promenama i činjenica koja svedoči o potrebi da se definiše ekocid kao međunarodni zločin i uvrsti u Rimski statut kao međunarodni zločin jeste pitanje suša na području juga afričkog kontinenta. Više temperature mora izazvane uticajem klimatskih promena, dovode do isparavanja koje dovode do suša. Tako su suše 2017. i 2019. godine izazvale uništavanje useva što je dovelo do ekstremne gladi i ogromnog broja umrlih ljudi.⁵⁸ Ekstremne nepogode prouzrokovane klimatskim promenama pogađaju sve zemlje sveta, međutim efekti posledica nisu isti. Mnogo veća verovatnoća da dođe do ekocida je u siromašnim državama gde dolazi do velike smrtnosti i uništavanja biljnih i životinjskih vrsta. Ljudi u siromašnijim zemljama imaju najmanje četiri puta veće šanse da budu raseljeni zbog ekstremnih vremenskih uslova.⁵⁹ Ove činjenice govore u prilog da je neophodna hitna klimatska akcija i uvođenje ekocida kao međunarodnog krivičnog dela.

PERSPEKTIVA EKOCIDA KAO MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG DELA

Iako već postoje odredbe o ekološkoj šteti u međunarodnim krivičnim delima poput ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti, postoje značajni izgledi da ekocid postane zasebno krivično delo na međunarodnom nivou i novi zločin predviđen Rimskim statutom. U prilog tome govori i činjenica da postoji jaka politička podrška usvajanju ovog krivičnog dela. Proglašenje ekocida za međunarodno krivično delo donelo bi velike promene u pristupu zaštiti ekosistema i zaštiti životne sredine. Jedna od prednosti unošenja ekocida u Rimski statut ogledala bi se u tome što bi bilo koja članica UN mogla da obavesti Savet bezbednosti o svakom događaju koji može imati posledice po ekosistem. Zatim bi Savet bezbednosti mogao proslediti slučaj MKS-u. Krivični zakonik se koristi za određivanje onoga što se smatra prihvatljivim ponašanjem, uvođenjem ekocida kao krivičnog dela i dalje će se činiti ekološka šteta, ali ona neće biti društveno prihvatljiva.

⁵⁷ Oxfam International, 5 natural disasters that beg for climate action, <https://www.oxfam.org/en/5-natural-disasters-beg-climate-action>, 24.06.2021.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

Procedura za unošenje ekocida kao zasebnog krivičnog dela u Rimski statut nije ni malo jednostavna. Između formalnog predloga zemlje članice o novom krivičnom delu i ratifikacije, proces izmena mogao bi da potraje i decenijama. Šef države (ili više njih) mora da predloži izmenu Rimskog statuta uvođenjem novog krivičnog dela. Ovaj amandman mora biti podnet najmanje 3 meseca pre sastanka država potpisnica Rimskog statuta (obično Skupština, koja se održava svakog decembra u Hagu). Da bi se pristupilo raspravi potrebno je obezbediti prostu većinu država članica statuta. Nakon toga bi se pristupilo finalizaciji definicije ekocida. Za izmenu Rimskog statuta i unošenje novog krivičnog dela mora da glasa dve trećine država članica (trenutno 82 od 123), da bi se nakon toga moglo pristupiti potpisivanju i ratifikaciji.⁶⁰ Svaka država koja ratifikuje mora da sprovede zakon u svom domaćem zakonodavstvu nakon jedne godine. Iako bi ekocid tada bio krivično delo samo u državama koje ga ratifikuju treba naglasiti da zemlje koje ratifikuju mogu uhapsiti nedržavljanu na svojoj teritoriji koji su ovaj zločin počinili bilo gde. To znači da bi usvajanjem definicije ekocida i proglašenjem za međunarodni zločin i dalje građani zemalja koje nisu članice MKS-a mogli biti proglašeni odgovornima. Ovo ne bi bio prvi put da se vrši revizija Rimskog statuta imajući u vidu da je već učinjena revizija unošenjem krivičnog dela agresije.⁶¹ Imajući u vidu činjenicu da su Belgija i Kanada pokrenule zvaničnu inicijativu za reviziju statuta, a da postoji i politička podrška Makrona (*Emmanuel Macron*), uskoro se može očekivati i otpočinjanje procedure revizije.⁶² Ipak, treba biti svestan da je, iako uspe revizija statuta, potrebno određeno vreme za ratifikaciju, kao i da korporacijama i državama treba vremena da promene praksu u cilju smanjenja rizika od kolapsa i izazivanja ekocida. Nakon revizije statuta biće neophodan period tranzicije kako bi se omogućilo takvim zemljama da preusmeravaju svoje ekonomske aktivnosti kako bi sprečile kolaps ili humanitarnu katastrofu.⁶³ Deo procesa uspostavljanja izrade i posledičnog funkcionisanja novog zakona uključivaće međunarodna tela koja mogu da savetuju i pomažu.⁶⁴

Neupitno je da svi svojim pojedinačnim delovanjem doprinosimo narušavanju ekosistema i ekocidu, međutim tendencija je da za ekocid odgovaraju samo najviši državni zvaničnici, ministri, direktori transnacionalnih kompanija i rukovodioci multinacionalnih kompanija. Odgovornost bi se zasnovala na principu odgovornosti za propuste u nadzoru i propust dužne pažnje. Postoje tendencije da se

⁶⁰ Stop Ecocise, FAQs - ECOCIDE & THE LAW, op.cit., 34-35.

⁶¹ Više o tome, Anja Seibert-Fohr, „The Crime of Aggression: Adding a Definition to the Rome Statute of the ICC“, *American Society of International Law*, Vol.12 Issue 24, <https://www.asil.org/insights/volume/12/issue/24/crime-aggression-adding-definition-rome-statute-icc>, 19.06.2021.

⁶² Stop Ecocise, FAQs - ECOCIDE & THE LAW, op.cit., 34-35.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

za ekocid odgovara po principu korporativne odgovornosti za tzv. korporativne zločine, međutim Ferenc (*Benjamin Ferencz*) zastupa stav da bi pred međunarodnim sudovima i za korporativno krivično delo poput ekocida trebala postojati individualna odgovornost koja bi se utvrđivala u svakom konkretnom slučaju.⁶⁵

Međunarodni panel koji je zadužen za izradu definicije ekocida kao međunarodnog krivičnog dela sastavio je nacrt definicije ekocida koja će biti prosleđena MKS na usvajanje. Ekocid se definiše kao „ nezakonita ili bezobzirna dela počinjena sa znanjem da postoji velika verovatnoća da će te teške i široko rasprostranjene ili dugoročne štete po životnu sredinu prouzrokovati ta dela“.⁶⁶ Međunarodni panel se u svom radu prilikom definisanja elemenata ekocida naročito bazirao na postojeće presedane i praksu u međunarodnim ugovorima, međunarodnim običajima i praksi raznih međunarodnih sudova. Posebna pažnja posvećena je odredbama krivičnog prava. Struktura predložene definicije je izvedena iz člana 7 Rimskog statuta, Zločina protiv čovečnosti: prvi paragraf opisuje zločin, a drugi paragraf definiše srž elementa koji bi činili biće krivičnog dela ekocida.⁶⁷ Sends kao predsednik Panela zaduženog za izradu nacrtu definicije komentarisao je izneti predlog: „Sva četiri zločina predviđena Rimskim statutom MKS usredsređena su isključivo na dobrobit ljudi, ovo delo to naravno čini, ali uvodi novi neantropocentrični pristup, naime stavljajući životnu sredinu u središte međunarodnog prava, a to je originalno i inovativno“.⁶⁸ Komentarišući nacrt definicije član Panela i ekspert UN Fal Sov (*Dior Fall Sow*) istakla je da „Životna sredina je ugrožena širom sveta veoma ozbiljnom i trajnom štetom koja joj je naneta, a koja ugrožava živote ljudi koji u njoj žive. Ova definicija pomaže da se naglasi bezbednost naše planete“.⁶⁹ Prema stavu Panela predložena definicija stvara dva uslova za nastanak ekocida. Prvo, mora postojati velika verovatnoća da će ponašanje (koje uključuje radnju ili propust) izazvati tešku i široko rasprostranjenu ili dugotrajnu štetu po životnu sredinu. Međutim pošto postoje aktivnosti koje su legalne i društveno korisne neophodno je bilo uvesti i drugi element. Drugi uslov zahteva dokaz da su dela nezakonita ili bezobzirna. Ovaj dodatni uslov zasniva se na principima zakona o životnoj sredini, koji uravnotežuju društvene i ekonomske koristi sa štetom po životnu sredinu kroz koncept održivog razvoja.⁷⁰

⁶⁵ Josef Rybacki, Establishing the crime of ‘ecocide’, 1 February 2021, <https://www.lawgazette.co.uk/practice-points/establishing-the-crime-of-ecocide/5107209.article>, 21.06.2021.

⁶⁶ Gardin, Legal experts worldwide draw up ‘historic’ definition of ecocide, op.cit., 9.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, op cit., 1-12.

Za razliku od postojeća četiri međunarodna zločina, ekocid bi bio jedini zločin u kojem šteta pričinjena ljudima, to jest čoveku nije preduslov za krivično gonjenje. Jojo Mehta (*Jojo Mehta*) član fondacije Stop Ekocid tvrdi da je u okviru nacрта za definiciju ekocida kao međunarodnog zločina bilo moguće uključiti element štete načinjene ljudima, ali s obzirom da takva šteta automatski utiče i na oštećenje ekosistema to bi bilo nepotrebno.⁷¹ Prema rečima ovog eksperta ekocid ima potencijal da bude zločin ne samo protiv ljudi, već i protiv prirode.⁷²

Jak impuls ka kriminalizaciji ekocida pružila je i EU s obzirom da je Evropski parlament predstavljajući svoj izveštaj o klimatskim promenama pozvao države članice da rade na priznavanju ekocida kao međunarodnog zločina prema Rimskom statutu.⁷³ Ono što predstavlja ogromnu prepreku da ekocid postane međunarodni zločin prema Rimskom statutu MKS jeste što je za sva dela predviđeno utvrđivanje direktne namere kod odgovornosti. To je vrlo teško utvrditi kod ekocida. Prevažno jer se za uništenje životne sredine uglavnom mogu prikupiti samo posredni dokazi. Takođe problem je što do ekocida dolazi posrednim efektima proizašlim iz dozvoljenih aktivnosti, kao što dozvoljene industrijske delatnosti emituju štetne gasove sa efektom staklene bašte koji izazivaju oštećenja na ozonskom omotaču.

Još jedna od prepreka koja se može javiti je problem koji se javlja kod svih ekoloških prestupa a to je utvrđivanje uzročne veze između aktivnosti i pričinjene štete. Takođe multinacionalne kompanije kao glavni krivci za narušavanje i devastaciju ekosistema se po važećim odredbama Rimskog statuta ne mogu pojaviti kao strana u sporu. Jedino logično rešenje jeste da se pred Međunarodnim krivičnim sudom pojave države na osnovu svoje odgovornosti za nemaran nadzor i propuste dužne pažnje.⁷⁴ Imajući ovo u vidu teško da će mnoge države želeći da prihvate usvajanje zločina ekocida i da same sebe dovedu pred optuženičku klupu. Naročito protivljenje se očekuje od država koje su ovisne o takozvanoj prljavoj industriji, te države čija ekonomija ovisi o uglju.

UN je 2018. godine izneo izveštaj u kojem je ukazao na potencijalne prepreke pri usvajanju ekocida kao krivičnog dela. U izveštaju je utvrđeno da je trenutni pravni sistem o zaštiti pravnog režima zaštite životne sredine nejasan i fragmentaran. Bez jedinstvenog sveobuhvatnog pravnog okvira ili institucije i uglavnom

⁷¹ How 165 Words Could Make Mass Environmental Destruction An International Crime, June 27, 2021, <https://www.npr.org/2021/06/27/1010402568/ecocide-environment-destruction-international-crime-criminal-court>, 03.08.2021.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ E. O'Brien, An international crime of „ecocide“: what's the story?, op.cit.

⁷⁴ *Ibidem*.

dobrovoljnih i neobavezujućih obaveza, međunarodno pravo životne sredine ne može se koristiti za procesuiranje ekocida.⁷⁵

Treba naglasiti da kada bude doneta konačna definicija ekocida kao krivičnog dela, moraće da se prihvati i postigne široki globalni politički konsenzus da bi se izvršile neophodne izmene i dopune Rimskog statuta. Do usvajanja ekocida kao međunarodnog krivičnog dela je dug put, iako se određeni vremenski okviri ne mogu garantovati, interesovanje za kriminalizaciju brzo raste. Ovo je podstaknuto neuspehom 25-godišnjih klimatskih pregovora da uspostave bilo kakvu značajnu zakonodavnu i političku promenu, kao i osnovnim mobilizacijama širom sveta koje su prepoznale potrebu za konkretnim primenljivim rešenjem.⁷⁶

Trenutno se zbog prevelikog broja ekoloških slučajeva iznašlo rešenje da se do usvajanja ekocida kao međunarodnog zločina ovo delo razmatra u okviru krivičnog dela protiv čovečnosti. MKS je nagovestio da će dati prednost zločinima koji uključuju uništavanje životne sredine, eksploataciju prirodnih resursa i oduzimanje zemlje. Trenutno se razmatra postoji li osnova za istragu protiv brazilskog predsednika Bolsonara (*Jair Bolsonaro*) za zločine protiv čovečnosti, povezane sa štetom u životnoj sredini i kršenjem prava domorodačkih naroda u Brazilu u području Amazonije.⁷⁷ Tužilaštvo MKS-a 2016. godine objavilo je dokument o politici o odabiru i određivanju prioriteta. Ovaj dokument o politici je izložio prioritete u predmetima koje bi tužilac trebao istražiti i pokrenuti pred Sudom, nekoliko odredaba odnosi se i na štetu izazvanu životnoj sredini.⁷⁸ Tužioci pred MKS sada prepoznaju 3 vrste ekoloških prestupa: uništavanje životne sredine, ilegalna eksploatacija prirodnih resursa, ili nezakonito oduzimanje zemlje. Ovo svakako pruža oslonac i putokaz da se ipak može očekivati prihvatanje ekocida kao međunarodnog krivičnog dela.

ZAKLJUČAK

Može se zaključiti da je borba za proglašenje ekocida kao međunarodnog krivičnog dela dugotrajna i da je prošla kroz nekoliko faza. Iako međunarodno pravo još uvek ne prepoznaje ekocid kao međunarodni zločin iz više razloga, prvenstveno iz razloga nepostojanja opšteprihvaćene i precizne definicije pojma ekocida,

⁷⁵ European Law Institute Ecocide, <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-upcoming-projects-and-other-activities/upcoming-projects/ecocidel/>, 23.06.2021.

⁷⁶ Stop Ecocise, FAQs - ECOCIDE & THE LAW, op.cit.

⁷⁷ Indigenous leaders want the ICC to try Bolsonaro for crimes against humanity, <https://www.lifegate.com/bolsonaro-crimes-against-humanity-icc-interview/>, 21.06.2021.

⁷⁸ Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritization, INT'L CRIM. CT. 2016, https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTPPolicy, 23.06.2021.

sa sigurnošću se može reći da postoji jaka međunarodna podrška da se ovo delo uključi u Rimski statut MKS kao zaseban međunarodni zločin. Značajan impuls na tom putu pružio je rad Panela sastavljenog radi stvaranja međunarodno priznate definicije ekocida. Iako je postojalo neslaganje o stepenu namere potrebne za vršenje dela u teoriji iz predložene definicije Panela može se izvesti zaključak da je za ovo delo potreban visok stepen namere. Takođe iako svi ljudi doprinose svojim delovanjima ekocidu predviđeno je da za ovo delo odgovaraju samo najviši državni nosioci i direktori multinacionalnih kompanija.

Kada se sagleda pitanje ekocida na nacionalnom nivou zaključuje se da je veoma mali broj država, pre svega bivše države SSSR-a i nekoliko država Južne Amerike, uvrstilo ovo delo u svoje krivične zakonike, pri tom uglavnom koristeći vrlo slične definicije preuzete iz člana 26 Nacrta konvencije o zločinima protiv mira i sigurnosti čovečanstva.

Negativan uticaj klimatskih promena na izazivanje štete u životnoj sredini koja bi mogla da se kvalifikuje kao „ekocid“ je neupitan. Ekstremne nepogode poput suša, isparavanja jezera, krčenja šuma dovodi do gubitka ljudskih života, uništavanje biljnog i životinjskog biodiverziteta i na kraju do devastacije čitavog ekosistema. Krčenje šuma dovodi do povećanog porasta temperature, što umanjuje prirodne resurse i prouzrokuje smrt ljudi i međusobne ratne sukobe.

Nesumnjivo je da na putu ka proglašenju ekocida kao međunarodnog zločina stoji nekoliko prepreka koje su iznete i analizirane u samom radu. Međutim, sve jača politička podrška ka kriminalizaciji ovog dela govori u prilog da je izvesno da će u bliskoj budućnosti ekocid postati međunarodni zločin predviđen Rimskim statutom.

LJUBOMIR TINTOR
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

PERSPECTIVE OF ECOCIDE AS AN INTERNATIONAL CRIME

Summary

The paper discusses the possibility of ecocide becoming an international crime under the Rome Statute of the International Criminal Court. The paper points out the history of initiatives that called for the criminalization of this act. Article analyses the Previous proposals for the definition of ecocides puts an emphasis on the work of the Panel in charge of creating an internationally recognized definition. It will be seen why it is difficult to define ecocide as a crime that is generally accepted. The elements of the crime are considered, then the degree of intent required to commit ecocide, as well as the theoretical concepts that have emerged related to this issue. The elements that make up the essence of this crime are considered. The article also analyzes the question of who and under which conditions

can be considered responsible for ecocide. Special attention is paid to the issue of how ecocide has been regulated in some national legislations so far, and a comparative analysis is being performed. It is also pointed out that the harmful effects of climate change significantly contribute to ecocide, especially in the poorer parts of our planet. The end of the article points out the obstacles that exist for the inclusion of ecocide in the Rome Statute and the perspective of ecocide as an international crime.

Key words: ecocide, climate change, Rome Statute of the International Criminal Court, environment, international crime

Literatura

- Brosimmer F., *Ecocide: A Short History of Mass Extinction of Species*, Pluto Press, 2002.
- Crawford J., *State Responsibility-The General Part*, Cambridge University Press, University of Cambridge, 2013.
- Criminal Code Kyrgyzstan, 1997. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/kg/kg013en.pdf>.
- Criminal Code Russian Federation 1996 Russian-criminal-code. https://www.imolin.org/doc/amlid/Russian_Federation_Criminal_Code.pdf.
- Čučković B., *Primena pravila o odgovornosti države za ekološku štetu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
- Dictionary, <https://www.dictionary.com/browse/ecocide>.
- Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Text adopted by the International Law Commission at its forty-eighth session, in 1996, and submitted to the General Assembly, 1996.
- European Law Institute Ecocide, <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-upcoming-projects-and-other-activities/upcoming-projects/ecocide/>.
- Falk R. A., „Environmental Warfare and Ecocide: Facts, Appraisal and Proposals“, *Belgian Rev. International Law*, Vol. 1, 1973.
- Francis P., Destroying the earth is a sin and should be a crime, <https://www.stopecocide.earth/press-releases-summary/pope-francis-destroying-the-earth-is-a-sin-and-should-be-a-crime>.
- Global warming of 1.5°C Report 2019 Intergovernmental Panel on Climate Change https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/06/SR15_Full_Report_High_Res.pdf.
- Grechenko O., „Certain Problems of Fighting Ecocide“, *Journal of Advanced Research in Law and Economics (JARLE)*, Vol. 8, No. 3, 2017.
- Greene A., „The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest Or Moral Imperative“, *Fordham Environmental Law Review*, 2019, Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>.
- Guardin, Legal experts worldwide draw up ‘historic’ definition of ecocide, <https://www.theguardian.com/environment/2021/jun/22/legal-experts-worldwide-draw-up-historic-definition-of-ecocide>.

- Guatemala's Environmental Crimes Court Hears First Case, <https://perma.cc/U3BW-RQ6A>.
- Higgins P., *Earth is Our Business: Changing the Rules of the Game*, Shephard-Walwyn, London, 2012.
- Higgins P., Short D., South N., „Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide“, *Crime Law Soc Change*, Springer, 2013.
- Higgins P., *Eradicating Ecocide: Laws and Governance to Prevent the Destruction of our Planet*, Shephard-Walwyn Publishers Ltd, 2010.
- How 165 Words Could Make Mass Environmental Destruction An International Crime, June 27, 2021, <https://www.npr.org/2021/06/27/1010402568/ecocide-environment-destruction-international-crime-criminal-court>.
- Indigenous leaders want the ICC to try Bolsonaro for crimes against humanity, <https://www.lifegate.com/bolsonaro-crimes-against-humanity-icc-interview>.
- Lay B., Neyret L., Short D., et al. „Timely and Necessary: Ecocide Law as Urgent and Emerging“, *Journal Jurisprudence*, Vol. 28, 2015.
- Le terme « écocide » dans la Constitution, entre réelle volonté écologique et limites juridiques, <https://radionotredame.net/emissions/un-jour-une-info/24-06-2020/>.
- Malhotra S., „The International Crime That Could Have Been but Never Was: An English School Perspective on the Ecocide Law“, *Amsterdam Law Forum*, Vol. 9, No. 3, 2017.
- Mehta S., Merz P., „Ecocide - A New Crime against Peace“, *Environmental Law Review*, Vol. 17, No. 1, 2015.
- Mohanty A., Robson K., Ngueping S., Nanda S.S., Climate change, conflict: What is fuelling the Lake Chad crisis, <https://www.downtoearth.org.in/blog/climate-change/climate-change-conflict-what-is-fuelling-the-lake-chad-crisis-75639>.
- O'Brien E., An international crime of „ecocide“: what's the story?, <https://www.ejiltalk.org/an-international-crime-of-ecocide-whats-the-story/>.
- Océane Herrero, L'«écocide» tente sans succès son entrée dans la loi, 03 mai 2019, <https://www.lopinion.fr/edition/politique/l-ecocide-tente-succes-entree-dans-loi-185866>.
- Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritization, International Criminal Court, https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTPPolicy.
- Oxfam International, 5 natural disasters that beg for climate action, <https://www.oxfam.org/en/5-natural-disasters-beg-climate-action>.
- Rybacki J., Establishing the crime of 'ecocide', 1 February 2021, <https://www.lawgazette.co.uk/practice-points/establishing-the-crime-of-ecocide/5107209.article>.
- Sands P., Peel J., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2012.
- Security Council Press Statement on Acts of Terrorism in Lake Chad Basin Region, SC/14155-1 APRIL 2020, <https://www.un.org/press/en/2020/sc14155.doc.htm>.

- Seibert-Fohr A., „The Crime of Aggression: Adding a Definition to the Rome Statute of the ICC“, *American Society of International Law*, Vol.12, Issue 24, <https://www.asil.org/insights/volume/12/issue/24/crime-aggression-adding-definition-rome-statute-icc>.
- Short D., „Redefining Genocide: Settler Colonialism, Social Death and Ecocide“, *Zed Books*, 2016.
- Šta je ekosistem? Njegova definicija i značenje 2021, <https://sr.awordmerchant.com/ecosistema#menu-1>.
- Statement by Government Republic of Vanuatu 7th decembre 2019, https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/GD.VAN.2.12.pdf.
- Stop Ecocise, FAQs - ECOCIDE & THE LAW, <https://www.stopecocide.earth/faqs-ecocide-the-law>.
- Tintor Lj., „Značaj slučaja Urgenda za razvoj klimatskih parnica na području Evrope“, *Strani pravni život*, god. 65, br. 2, Beograd, 2021.
- Tord B., *The emergence of popular participation in world politics: United Nations Conference on Human Environment 1972*, Department of Political Science, University of Stockholm, 1996.
- Viet Nam Criminal Code No.15/1999/QH10 of December 21, 1999. Art 342, <https://wipo-lex.wipo.int/en/legislation/details/5025>.
- Whitaker Report, <http://www.preventgenocide.org/prevent/UNdocs/whitaker/>.
- White R., „Ecocide and the Carbon Crimes of the Powerful“, *University of Tasmania Law Review*, Vol. 37, No. 2, 2018.
- Yunana D. A., et al, „Climate change and lake water resources in Sub-Saharan Africa“, *Nigerian Journal of Technology (NIJOTECH)*, Vol. 36, No. 2, 2017.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 23.09.2021.

Prihvaćen: 14.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

VARVARA ALEKSIĆ
MILOŠ KUZMAN

PRIKAZ MEHANIZMA ZA PREKOGRANIČNO USKLAĐIVANJE UGLJENIČNOG INTENZITETA (CBAM) I NJEGOVOG UTICAJA NA ENERGETSKI SEKTOR I PRAVNU SIGURNOST U REPUBLICI SRBIJI

U težnji za ostvarenjem ciljeva u borbi protiv klimatskih promena u Evropskoj Uniji je 2019. godine usvojen Evropski zeleni plan u okviru koga se predviđa mehanizam za prekogranično usklađivanje ugljeničnog intenziteta (eng: Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)). Osnovna svrha predloga Uredbe Evropske unije o CBAM je da spreči izmeštanje emisija ugljenika (eng: carbon leakage), što u suprotnom može da dovede do zanemarivanja globalnih i evropskih napora u borbi protiv klimatskih promena, a da u isto vreme podstakne države van EU na ambicioznije klimatske politike. U radu su, pored uvodnih razmatranja o samom konceptu, predstavljeni pravni osnovi i postupak donošenja predloga Uredbe o CBAM, kao i osnovne odredbe dokumenta sa posebnim osvrtom na sektor energetike. Predstavljena su i aktuelna zakonska rešenja u oblasti klimatskih promena i energetike u pravnom sistemu Republike Srbije i izvršena je analiza novih instituta u tim propisima relevantnih za ovaj rad. Takođe, na osnovu prikazanih pravnih predloga i ove analize, razmotrena je i spremnost zakonodavstva Republike Srbije da se suoči sa izazovima koje bi donela potencijalna primena CBAM.

Ključne reči: mehanizam za prekogranično usklađivanje ugljeničnog intenziteta (CBAM), izmeštanje emisija ugljenika, Republika Srbija, klimatske promene, energetika

Varvara Aleksić, master prava, doktorand na Centralno evropskom univerzitetu u Beču, e-mail: Aleksic_Varvara@phd.ceu.edu.

Miloš Kuzman, savetnik za pravo istraživanja i proizvodnje nafte i gasa, NIS a.d. Novi Sad, potpredsednik Udruženja za pravo energetike Srbije, e-mail: miloskuzman@gmail.com.

U V O D N A R A Z M A T R A N J A

Proizvodnja i upotreba energije bazirana na fosilnim gorivima, odgovorna je za oko dve trećine globalne emisije gasova sa efektom staklene bašte (u daljem tekstu: GHG), prema podacima Međunarodne agencije za obnovljive izvore i Međuvladinog panela za klimatske promene.¹ Klimatska kriza (eng: Climate Emergency) je pojam koji je 2019. godine proglašen za reč godine engleskog govornog područja, od strane Oksfordskog rečnika.² Imajući u vidu činjenicu da bi pravo trebalo da uvek prati život, nakon širenja svesti o izazovima i pritiska javnosti, moglo se očekivati da će države ozbiljnije pristupiti analizi i evaluaciji problema klimatskih promena, kao i izaći sa konkretnim koracima za rešavanje problema. Takođe, važno je podvući da je klimatska kriza globalni izazov i da je za ispunjenje dogovora iz Sporazuma iz Pariza³ neophodna udružena akcija svih država potpisnica ka kontinuiranom podizanju ambicija kako bi se ograničio globalni porast temperature i značajno doprinelo smanjenju rizika od uticaja klimatskih promena.⁴

Kao odgovor na klimatsku krizu, a u cilju da Evropska unija (u daljem tekstu: EU) do 2050. godine postane prvi klimatski neutralni kontinent, Evropska komisija (u daljem tekstu: Komisija) do 2030. godine želi da smanji emisije GHG za 55%.⁵ Kako bi uspela na ovom putu transformacije u fer i prosperitetno društvo, sa modernom i konkurentnom privrednom, EU je donela strategiju razvoja pod nazivom „Evropski zeleni dogovor“⁶ (eng: European Green Deal). Ovaj sveobuhvatni

¹ Međunarodna agencija za obnovljive izvore, „Obnovljivi izvori: Ključno rešenja za klimatske promene“, 2017, 8; Energetika je u srcu rešenja za klimatske promene, <https://www.ipcc.ch/2020/07/31/energy-climatechallenge/>, 17.09.2021.

² Oksfordski rečnik je proglasio „klimatsku krizu“ za reč 2019. godine, <https://www.nytimes.com/2019/11/20/arts/word-of-the-year-climate-emergency.html>, 17.09.2021.

³ Zakon o potvrđivanju Sporazuma iz Pariza, *Službeni glasnik RS*, br. 4/2017, naročito čl. 2 koji predviđa da svaka strana treba da zadrži povećanje globalne prosečne temperature znatno ispod 2°C u odnosu na predindustrijski period i nastavi sa naporima da ograniči porast temperature na 1,5°C u odnosu na predindustrijski period; kao i čl. 4 st. 3 koji predviđa da je svaka strana obavezna da pripremi svoje nacionalno određene doprinose (nationally determined contribution (NDC)) koji idu ka globalnom cilju i odražavaju najveću moguću ambiciju i princip zajedničke i različite odgovornosti i mogućnosti, u odnosu na različite nacionalne karakteristike.

⁴ Predlog Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta o uspostavljanju mehanizma za prekogranično usklađivanje ugljeničnog intenziteta COM(2021) 564 final (Predlog uredbe o CBAM), https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/carbon_border_adjustment_mechanism_0.pdf, 17.09.2021.

⁵ Predlog uredbe o CBAM.

⁶ Komunikacija Komisije Evropskom parlamentu i Evropskom Savetu, Savetu, Evropskom ekonomskom i socijalnom komitetu i Komitetu regiona o Evropskom zelenom dogovoru COM(2019) 640 final (Komunikacija o Evropskom zelenom dogovoru), 4.

plan sastoji se od čak 11 oblasti, među kojima su i postizanje klimatske neutralnosti kroz donošenje prvog Klimatskog zakona na nivou EU (eng: The European Climate Law). Ovim zakonom se određuju ciljevi za smanjenje GHG emisija do 2030. godine, dok je klimatska neutralnost prepoznata kao pravno obavezujući cilj.⁷ Takođe, sledeći važan cilj predviđen u Evropskom zelenom dogovoru je – čista, dostupna i pristupačna energija, dok se kao pravni instrument njegove realizacije predviđa – mehanizam za prekogranično usklađivanje ugljeničnog intenziteta (eng: Carbon Border Adjustment Mechanism, u daljem tekstu: CBAM). U komunikaciji Komisije o Evropskom zelenom dogovoru navodi se sledeće: „Ukoliko se razlike u nivoima ambicija širom sveta nastave kako EU bude povećavala svoje klimatske ambicije, Komisija će predložiti mehanizam za prekogranično usklađivanje ugljeničnog intenziteta, za odabrane sektore, kako bi se smanjio rizik od izmeštanja emisija ugljenika. Ovo bi osiguralo da cena uvoznih proizvoda preciznije odražava njihov sadržaj emisija GHG“.⁸ Naime, i pored ambicioznih ciljeva, EU želi da obezbedi da ne dođe do izmeštanja ugljenično intenzivne proizvodnje van EU gde su manje rigorozne politike u oblasti klimatskih promena ili da proizvodi iz EU budu zamenjeni onima iz uvoza sa većim ugljeničnim intenzitetom, već da podstakne industrije van svojih granica i doprinese smanjenju globalnih emisija.⁹ Zbog toga je Komisija u julu 2021. godine usvojila predlog uredbe koji reguliše mehanizam za prekogranično usklađivanje ugljeničnog intenziteta (u daljem tekstu: predlog Uredbe o CBAM).

Paralelno sa prethodno navedenim procesom, Republika Srbija je početkom 2021. godine usvojila svoj prvi Zakon o klimatskim promenama¹⁰ i set zakona iz oblasti energetike gde je kao jedan od ciljeva njihovog donošenja bio smanjenje uticaja klimatskih promena. Navedeni propisi predstavljaju značajan iskorak Republike Srbije ka postizanju klimatski neutralne politike imajući u vidu novine koje donose ovi propisi, i njihovom punom primenom bi Republika Srbija trebalo da spremnije dočeka potencijalni početak primene CBAM.

Imajući u vidu da je ovo mehanizam koji je trenutno u nastajanju u EU, u stručnoj literaturi ima radova koji se bave analizom samog koncepta¹¹ i njegovim

⁷ Uredba (EU) 2021/1119 Evropskog parlamenta i Saveta od 30. juna 2021. o uspostavljanju okvira za postizanje klimatske neutralnosti i izmene Uredbe (EU) 2018/1999 (Evropski klimatski zakon), *Službeni list Evropske unije*, br. 243, 9.7.2021, 1.

⁸ Komunikacija o Evropskom zelenom dogovoru, tač. 2.1.1, 5.

⁹ Mehanizam za prekogranično usklađivanje ugljeničnog intenziteta, https://ec.europa.eu/taxation_customs/green-taxation-0/carbon-border-adjustment-mechanism_en, 17.09.2021.

¹⁰ Zakon o klimatskim promenama, *Službeni glasnik RS*, br. 26/2021.

¹¹ Julien Bueb, Hanania Lilian Richieri, Alice Le Clézio, Le Clézio, A. „Border Adjustment Mechanisms – Elements for Economic, Legal, and Political Analysis“, *The Political Economy of Clean*

uticajem u Kini¹² i Turskoj¹³, dok radovi sa osvrtom na države Zapadnog Balkana i Srbiju za sada izostaju, ideja ovog članka je da da doprinos u vidu pokretanja diskusije u akademskoj zajednici na ovu temu. U cilju pravovremene reakcije na ovaj novi pravni instrument koji će imati uticaj na sektor energetike u Republici Srbiji i državama Zapadnog Balkana, ovaj rad će pružiti prikaz pravne osnove i postupka donošenja predloga Uredbe o CBAM, glavnih odredbi predloga Uredbe o CBAM kojom se uvodi mehanizam za prekogranično usklađivanje ugljeničnog intenziteta, pojasniti ciljeve, rokove i obaveze država članica i drugih subjekata primene. U drugom delu će analizirati spremnost Republike Srbije u kontekstu donošenja klimatski neutralnih propisa, sa posebnim osvrtom na Zakon o klimatskim promjenama i novi set zakona u oblasti energetike i značajne novine koje ovi propisi predviđaju. Takođe, prodiskutovaće se i o adekvatnosti postojećih zakonskih rešenja u navedenim oblastima u kontekstu potencijalne primene CBAM.

PRAVNI OSNOV I POSTUPAK DONOŠENJA PREDLOGA UREDBE O CBAM

Kao što je istaknuto u samom Evropskom zelenom dogovoru, CBAM treba da obezbedi da cena uvoza robe preciznije odražava njen sadržaj emisija GHG¹⁴ ali i da podstakne korišćenje tehnologija sa manje emisija GHG od strane proizvođača iz država van EU, tako da se generiše manje emisija po jedinici proizvodnje.¹⁵ „Prelivanje ugljenika“ tj. izmeštanje emisija ugljenika dešava se iz razloga što postoje različite

*Energy Transitions, Oxford Scholarship Online, 2017, DOI:10.1093/oso/9780198802242.003.0004; Aaron Cosbey, International Institute for Sustainable Development, Background paper, Winnipeg, 2009, https://www.iisd.org/system/files/publications/bali_bcas_questions_answers.pdf, 13.10.2021; Guntram B Wolff, *Demystifying carbon border adjustment for Europe's green deal*, Bruegel, 2019, <https://www.bruegel.org/2019/10/demystifying-carbon-border-adjustment-for-europes-green-deal>, 17.09.2021; Georg Zachmann, Ben McWilliams, *A European carbon border tax: much pain, little gain*, Bruegel, 2020. <https://www.bruegel.org/2020/03/a-european-carbon-border-tax-much-pain-little-gain/>, 17.09.2021.*

¹² Heli Simola, *CO2 emissions embodied in EU-China trade and carbon border tax*, Bank of Finland, BOFIT, 2020, <https://helda.helsinki.fi/bof/bitstream/handle/123456789/16561/bpb0420.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 17.09.2021.

¹³ Sevil Acar, Ahmet Atıl Aşıcı, A. Erinc Yeldan, „Potential Effects of the EU's Carbon Border Adjustment Mechanism on the Turkish Economy“, *Environment, Development and Sustainability*, Springer, 2021, <https://doi.org/10.1007/s10668-021-01779-1>.

¹⁴ Predlog uredbe o CBAM, Aneks 1, navodi ugljen-dioksid (CO₂), a i gde je relevantno, azot oksid (N₂O) i perfluorougljenike (PFCs) kao gasove sa efektom staklene bašte koji su obuhvaćeni ovom Uredbom.

¹⁵ Predlog uredbe o CBAM, čl. 16.

ambicije vezane za klimatske politike, proizvođači u određenim sektorima prebacuju proizvodnju u države sa manje striktnim ograničenjima emisija, ili uvozna roba iz ovih država zamenjuje robu proizvedenu u procesu sa manje emisija GHG baš zbog razlika u klimatskim politikama različitih država.¹⁶ Upravo iz razloga ujednačenosti i same prirode ovog mehanizma, ali i prirode klimatskih promena kao globalnog, prekograničnog izazova koji ne može da se reši unutar jedne države ili samo na lokalnom nivou, Komisija se opredelila za uredbu, kao pravni akt za regulisanje CBAM. Kako se navodi i u uvodnom delu predloga Uredbe o CBAM: „Ovo treba da obezbedi direktnu primenu različitih odredbi vezanih za uvoz robe u carinsku uniju. Štaviše, uredba zahteva uniformnost i ujednačenu primenu i izvršenje širom EU“.¹⁷

Interesantno je da je pravni osnov za donošenje predloga Uredbe o CBAM član 192 stav 1 Ugovora o funkcionisanju EU. Naime, u skladu sa članom 191 i 192 stav 1 Ugovora o funkcionisanju EU¹⁸: „Unija će doprineti postizanju, između ostalog, sledećih ciljeva: očuvanja, zaštite i unapređenja kvaliteta životne sredine, promovisanja mera na međunarodnom nivou za rešavanje regionalnih ili svetskih problema u oblasti životne sredine, a posebno borbe protiv klimatskih promena.“¹⁹ Te će stoga ovaj mehanizam, kada predlog Uredbe o CBAM bude konačno usvojen, postati deo prava životne sredine i klimatskih promena EU tj. deo pravnih tekovina (EU *acquis*). Kompleksnost same oblasti potvrđuje i to da je pored Generalnog direktorata za poreze (DG TAXUD), koji je bio zadužen za izradu predloga Uredbe o CBAM, na dokumentu radilo čak 19 drugih Generalnih direktorata, poput direktorata nadležnog za klimatske promene, životnu sredinu, energetiku, susedsku i politiku proširenja, itd.

Imajući u vidu da se odredbe ove uredbe pre svega odnose na privredni sektor van EU, a da se pravila donose u EU, tokom izrade nacrtu dokumenta, kao jedno od pitanja se postavilo na koji način će se omogućiti da sve zainteresovane strane, tj. oni na koje će ovaj akt uticati, budu uključeni u sam zakonodavni proces. Zbog toga je Komisija još u martu 2020. godine objavila početnu procenu uticaja (eng: Inception Impact Assessment), čiji cilj je bio da „informiše građane i zainteresovane strane o planiranim inicijativama Komisije kako bi se pružila rana prilika za povratne informacije i efikasno učešće u budućim konsultativnim aktivnostima.“²⁰

¹⁶ Predlog uredbe o CBAM, čl. 1.

¹⁷ Predlog uredbe o CBAM, čl. 4–5.

¹⁸ Ugovor o funkcionisanju EU, *Službeni list EU*, br. 326, 47–390.

¹⁹ Predlog uredbe o CBAM, čl. 3.

²⁰ Evropska Komisija: Početna procena uticaja Ares(2020)1350037, 2020, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/>, 17.09.2021, 1.

Nakon toga su usledile javne konsultacije i konačno je Komisija u julu 2021. g. usvojila predlog Uredbe o CBAM. O predlogu uredbe trenutno se diskutuje pred Savetom EU, čemu predstoji i diskusija u Evropskom parlamentu, prema pravilima podeljene nadležnosti i redovnog zakonodavnog postupka EU. Imajući u vidu da države potpisnice Ugovora o osnivanju energetske zajednice,²¹ među kojima je i Republika Srbija formalno nisu uključene u proces donošenja zakona u EU, iako su u obavezi da određene akte EU transponuju u njihovo nacionalno zakonodavstvo, gore opisani proces javnih konsultacija je još važniji jer je otvoren za sve, kako one u EU, tako i one izvan EU. Značaj javnih konsultacija je u tome da sve zainteresovane strane, ne samo države EU, već države izvan EU, kao i predstavnici njihovih privrednih sektora, mogu da daju svoje mišljenje i sugestije za razvoj energetske tranzicije, što je od posebnog značaja za CBAM koji će najveći uticaj imati upravo izvan EU.²²

OSNOVNI PRIKAZ ODREĐABA PREDLOGA UREDBE O CBAM SA POSEBNIM OSVRTOM NA SEKTOR ENERGETIKE

Osnovni cilj koji se nastoji postići donošenjem Uredbe o CBAM je da se odredi cena ugljenika na uvoz određenih proizvoda kako bi se izbeglo izmeštanje emisija ugljenika. Dizajniran u skladu sa pravilima Svetske trgovinske organizacije i drugim međunarodnim obavezama EU, ovaj mehanizam će obuhvatati sektore trgovine sledećom robom: cement, gvožđe i čelik, aluminijum, veštačka đubriva, i ono što je najvažnije za sektor energetike, električnu energiju.²³ Ideja je da se proizvođači koji su van EU, a uvoze u EU, podstaknu da ozelene svoje proizvodne procese tako što će, u iznosu cene emisija GHG koja bi se platila kada bi proizvodi bili proizvedeni u skladu sa pravilima EU za naplatu cene emisija GHG, kupiti CBAM sertifikate (eng: Carbon Certificates).²⁴ „Nasuprot tome, u slučaju da proizvođač koji nije iz EU može da pokaže da je već platio cenu za emisiju GHG koja se koristi

²¹ Zakon o ratifikaciji Ugovora o osnivanju Energetske zajednice između Evropske zajednice i Republike Albanije, Republike Bugarske, Bosne i Hercegovine, Republike Hrvatske, Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije, Republike Crne Gore, Rumunije, Republike Srbije i Privremene Misijske Ujedinjenih nacija na Kosovu u skladu sa Rezolucijom 1244 Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2006.

²² Peter Vajda, Varvara Aleksić, „Carbon border adjustment mechanism: The case of the Energy Community“, *The Future of International Economic Law and the Rule of Law* (ed. Rafael Leal-Arcas), Eliva Press, 2020, <https://www.amazon.com/Future-International-Economic-Law-Rule-of-Law/dp/1952751756/>, 14.10.2021, 187–197.

²³ Predlog uredbe o CBAM, Aneks 1.

²⁴ Mehanizam za prekogranično usklađivanje ugljeničnog intenziteta, https://ec.europa.eu/taxation_customs/green-taxation-0/carbon-border-adjustment-mechanism_en, 17.09.2021.

u proizvodnji uvezene robe u trećoj državi,²⁵ ti troškovi se mogu u potpunosti odbiti za uvoznika u EU.²⁶ U vezi sa tim, proizvodi koji su obuhvaćeni mehanizmom moći će da se uvoze samo nakon što uvoznici zatraže i dobiju autorizaciju za uvoz od strane nadležnog organa država članica.

Specifičnosti električne energije, posebno nemogućnost praćenja stvarnog protoka elektrona, opravdava malo drugačiji dizajn za CBAM. Stoga član 5 nacrta Uredbe predviđa da „u slučaju gde se prenosni kapacitet za uvoz električne energije dodeljuje eksplicitnom raspodelom kapaciteta, osoba kojoj je dodeljen kapacitet za uvoz i koja nominuje ovaj kapacitet za uvoz, smatraće se, u smislu ove Uredbe, ovlašćenim deklarantom²⁷ u državi članici gde lice prijavljuje uvoz električne energije.“²⁸

Kao opravdanje za uključivanje električne energije u ovaj mehanizam, navodi se da je upravo energetska sektor odgovoran za čak 30% emisija GHG u EU. Postoji opravdan rizik da bi povećanje ambicija u EU ka klimatskoj neutralnosti samo produbilo razliku u cenama ugljenika između proizvodnje električne energije u EU i izvan EU, naročito imajući u vidu povezivanje mreže električne energije sa susednim državama, koje značajan deo proizvode upravo iz uglja. Ovde se pre svega misli na države potpisnice Ugovora o osnivanju Energetske zajednice koje su posvećene integraciji u panevropsko tržište, što će rezultirati uvođenju mehanizma naplate emisija GHG slične ili iste EU ETS modelu (eng: Emission Trading System – sistem za trgovinu emisijama) ili će se priključiti EU ETS-u.²⁹ Baš zbog toga, neophodno je pronaći i tehnički način za primenu ovog mehanizma u ovim

²⁵ Predlog uredbe o CBAM, čl. 3 st. 1 tač. 6 definiše treće države kao države ili teritorije van EU carinske zone.

²⁶ Mehanizam za prekogranično usklađivanje ugljeničnog intenziteta, https://ec.europa.eu/taxation_customs/green-taxation-0/carbon-border-adjustment-mechanism_en, 17.09.2021.

²⁷ Pojam deklarant se u Predlogu Uredbe o CBAM definiše u čl. 3 st. 1 tač. 13 kao „lice koje podnosi carinsku deklaraciju za puštanje u slobodni promet u svoje ime ili lice u čije ime se takva deklaracija podnosi u skladu sa Uredbom (EU) br. 952/2012“. U pravnom sistemu Republike Srbije, pojam deklarant se koristi u Carinskom zakonu (*Sl. glasnik RS, br. 95/2018, 91/2019 – dr. zakon i 144/2020*), gde se u čl. 4 st. 1 tač. 15 definiše kao „lice koje podnosi deklaraciju, deklaraciju o privremenom smeštaju, ulaznu sažetu deklaraciju, izlaznu sažetu deklaraciju, deklaraciju za ponovni izvoz ili obaveštenje o ponovnom izvozu u svoje ime ili lice u čije ime se podnosi takva deklaracija ili obaveštenje“. Takođe, zvaničan prevod termina se nalazi u bazi Evronim (<http://prevodjenje.mei.gov.rs/evronim/>) Ministarstva za evropske integracije i taj prevod potvrđen je od strane Ministarstva finansija u definiciji: „lice koje podnosi deklaraciju u svoje ime ili lice u čije ime se podnosi deklaracija“.

²⁸ Predlog uredbe o CBAM, čl. 5 st. 2 kao i čl. 17 koji se odnose na autorizaciju prijavljenih deklarata, primenivaće se od 1. septembra 2025. godine.

²⁹ Predlog uredbe o CBAM, čl. 21–22.

državama, a dok se to ne desi, one koje su tržišno povezane imaće pogodnosti da budu izuzete od ovog mehanizma najkasnije do 2030. godine uz strogo poštovanje određenih uslova. Naime, nacrt Uredbe o CBAM u članu 2 predviđa da postoji način da se uvoz električne energije iz trećih država ili teritorije izuzme od primene CBAM-a, ako treća država ili teritorija ima tržište električne energije koje je integrisano sa unutrašnjim tržištem EU za električnu energiju povezivanjem tržišta, a da za to nije bilo moguće pronaći tehničko rešenje za primenu CBAM-a na uvoz električne energije, samo pod uslovom da su ispunjeni svi sledeći uslovi:

(a) da postoji sporazum sa EU o primeni prava u oblasti električne energije, uključujući zakonodavstvo o razvoju obnovljivih izvora energije, kao i druga pravila iz oblasti energetike, životne sredine i konkurencije;

(b) da nacionalni zakon u toj trećoj državi ili teritoriji sprovođi EU zakonodavstvo u gore pomenutim oblastima;

(c) da je treća država ili teritorija Komisiji dostavila plan koji sadrži raspored za donošenje mera za sprovođenje uslova navedenih u tačkama (d) i (e);

(d) da se treća država ili teritorija obavezala na klimatsku neutralnost do 2050. godine i da je shodno tome formalno formulisano i saopšteno, gde je primenljivo, Okvirnoj konvenciji Ujedinjenih nacija o klimatskim promenama, dugoročna strategija razvoja emisija GHG koja je usklađena sa tim ciljem i da je ta obaveza sprovedena u nacionalno zakonodavstvo;

(e) da je treća država ili teritorija prilikom sprovođenja plana iz tačke (c), pokazala značajan napredak ka usklađivanju domaćeg zakonodavstva sa pravom EU u oblasti klimatskih akcija, uključujući i utvrđivanje cena emisija GHG na ekvivalentnom nivou kao i EU, barem što se proizvodnje električne energije tiče. Sprovođenje sistema trgovanja emisijama električne energije, sa cenom ekvivalentnom EU ETS sistemu, treba da bude finalizirano do 1. januara 2030. godine;

(f) da je treća država ili teritorija uspostavila efikasne sisteme za sprečavanje indirektnog uvoza električne energije u EU iz drugih zemalja koje ne ispunjavaju uslove navedene u tačkama (a) do (e).³⁰

Države na koje se odnosi prethodno pojašnjen član 2 u obavezi su da podnesu dva izveštaja o ispunjenosti navedenih uslova, prvi pre 1. januara 2025. godine, i drugi pre 1. jula 2029. godine, iz kojih će Komisija proceniti ispunjenost uslova. U slučaju da postoji sumnja da država ispunjava ove uslove ili nije usvojila ETS ili sličan sistem do 2030. godine, ovaj izuzetak prestaje da važi i CBAM postaje obavezan i za tu državu.³¹

³⁰ Predlog uredbe o CBAM, čl. 2 st. 7.

³¹ Predlog uredbe o CBAM, čl. 22.

Postepeno uvođenje ovog mehanizma treba da obezbedi privrednom sektoru i drugim državama pravnu sigurnost i stabilnost. Zbog toga će se pojednostavljena verzija ovog mehanizma primenjivati od 1. januara 2023. godine. Inicijalna faza će obuhvatati obavezu uvoznika da izveštavaju o emisijama koje se emituju tokom proizvodnje proizvoda, što su takozvane direktne emisije GHG. Nakon 2025. godine, Komisija će izvršiti procenu o uvođenju indirektnih emisija, koje se odnose npr. na emisije iz proizvodnje električne energije koja se koristi za proizvodnju robe. Predviđa se da tek od 2026. godine sistem postane potpuno funkcionalan, kada će uvoznici u EU morati da na godišnjem nivou do 31. maja za kalendarsku godinu koja prethodi, dostave ukupnu količinu izvezene robe i ukupnu količinu ugrađenih (i direktne i indirektno) emisija i shodno tome predaju odgovarajući iznos CBAM sertifikata koji odgovara ukupnom broju emisija.³² Uspostaviće se registar kod nacionalnih organa država EU, gde će moći da se kupe sertifikati,³³ čije cena će se odrediti u zavisnosti od nedeljnog proseka cene aukcija EU ETS naknade izražene u evro/tona emitovanih emisija GHG.³⁴ Svakako u slučaju da proizvođač koji nije iz EU dokaže da je već platio cenu za emisije GHG tokom proizvodnje, potkrepljeno verifikovanim informacijama iz treće države proizvođača, ti troškovi će se oduzeti iz finalnog računa.³⁵

POTENCIJALNI UTICAJ CBAM NA ZAKONODAVSTVO REPUBLIKE SRBIJE

Uopšte

Kakve posledice može ostaviti potencijalna primena CBAM na javni i privatni sektor u slučaju donošenja Uredbe o CBAM, tema je kojom se mi nismo bavili u ovom radu s obzirom da sam akt još nije usvojen i podložan je promenama u procesu usvajanja. Potrebno je istaći da je već u ovoj fazi CBAM izazvao velike polemike u međunarodnim okvirima. Ono o čemu ovde možemo i o čemu je potrebno govoriti jesu relevantni nacionalni propisi koji omogućavaju smanjenje zavisnosti izvoznih produkata od sadržaja gasova sa efektom staklene bašte i efekti njihove primene. Videli smo prethodno da predlog Uredbe o CBAM predviđa način da se uvoz električne energije iz trećih država ili teritorija koje nisu članice EU izuzme od

³² Predlog uredbe o CBAM, čl. 22.

³³ Predlog uredbe o CBAM, čl. 20.

³⁴ Predlog uredbe o CBAM, čl. 21.

³⁵ Predlog uredbe o CBAM, čl. 9.

primene CBAM-a, s tim što i taj način, osim što se vezuje isključivo za električnu energiju a ne i za druge sektore gde CBAM ima uticaj, podrazumeva između ostalog da nacionalni zakon u toj trećoj državi ili teritoriji sprovodi EU zakonodavstvo iz oblasti energetike, životne sredine i konkurencije i da postoji nacionalno zakonodavstvo koje uređuje ove oblasti.

U tom kontekstu postavlja se pitanje da li samo zakonodavstvo Republike Srbije spremno dočekuje CBAM i njegove posledice. Na to pitanje se može odgovoriti kvalitativnim promatranjem postojećih zakonodavnih rešenja kao i strategija koje se generalno odnose na klimatske promene, sa posebnim osvrtom koji smo u ovom radu posvetili energetici kao jednoj od podoblasti koja bi se, čini se, mogla naći pod znatnim uticajem CBAM. Koliko bi oblast energetike u Republici Srbiji mogla biti pod uticajem CBAM, govori na primer podatak da je u 2020. godini došlo do znatnog povećanja emisija GHG iz elektrana na ugalj u odnosu na referentne 2018. i 2019. godinu, a posebno sumpor-dioksida (SO₂).³⁶

Kako bi za predstavljanje svih zakonodavnih rešenja u ovoj oblasti bilo potrebno izdvojiti mnogo više prostora nego što zahteva format ovog rada, opredeli smo se da prikažemo novine u navedenim propisima koje bi nesumnjivo trebalo da utiču na umanjenje efekta primene CBAM. Svakako je jedan od prvih pozitivnih pravaca u ovom smeru bio usvajanje Nacionalnog plana za smanjenje emisija glavnih zagađujućih materija koje potiču iz starih velikih postrojenja za sagorevanje, usvojen 2020. godine, koji propisuje okvirni pregled mera koje su predviđene da budu primenjene na postrojenja određena planom kako bi se obezbedila usaglašenost sa graničnim vrednostima emisije.³⁷

Novine u propisima o klimatskim promenama

Kada je reč o novinama u oblasti klimatskih promena, svedoci smo donošenja novog Zakona o klimatskim promenama³⁸ (u daljem tekstu: ZKP) kojim se propisi o klimatskim promenama po prvi put uređuju na sistematičan način u zakonodavstvu Republike Srbije. Tri su osnovna razloga za donošenje ZKP:1) uspostavljanje sistema za smanjenje emisija GHG i prilagođavanje na izmenjene klimatske uslove; 2) ispunjenje obaveza prema međunarodnoj zajednici, tačnije

³⁶ Comply or Close – Kako elektrane na ugalj Zapadnog Balkana krše zakone o zagađenju vazduha i uzrokuju smrt i šta vlade moraju da urade po tom pitanju, <https://www.complyorclose.org/wp-content/uploads/2021/09/En-COMPLY-OR-CLOSE-web.pdf>, 23.09.2021.

³⁷ Nacionalni plan za smanjenje emisija glavnih zagađujućih materija koje potiču iz starih velikih postrojenja za sagorevanje, *Službeni glasnik RS*, br. 10/2020.

³⁸ Zakon o klimatskim promenama, *Službeni glasnik RS*, br. 26/2021.

Okvirnoj Konvenciji UN o promeni klime i njenog Sporazuma iz Pariza; i 3) usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa pravnim tekovinama EU.³⁹ Iz sadržine samog ZKP i imajući u vidu svrhu njegovog donošenja navedeni razlozi bi se mogli staviti u službu osnovnog cilja ZKP – uređivanja sistema za ograničavanje emisija GHG, u koje gasove spada i ugljen-dioksid (CO₂).⁴⁰ Naglašava i se da se ZKP primenjuje na emisije GHG izazvane ljudskom aktivnošću i sektore i sisteme izložene uticajima klimatskih promena.

Pored mehanizama koji su postojali i ranije u srpskom zakonodavstvu (kao što je mehanizam čistog razvoja),⁴¹ ZKP promoviše temeljni strateški pristup države u oblasti klimatskih promena. Jedna od bitnih novina u ZKP koja je od značaja za ovu temu je propisivanje obaveze donošenja strategije niskougljeničnog razvoja zajedno sa akcionim planom za njeno sprovođenje, koja bi strategija između ostalog pored analize postojećeg stanja trebalo da sadrži i opšte i posebne ciljeve koji se žele postići i mere za njihovo sprovođenje.⁴² ZKP dalje izričito predviđa da dokumenti javnih politika moraju biti usklađeni sa ovom strategijom, i predviđa da se na osnovu strategije i akcionog plana od strane Vlade propisuju nivoi emisija GHG: iz izvora na nacionalnom nivou, za postrojenja i vazduhoplovne aktivnosti i za emisije GHG iz sektora i kategorija u kojima dolazi do sagorevanja goriva i fugitivnih emisija iz goriva, industrijskih procesa i upotrebe proizvoda, poljoprivrede i otpada.⁴³

ZKP predviđa i donošenje Programa prilagođavanja na izmenjene klimatske uslove, sa akcionim planom, koji bi između ostalog trebalo da sadrži analizu postojećeg stanja pogođenosti klimatskim promenama, buduća očekivanja, ciljeve javnih politika koji se žele sprovesti u ovoj oblasti i mere za njihovo sprovođenje.⁴⁴ Takođe, predviđa se i formiranje Nacionalnog saveta za klimatske promene kao savetodavnog tela Vlade.⁴⁵

³⁹ Zakon o klimatskim promenama, *Službeni glasnik RS*, br. 26/2021, čl. 3.

⁴⁰ Zakon o klimatskim promenama, *Službeni glasnik RS*, br. 26/2021, čl. 2.

⁴¹ Odredbe koje uređuju primenu mehanizma čistog razvoja predviđenim Kjoto Protokolom su već postojale u Zakonu u zaštiti vazduha i mehanizam čistog razvoja se ranije već sprovodio u Republici Srbiji, ali je nesumnjivo značajno da se ovakva odredba našla u sektorskom zakonu dok će se opseg njene praktične primene sagledati kada se na globalnom nivou odluči o sudbini mehanizma čistog razvoja, možda već na globalnoj konferenciji o klimatskim promenama u Glazgovu 2021. godine.

⁴² Zakon o klimatskim promenama, *Službeni glasnik RS*, br. 26/2021, čl. 7–8.

⁴³ Zakon o klimatskim promenama, *Službeni glasnik RS*, br. 26/2021, čl. 11.

⁴⁴ Zakon o klimatskim promenama, *Službeni glasnik RS*, br. 26/2021, čl. 13–14.

⁴⁵ Zakon o klimatskim promenama, *Službeni glasnik RS*, br. 26/2021, čl. 17.

Napominjemo da još uvek teku rokovi za donošenje podzakonskih akata ZKP, uključujući i planove i strategije, i da se očekuje da ključni nacrti ugledaju svetlost dana. Tek nakon njihovog donošenja i početka primene moći ćemo da sagledamo njihove pune efekte. U svakom slučaju, nesumnjivo možemo reći da će sva pobrojana strateška akta, kao i uostalom i sam tekst ZKP, doprineti da se na jedan sistematski način pristupi smanjenju emisija GHG uključujući i ugljen-dioksid što će dugoročno doprineti i smanjenju uticaja CBAM na relevantne industrije. Nadamo se njihovom što skorijem donošenju kako bi Republika Srbija što spremnije dočekala početak primene CBAM kada isti ugleda svetlost dana.

Novine u energetske propisima

Tekuća 2021. godina bila je plodna u oblasti energetske prava jer su istovremeno doneta dva nova i dve izmene zakona u oblasti energetike i to: a) Zakon o izmenama i dopunama Zakona o energetici, Zakon o korišćenju obnovljivih izvora energije, Zakon o energetske efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije, Zakon o izmenama i dopunama Zakona o rudarstvu i geološkim istraživanjima.⁴⁶

Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o energetici izvršeno je potpuni je usklađivanje sa „Trećim energetske paketom“ energetske zakonodavstva EU i transponovane su određene odredbe paketa „Čista energija za sve Evropljane“ – takozvanog četvrtog energetske paketa. Bitno je istaći i da se ovim zakonom više ne uređuje oblast obnovljivih izvora energije koji postaju predmet posebnog Zakona o korišćenju obnovljivih izvora energije.

Jedna od važnih novina u Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o energetici je da je, pored dosadašnjih strateških akata i planova, od kojih je najvažniji Strategija razvoja energetike, utvrđena obaveza donošenja Integrisanog nacionalnog energetske i klimatske plana, saglasno Odluci Ministarske saveta Energetske zajednice 2018/1/Mc-EnC Preporuka o pripremi i razvoju integrisanih nacionalnih energetske i klimatske planova.⁴⁷ Propisano je, pored ostalog, da Integrisani nacionalni energetske i klimatske plan naročito sadrži nacionalne ciljeve koji se odnose i na oblast dekarbonizacije u pogledu emisija GHG i energije iz obnovljivih izvora.

Donošenjem Zakona o korišćenju obnovljivih izvora energije se suštinski pokazuje namera zakonodavca da obnovljivim izvorima energije posveti dužnu pažnju i izdvoji odredbe o njihovom korišćenju u poseban zakonske akt, što makar u početku i na formalan način predstavlja značajni iskorak ka težnji za proizvodnjom

⁴⁶ Svi navedeni zakoni su objavljeni u Službenom glasniku Republike Srbije, br. 40/2021.

⁴⁷ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o energetici, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2021, čl. 6.

čistije energiju i samim tim borbi protiv klimatskih promena. Ovim zakonom se uspostavljaju pojedini instituti koji suštinski mogu doprineti povećanju obnovljivih izvora energije u ukupnoj energetskej slici Republike Srbije, kao što su na primer koncepti kupaca-proizvođača i obnovljivog vodonika koji ranije nisu bili regulisani u Republici Srbiji. Zakon o obnovljivim izvorima energije sledi principe EU zakonodavstva u oblasti razvoja propisa o transportu obnovljivih izvora energije, i uvodi u zakonodavstvo Republike Srbije kao obnovljiv izvor energije u sektoru transporta električnu energiju proizvedenu iz obnovljivih izvora energije.

Zakon o energetskej efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije implementira pravila energetske efikasnosti, elemente energetske efikasnosti u energetskeim performansama zgrada, energetske obeležavanje i eko-dizajn, na način regulisan Energetskim paketom EU – Čista energija za sve Evropljane – čime se u dobroj meri usklađuje sa propisima EU iz ove oblasti i doprinosi uspostavljanju čvrstih temelja ka racionalnijem korišćenju energetskeih resursa. Ovim zakonom se po prvi put u Republici Srbiji uspostavlja princip smanjenja energetskeg siromaštva kao jedan od principa energetske efikasnosti,⁴⁸ što predstavlja značajan korak napred u promovisanju energetske efikasnosti kao načina za uklanjanje energetskeg siromaštva. Ovim se omogućava i da se različite državne ustanove i nevladine organizacije uključe u proces smanjenja energetskeg siromaštva.

Kao jedan od glavnih razloga za donošenje Zakona o rudarstvu i geološkim istraživanjima, zakonodavac je naveo usklađivanje sa zakonskeim propisima u oblasti zaštite životne sredine i drugih zakonskeih propisa.⁴⁹ Ovakva namera zakonodavca ogleda se i u zakonskeom tekstu gde stoji da su imaoi prava dobijeni na osnovu ovog zakona obavezni da u svim svojim aktivnostima postupaju po najboljim poslovneim, socijalnim i ekološkeim pravilima struke, i da primenjuju najbolje tehničke metode i sredstva pri geološkeim istraživanjima i eksploataciji mineralnih sirovina, da bi se unapredila održivost projekata i bezbednost svih, i da se u najvećoj meri spreče, umanje i uklone štete i smetanja od aktivnosti uređeni ovim zakonom.⁵⁰

Iz svega navedenog, a imajući u vidu potencijalnu primenu CBAM, može se zaključiti da je najvažnija novina iz predstavljenog paketa energetskeih propisa propisivanje obaveze donošenja Integrisanog nacionalnog energetskeg i klimatskeg

⁴⁸ Zakon o energetskej efikasnosti i racionalnoj upotrebi energije, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2021, čl. 2.

⁴⁹ Deo II Obrazloženja Zakona o izmenama i dopunama Zakona o rudarstvu i geološkeim istraživanjima, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2021/520-21%20-%20LAT.pdf, 23.09.2021.

⁵⁰ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o rudarstvu i geološkeim istraživanjima, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2021, čl. 1.

plana. Ovakva zakonska odredba je kao što smo već naveli plod preporuke Energetske zajednice i Republika Srbija nije bila u obavezi da je unese u svoje zakonodavstvo, ali ona svakako stvara osnovu za buduću implementaciju CBAM od strane ugovornih strana Energetske zajednice⁵¹ i zbog toga će između ostalog donošenje ovog plana biti od velikog značaja za Republiku Srbiju.

Ostale iznete novine, koje smo pored brojnih drugih novina izabrali da predstavimo u ovom radu zbog njihovog značaja za potencijalnu primenu CBAM, sve zajedno i svaka pojedinačno predstavljaju iskorak ka zelenijoj energetskej budućnosti, a samim tim i uspešnijoj borbi protiv klimatskih promena i time u konačnosti manjem potencijalnom uticaju CBAM i domašaju Uredbe o CBAM. Ukoliko Republika Srbija bude želela da se uvoz električne energije sa njene teritorije u EU izuzme od primene CBAM-a, izvesno je da će na osnovu gore iznetih kriterijuma za takvo izuzeće morati da dodatno prilagodi svoje relevantno zakonodavstvo odnosno zapravo ga uskladi sa zakonodavstvom EU kako bi izuzeće bilo moguće sprovesti.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Tvrđnja da su klimatske promene globalni problem i da je u borbi protiv njih potrebno pronaći efikasna i održiva rešenja više ne predstavlja novinu. Teško da bilo ko u savremenom društvu, ko u većoj ili manjoj meri, nije osetio posledice klimatskih promena. Ono što zabrinjava je „tromost“ koja je prisutna kad je reč o ublažavanju posledica klimatskih promena i „nonšalantan“ odnos prema zelenoj ili ne toliko zelenoj budućnosti.

Evropska Unija pokušava da promovisanjem CBAM efikasno odgovori na izazove klimatskih promena i da podstakne niskougleničnu proizvodnju kako u samoj EU tako i van granica EU. Ona ostavlja, kako smo već naveli, i nekoliko godina za početak primene Uredbe o CBAM kako bi se svi relevantni subjekti adekvatno pripremili. Takođe, u samom dokumentu se predviđa da će njegova primena biti razmatrana i u toku tranzicionog perioda, a dijalog otvoren sa državama van EU u cilju kooperacije i iznalaženja najboljih rešenja, dok Komisija predviđa da će zajedno sa državama koje su pogođene ovim mehanizmom raditi na mogućnostima za donošenje sporazuma koji prepoznaju njihove sisteme za naplatu emisija GHG. Sa druge strane, EU predviđa da će kroz tehničku asistenciju podržati manje razvijene države na putu sprovođenja CBAM. Naravno sve ovo pod uslovom da Uredba o CBAM, ili neki slični dokument baziran na istom principu ugleda svetlost dana.

⁵¹ P. Vajda, V. Aleksić, op. cit., 195.

Odgovor zemalja van EU na početak primene CBAM, uključujući Republiku Srbiju bi trebalo da bude adekvatan, svrsishodan i na njega se ne sme previše čekati. Pravovremeno razumevanje i blagovremena reakcija zakonodavaca u državama izvan EU na CBAM od izuzetnog je značaja za obezbeđivanje pravne sigurnosti u ovoj oblasti za sve učesnike u procesu. Na prvom mestu Republika Srbija se na ovaj izazov može pripremiti donošenjem relevantnog zakonodavstva za borbu protiv klimatskih promena, i iz ovog prikaza možemo videti da su krupni koraci već preduzeti u tom pravcu. Naravno ostaje da se u za to određeno vreme implementiraju postojeća zakonska rešenja i počne sa njihovim sprovođenjem, kao i da se nastavi sa daljim koracima u istom smeru uključujući i dalju harmonizaciju sa propisima EU koji mogu doprineti borbi protiv klimatskih promena.⁵²

Verujemo se da će ovaj rad doprineti boljem razumevanju načina na koji se primenjuje CBAM i da će dati šire svetlo na potrebe i izazove država članica van EU, uključujući i Republiku Srbiju, do kojih će dovesti eventualno donošenje Uredbe o CBAM.

VARVARA ALEKSIĆ, LL.M.

Ph.D. candidate, Central European University
Vienna

MILOŠ KUZMAN

Legal Advisor in NIS Novi Sad
Vice President of the Serbian Energy Law Association

OVERVIEW OF CARBON BORDER ADJUSTMENT MECHANISM (CBAM) AND ITS IMPACT ON ENERGY SECTOR AND LEGAL SECURITY IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Going towards achieving the goals in the fight against climate change, the European Union, adopted the European Green Deal in 2019, which envisaged a carbon border adjustment mechanism (CBAM). The main purpose of the proposed CBAM Regulation is to prevent carbon leakage, which, if happens, would lead to the neglect of global and EU efforts to combat climate change, while at the same time Regulations aims to encourage non-EU countries to pursue more ambitious climate policies. In addition to introductory considerations on the concept itself, this article presents the legal

⁵² Na primer, Republika Srbija još uvek nije u svoje zakonodavstvo unela odredbe Direktive o geološkom skladištenju ugljen-dioksida broj 2009/31/EZ od 23.04.2009. godine kojom je uspostavljen pravni okvir za geološko skladištenje ugljen-dioksida na način koji je bezbedan za životnu sredinu, kako bi se doprinelo borbi protiv klimatskih promena. Više o tome u Branislava Lepotić Kovačević, Miloš Kuzman, „Geološko skladištenje ugljen-dioksida u pravnom okviru Evropske Unije i Republike Srbije“, *Pravni život*, br. 12, Beograd, 2019, 423-435.

basis and the procedure for adopting the proposal for the CBAM Regulation, as well as the basic provisions of the document with special reference to the energy sector. The current legal solutions in the field of climate change and energy in the legal system of the Republic of Serbia were presented, and an analysis of the new institutes in these regulations relevant to this paper was performed. Also, based on the presented legal proposals and this analysis, the readiness of the legislation of the Republic of Serbia to face the challenges that would bring the potential application of CBAM was considered.

Key words: carbon border adjustment mechanism (CBAM), carbon leakage, Republic of Serbia, climate change, energy

Literatura

- Acar S., Aşıcı A.A., Yeldan A., „Potential Effects of the EU’s Carbon Border Adjustment Mechanism on the Turkish Economy“, *Environment, Development and Sustainability*, Springer, 2021, <https://doi.org/10.1007/s10668-021-01779-1>.
- Bueb J., Richieri H. L., Le Clézio A., „Border Adjustment Mechanisms – Elements for Economic, Legal, and Political Analysis“, *The Political Economy of Clean Energy Transitions*, Oxford Scholarship Online, 2017, DOI:10.1093/oso/9780198802242.003.0004.
- Cosbey A., *Border Carbon Adjustment: Questions and Answers (But More of the Former)*, International Institute for Sustainable Development, Background paper, Winnipeg, 2009, https://www.iisd.org/system/files/publications/bali_bcas_questions_answers.pdf.
- Lepotić Kovačević B., Kuzman M., „Geološko skladištenje ugljen-dioksida u pravnom okviru Evropske Unije i Republike Srbije“, *Pravni život*, br. 12, Beograd, 2019.
- Simola H., *CO2 emissions embodied in EU-China trade and carbon border tax*, Bank of Finland, BOFIT, 2020, <https://helda.helsinki.fi/bof/bitstream/handle/123456789/16561/bpb0420.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Vajda P., Aleksić V., „Carbon border adjustment mechanism: The case of the Energy Community“, *The Future of International Economic Law and the Rule of Law* (ed. Rafael Leal-Arcas), Eliva Press, 2020, <https://www.amazon.com/Future-International-Economic-Law-Rule/dp/1952751756/>.
- Zachmann G., McWilliams B., *A European carbon border tax: much pain, little gain*, Bruegel, 2020, <https://www.bruegel.org/2020/03/a-european-carbon-border-tax-much-pain-little-gain/>.
- Wolff G., *Demystifying carbon border adjustment for Europe’s green deal*, Bruegel, 2019, <https://www.bruegel.org/2019/10/demystifying-carbon-border-adjustment-for-europes-green-deal>.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 27.09.2021.

Prihvaćen: 15.10.2021.

PREGLEDNI RAD

EDITA KASTRATOVIĆ
MILAN DRAGIĆ

ORGANIZACIJA SPORTSKIH DOGAĐAJA U OKOLNOSTIMA KOVID 19

Planiranje i organizacija sportskih događaja predstavlja složen proces na koji utiču brojni faktori, a od naročito uticaja na ovaj proces je pandemija kovida 19. U ovom radu predstavljene su, stoga, mere i propozicije za održavanje sportskih događaja u okolnostima pandemije kovida 19. Analizirani su, takođe, slučajevi fleksibilnog ponašanja sportskih organizacija i pojedinaca u okolnostima koje je nametnula pandemija. Rezultati rada ukazuju na potrebu za značajno zahtevnijim uslovima za planiranje i organizaciju sportskih događaja. Pored toga, predstavljeni su i pokazatelji ekonomskog uticaja pandemije na sportske organizacije i države.

Ključne reči: *sportski događaj, kovid 19, sportska organizacija, sport, mere i propozicije*

U V O D

Proces organizacije sportskih događaja konstantno se suočava sa određenim izazovima i podložan je promenama. Različiti faktori utiču na organizaciju sportskih događaja. Pandemija kovid 19 faktor je koji je uslovio najveći broj promena u ovom procesu. Planiranje i organizacija sportskih događaja predstavlja složen

Prof. dr Edita Kastratović, redovni profesor Fakulteta za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo, Beograd, e-mail: kastratovice@yahoo.com.

Dr Milan Dragić, docent Fakulteta za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo, Beograd, e-mail: milan.dragic79@gmail.com.

proces koji podrazumeva koordinaciju većeg broja organizacija, nekada samo na lokalnom, a nekada i na svetskom nivou. U tom smislu, strateško planiranje je uvek bilo obavezan deo aktivnosti menadžera koji se bave organizacijom sportskih događaja. Međutim, u okolnostima pandemije kovid 19, značaj eksterne analize je dostigao svoj vrhunac. Pravilna analiza i procena faktora iz okruženja predstavljaju imperativne na putu opstanka i prevazilaženja izazova nametnutih pandemijom.

Veoma je važno da donosioci strateških odluka aktivno učestvuju u skeniranju okruženja sportske organizacije. Oni moraju da znaju da prepoznaju šta je to što se zbiva u okruženju, a u ovakvim okolnostima i na globalnom nivou. Drugim rečima, neophodno je da menadžeri sportskih organizacija identifikuju šanse i opasnosti sa kojima se organizacija može sresti u svom delovanju.¹ Veoma važan segment planiranja u sportu je i predviđanje budućih događaja. Za uspešno sprovođenje planiranih aktivnosti neophodno je sagledati sve relevantne faktore i uzeti u obzir sve potrebne informacije.² Tako i u slučaju pandemije, planiranje sportskih događaja, uz analizu ekonomskih, političkih, u ovom slučaju i zdravstveno kulturoloških – kovid 19 faktora, predstavljaju uslove adekvatnog poslovanja sportske organizacije.

Menadžeri se moraju baviti predviđanjem u sportu, kao i u ostalim poslovima i funkcijama. Bez adekvatnog predviđanja nije moguće obezbediti razvoj organizacije. Drugim rečima, vršeći funkciju predviđanja, menadžeri sportskih organizacija i događaja traže novi, jasniji i sigurniji put za razvoj organizacija na svim nivoima učešća.³

ORGANIZACIJA SPORTSKIH TAKMIČENJA

Organizacija velikih sportskih takmičenja predstavlja složen i odgovoran proces. U tom smislu postoje i određene preporuke organizatorima događaja koje oni treba da implementiraju, kako bi se sprečilo širenje kovida 19. Za organizaciju velikih sportskih takmičenja, osim organizacionih preporuka, značajne su higijenske, ali i druge preporuke.

Organizacione preporuke se, između ostalog, odnose na informisanje lokalne zdravstvene nadležnosti o vremenu, lokaciji i broju učesnika za svako takmičenje; navođenje zdravstvene i bezbednosne veze za kontakt, praćenje ili hitne

¹ Mary Coulter, *Strategijski menadžment*, Data status, Beograd, 2010, 86.

² Edita Kastratović, *Osnove menadžmenta sa menadžmentom u sportu*, Institut za razvoj MSP, Beograd, 2004, 67.

³ Milan Tomić, *Menadžment u sportu*, Astimbo, Beograd, 2001, 319.

medicinske slučajeve; objavljivanje karte objekata koja jasno ocrtava ulazne i izlazne tačke, prostor za ekipe i prostor za gledaoce; pridržavanje protokola; izuzimanje iz organizacije događaja svih lica koja mogu doprineti prenošenju kovida 19; dezinfekciju zajedničke opreme/područja i drugo.⁴

Osim organizacionih, nalažu se i određene higijenske mere koje proces organizacije sportskog takmičenja čine složenijim. Neke od mera koje se nalažu su: dostupnost sredstava za dezinfekciju na svim ulazima i mestima, gde će volonterima/redarima biti pri ruci kako bi bili sigurni da svi imaju maske za lice i koriste dezinfekciona sredstva, s izuzetkom igrača i dva tehnička zvaničnika (sudije) na terenu za igru; obezbeđivanje dezinfekcionog sredstva za ruke, maski za lice i rukavica za jednokratnu upotrebu na službenom stolu u svakom trenutku; dolazak učesnika takmičenja u objekat u sportskom kompletu; obezbeđivanje zaliha dezinfekcionih i drugih sredstava tokom sportskog takmičenja; pridržavanje svih pravila koja su odredili operateri, uključujući lokalnih zdravstvenih propisa, koji mogu uključiti ograničenu ili nikakvu upotrebu toaleta, promenu sobe i drugih područja, kao i vođenje računa o prisutnosti, da li je prisutnost ograničena samo na one koji učestvuju u takmičenju i srodno pomoćno osoblje.

Druge mere koje se takođe moraju navesti su obaveza sudije koordinatora da izveštaj o utakmici pošalje svakom timu nakon završetka utakmice u elektronskoj formi, u odnosu na prethodna takmičenja kada je osoblje potpisivalo izveštaje sa utakmica. Takođe, lokalni organizacioni odbori su, u smislu ovih drugih mera, sada u obavezi da pošalju fotografije akreditacione kartice svakog člana tima koordinator-sudiji putem e-pošte (sudije ne moraju da traže akreditacionu karticu igrača na svakom meču, kako bi se izbeglo dodirivanje akreditacione kartice).⁵

Sve ove mere i uputstva koja se daju kako bi se obezbedili sigurni uslovi za realizaciju sportskih događaja predstavljaju jasne pokazatelje u kom smeru će ići organizacija sportskih događaja u budućnosti. Neminovno je da će iz tih razloga smisao sportskih takmičenja i uživanje gledalaca u sportskim dostignućima, jedno vreme biti u senci ovih prioritetnih mera zaštite na koje je ukazano.

Kovid 19 nije trenutna pojava i verovatno će se nastaviti i u narednih nekoliko godina (postoji mišljenje pojedinih lekara i naučnika da će epidemija i zaštita biti sastavni deo života današnje i sutrašnje populacije). Smatramo da će ovakve

⁴ COVID-19 Sporting Activities, Fitness, and Training Guidance (wa.gov), <https://www.doh.wa.gov/Portals/1/Documents/1600/coronavirus/820-201-SportsFitnessGuidance.pdf>, 27. 9. 2021.

⁵ IBSA back to competition football sport guidelines in times of COVID-19, <https://ibsa-sport.org/wp-content/uploads/files/sports/1202-General-IBSA-Blind-Football-back-to-competition-sport-guidelines-Oct.-2020.pdf>, 27. 9. 2021.

okolnosti predstavljati veliki pritisak za budžet država, preduzeća koja podržavaju sport, sportske organizacije i što je najvažnije za porodični budžet. Problem će, dakle, biti isti za sve – troškovi će premašiti prihode i rashodi će morati da se odrede po prioritetu.

U ovakvim tržišnim okolnostima, teško će biti da se podnese argument za novu potrošnju u vezi sa sportskim aktivnostima za decu. Uspostavljanje odnosa između prava deteta i bavljenja sportom, biće od kritičnog značaja. Ocenjujemo da bi ovakve okolnosti mogle dodatno uticati na već postojeću razliku u pristupu dece sportu. U većini zemalja, deca iz porodica sa nižim prihodima imaju manji pristup sportu. Na primer, istraživanje Instituta Aspen (2019) otkrilo je da se u SAD samo 22% dece iz domova sa prihodima ispod 25.000 dolara godišnje bavi sportom, u poređenju sa 43% dece iz domova sa prihodima većim od 100.000 dolara godišnje. Kovid 19 je izazvao ekonomsku krizu zbog koje je veliki broj roditelja ostao bez posla ili su im smanjeni prihodi. Ova posledica pandemije će uticati na to da će manji broj dece imati pristup sportovima koji zahtevaju određenu finansijsku podršku roditelja. To će značajno uticati na smanjenje broja aktivne dece, a samim tim i broja takmičenja. Još jedan od dodatnih problema izazvanih ekonomskom krizom kao posledicom kovida 19 je i prognoza da će određeni broj dece iz porodica čiji su roditelji ostali bez posla biti čak prinuđena da napuste sport i traže bilo kakvu aktivnost koja će im doneti prihod za egzistenciju. Ekonomska kriza izazvana pandemijom kovida 19 može uticati i na dostupnost sredstava od fondacija i pružalaca razvojne pomoći. Fondovi mogu u budućnosti biti usmereni ka prioritetnijim zadacima i na taj način se mogu ugroziti drugi važni projekti za razvoj omladine kao što su: fizičko zdravlje omladine, seksualno i reproduktivno zdravlje, prava i rodno nasilje i slično.⁶

GLOBALNI EFEKAT KOVID 19

Kovid 19 nema samo lokalni, već i globalni karakter. U tom smislu i sva dešavanja u vezi sa pandemijom i sve zdravstvene, sigurnosne i političke mere koje se donose, predstavljaju jedan vid globalnog planiranja. Kovid 19 doveo je, tako, do odlaganja Olimpijskih i Paraolimpijskih igara u Tokiju za godinu dana. Odlaganje igara ima implikacije na sportski kalendar i verovatno će uticati i na druge, manje događaje u smislu njihovog odlaganja ili otkazivanja. Globalni sportski kalendar je, stoga, i preuređen kako bi se prilagodilo odlaganju Olimpijskih i Paraolimpijskih

⁶ An Overview of the Sport-Related Impacts of the COVID-19 Pandemic on Children, https://www.sporhumanrights.org/media/gonjwdlo/an_overview_of_the_sport-related_impacts_of_the_covid-19_pandemic_on_children.pdf, 27. 9. 2021.

igara, a drugi sportski događaji su svrstani u mesecima koji slede. Preuređivanje sportskog kalendara može imati i određene negativne efekte u smislu rizika od pretreniranosti i prekomerne konkurencije za mlade sportiste. Odlaganje velikih sportskih događaja za mlade, planiranih da se održe između 2020. i 2022. godine uticaće na troškove u smislu razvoja mladih sportista i takmičarskog iskustva. Značajne među ovim sportskim događajima za mlade su i Olimpijske igre mladih u Dakaru (2022), u Africi Igre mladih u Lesotu (2022), Afrički kup nacija do 17 godina u Maroku (2021) i ANOCA Igre mladih Zone V u Egiptu (2021). Olimpijske igre mladih u Dakaru koje bi trebalo da se održe 2022. godine biće prve Olimpijske igre koje će se održati na afričkom kontinentu i predstavljace priliku da se istakne zaštita i poštovanje prava deteta, kao i da se ojačaju zaštitne mere za decu sportiste.⁷

Svaki sportski događaj, a naročito velika takmičenja na svetskom nivou, iziskuju određena finansijska ulaganja i investiranje. Sredstva su neophodna kako bi se izvršile sve moguće pripreme na infrastrukturnom, organizacijskom, tehnološkom i medijskom nivou. Organizacija velikih sportskih događaja omogućava organizatoru značajne benefite u pogledu razvoja infrastrukture grada ili čak regije, a ujedno je i značajan ekonomski stimulans za lokalne preduzetnike iz oblasti, ugostiteljstva, turizma, trgovine i sl. Ako organizaciju velikih sportskih takmičenja okarakterišemo kao investiciju za zemlju, regiju ili grad koji organizuje to takmičenje (domaćina), tada se u formulu investiranja mora ubaciti i rizik kao potencijalno značajan faktor na tok i ishod organizacije. Svaka investicija podrazumeva određenu dozu neizvesnosti oko budućih prihoda. Izvori rizika u investiranju mogu biti različiti, od promena u makroekonomskom okruženju, preko promenljivih okolnosti, do neočekivanih dešavanja i pojava (u ovom slučaju pandemija kovida 19).⁸

KLJUČNI CILJEVI

Ključni ciljevi organizacije sportskih događaja u okolnostima pandemije su sledeći:

- održavati sport u zajednici i pored fizičkog distanciranja i drugih ograničenja koje prouzrokuje pandemija,
- održavati i promovisati nivo fizičke aktivnosti i druge prednosti koje proizlaze iz sporta tokom pandemije,

⁷ An Overview of the Sport-Related Impacts of the COVID-19 Pandemic on Children, https://www.sporhumanrights.org/media/gonjwdlo/an_overview_of_the_sport-related_impacts_of_the_covid-19_pandemic_on_children.pdf, 27. 9. 2021.

⁸ Zvi Bodie, Alex Kane, Alan J. Marcus, *Osnovi investicija*, Datastatus, Beograd, 2009, 131.

- podsticati inovativne modele isporuke, kako bi se povećala korist sportskog sektora, a koje taj sektor može da obezbedi,
- podržati odgovarajuće i bezbedne izmene u pogledu programa sporta i fizičke aktivnosti i vođenje evidencije o tim izmenama i inovacijama koje su razvili učesnici.⁹

Osim pomenutih ključnih ciljeva koji se odnose na ispunjavanje zadatih standarda, sportske organizacije se suočavaju sa potrebom da realizuju i primarne ciljeve koji se odnose na njihovu delatnost. Sportske organizacije moraju da se fokusiraju i na poštovanje ciljeva pojedinaca, sportista, trenera i svih drugih učesnika sportskih takmičenja. Poštovanje ciljeva učesnika na sportskim takmičenjima predstavlja dodatni izazov za sportske menadžere, s obzirom na činjenicu da ukoliko pojedinci koji predstavljaju samo sportsko takmičenje, ne budu mogli da ostvare svoje ciljeve (učešće na takmičenjima, sloboda kretanja i treniranja, ostvarivanje svojih ambicija, obezbeđivanje egzistencije ili napretka), može da se dogodi da organizacija sportskih događaja izgubi svaki smisao jer neće biti dovoljno sportista za realizaciju velikih sportskih događaja.

FLEKSIBILNOST I PRILAGOĐAVANJE

Sportski menadžeri moraju biti spremni za repozicioniranje modela sportskih organizacija. Ovakvo repozicioniranje podrazumeva prilagođavanje, obnavljanje i iznalaženje novih inovacija za opstanak na novom tržištu od strane menadžera sportskih organizacija.

Tržište sporta se nakon zatvaranja uslovljenog pandemijom značajno promenilo. Sposobnost inovacija i prilagođavanja izmenjenom tržištu sporta, predstavlja posebno važne veštine za menadžere sportskih organizacija i događaja.

Tako, jedan od primera prilagođavanja i fleksibilnosti u oblasti *fitness* industrije je i slučaj u kom su se australijske žene više obradovale novim alternativnim i inovativnim načinima uz pomoć kojih ljudi mogu ostati u formi tokom „zaključavanja“, sugerišući ujedno, da bi ovo mogao biti efikasan kanal za angažovanje žena. Na taj način *online fitness* postao je odličan način za animiranje i uključivanje većeg broja ljudi u sportsku aktivnost značajnu za zdravlje kako fizičko, tako i psihičko.¹⁰

⁹ Policy Analysis Tool for Community Sport and Sport for Development in Response to COVID-19, https://thecommonwealth.org/sites/default/files/inline/Commonwealth%20Moves_COVID-19%20%26%20Community%20Sport%20Policy%20Analysis%20Toolkit.pdf, 28. 9. 2021.

¹⁰ Policy Analysis Tool for Community Sport and Sport for Development in Response to COVID-19, https://thecommonwealth.org/sites/default/files/inline/Commonwealth%20Moves_COVID-19%20%26%20Community%20Sport%20Policy%20Analysis%20Toolkit.pdf, 28. 9. 2021.

Korišćenje ovakvih novih formata, stilova isporuke i načina komunikacije predstavlja značajan izazov. U pojedinim slučajevima organizacije su brzo reagovala, mobilizujući skrivenu volontersku radnu snagu za pružanje podrške i usluge socijalne zaštite izvan „sažetka“ sporta u zajednici. U tom smislu navodimo nekoliko primera koji ukazuju na dijametralno suprotna iskustva u pogledu organizacije sportskih događaja pre i u toku pandemije (zatvaranja).

Primer 1. – Sportski klub iz Mančestera pre pandemije je okupljao 500 dečaka i devojčica na nedeljnom nivou. Koliko god bila dobra ponuda sportskih vežbi i sadržaja na mreži, u toku zatvaranja imali su do 150, 200 korisnika nedeljno (*Clairre, Communiti Sport Club, Greater Manchester*).

Primer 2. – Pozitivan primer socijalnog uključivanja starijih osoba u program plesa na osnovu snimljenih spotova. Razgovori i saveti za vežbanje putem telefona sa osobama starijim od 60 godina uticali su na povećanu fizičku aktivnost tog dela populacije (*David, Chariti Inclusion Chariti, Greater Manchester*).¹¹

Organizatori velikih sportskih događaja suočavaju se sa mnogim izazovima, a okolnosti izazvane pandemijom kovida 19 predstavljaju jednu od najvećih i najne očekivanih prepreka u tom smislu. Drugim rečima, strateško planiranje u ovakvim okolnostima predstavlja pravu umetnost. Najveći izazov stvaranja strategije u turbulentnom tržišnom okruženju predstavlja upravljanje promenom. Prilikom suočavanja sa brzim promenama koje su nastale u okruženju, a pogotovo na globalnom nivou, organizacija može zauzeti jedan od tri strateška stava:

- reagovati na promenu,
- anticipirati promenu, praviti planove za suočavanje sa očekivanim promenama i primeniti planove kada se promene dogode,
- inicirati promenu – situacija u kojoj organizacija pokreće tržišne i konkurentske poteze na koje konkurencija mora reagovati.¹²

Ukoliko posmatramo promene iz ugla aktuelne pandemije kovida 19, dolazimo do zaključka da je ovo adekvatan momenat za reagovanje na promenu koju nije inicirala konkurentna organizacija, već je ona aktuelna promena globalnog karaktera.

¹¹ Covid-19 Research Report: The impact of the Pandemic on Community Sport provision and <https://www.mmu.ac.uk/media/mmuacuk/content/documents/research/COVID-19-RESEARCH-REPORT-The-impact-of-the-Pandemic-on-Community-Sport-provision-and-participation.pdf>, 29. 9. 2021.

¹² Artur A. Thompson Jr., A. J. Strickland III, John E. Gamble, Strategijski menadžment, Mate, Zagreb, 2008, 206–208.

EKONOMSKI EFEKAT KOVIDA 19

Pandemija kovida 19 uticala je na organizaciju sportskih događaja i u ekonomskom smislu, zbog značajnog pada prihoda u toku izolacije i zatvaranja. Pitanja upravljanja gotovinom i prihodima su jedno od najistaknutijih uticaja krize na sportske organizacije. Smanjenje aktivnosti u vidu sportskih događaja rezultiralo je smanjenjem prihoda, i što je najvažnije, na taj način je izvršen trenutni pritisak na kratkoročno upravljanje tokovima novca. Ovo je posebno uočljivo za profesionalne lige i velike organizacije, gde je ključni prihod vezan za emitovanje i sponzorstvo sportskih događaja i gde su očekivani prihodi od karata izgubljeni. Osim toga, primetna je velika neizvesnost u pogledu vremenskih rokova do povratka na poslovanje pre pandemije kovida 19.

S jedne strane, vlade mnogih zemalja odigrale su značajnu ulogu u pogledu ublažavanja negativnih ekonomskih efekata pandemije kovida 19. Tako su pojedine vlade pomagale sportskim organizacijama u zadržavanju osoblja i rešavanju troškova. S druge strane, a s obzirom na obustavu mnogih aktivnosti, došlo je do smanjenja tekućih troškova za sportske organizacije, pa je tako na primer, smanjena potrošnja sredstava organizacija i sportskih klubova za takmičenja.¹³

MERE PRILIKOM ORGANIZOVANJA SPORTSKOG DOGAĐAJA

U procesu planiranja sportskog događaja, organizator treba da utvrdi da li postoje sigurnosni uslovi u pogledu kovida 19, bez obzira da li se to odnosi na sportsko takmičenje na lokalnom nivou ili je u pitanju profesionalno takmičenje. Plan sportskih kodova (odobreni *COVID Safe Plan*) primenljiv je na sportski događaj u celini ili delimično:

- plan za prevenciju kovida 19 za određene industrije, poput zajednice sporta, hotelijerstvo, restorane i sl.;
- plan za lokaciju u kojoj se događaj održava, odnosi se na *COVID Safe site-specific plan*, na stadionu ili u sportskom centru;
- *COVID Safe Professional Sporting Code Plan*, koji se odnosi na sportske događaje u profesionalnom sportu.

Tamo gde postoje odobreni industrijski planovi za prevenciju kovida, pokrivaju se svi aspekti operativnog delovanja organizacije, uključujući redovne sezonske

¹³ Disruptor and Accelerator: COVID-19's impact on the Australian Sport Industry <https://sportnxt.org/media/mehltzvp/disruptor-and-accelerator-covid-19-impact-on-the-australian-sport-industry-final.pdf>, 29. 9. 2021.

utakmice i takmičenja (uključujući finale). U tom slučaju organizacije treba da rade u skladu sa odobrenim industrijskim planom za kovid. Bilo koji drugi događaj koji se odvija van redovnih sezonskih utakmica ili takmičenja, kao karnevali, svečani dani i državna prvenstva, sa više od 500 ljudi (događaji u zatvorenom prostoru) ili više od 1.000 ljudi (događaji na otvorenom) koji prisustvuju na tim događajima, odvijaju se u skladu sa Odobrenim sigurnim planom za kovid. Jedinica za javno zdravlje mora biti obaveštena o datom sportskom događaju najmanje 10 radnih dana pre događaja, putem kovid 19 sigurnog plana događaja.

Ako se na mestu/objektu preduzima više aktivnosti (na primer – usluge ishrane, sport, kursevi obuke, rekreacija), može se primeniti nekoliko odobrenih industrijskih planova.

U tom slučaju neophodno je prikazati sigurnu izjavu o usklađenosti sa kovidom za odgovarajući plan i primeniti zahteve istog u svakoj oblasti.

Prof. Dr. EDITA KASTRATOVIĆ
Full Professor, Faculty of Business Economics
and Entrepreneurship, Belgrade

Dr. MILAN DRAGIĆ
Assistant Professor, Faculty of Business Economics
and Entrepreneurship, Belgrade

ORGANIZATION OF SPORTS EVENTS IN THE CIRCUMSTANCES OF COVID-19

Summary

COVID-19 represents the reality of today, and there is a high probability that it will be a reality in the future (in this form or another). The sports industry is a strong driver of social action and greatly influences the development of local communities. The development of the sports industry was significantly expressed at the beginning of the 21st century. Circumstances of COVID-19 will influence the further course of development of the sports industry. Sports organizations will have to adapt to the new circumstances and define their plans in such a way that their realization is not endangered by current events. Planning in such circumstances is an additional challenge for all sports managers, regardless of their level. Planning of sports events, organization of the competition cycle, promotion of sports, animation of children and youth, will be significantly more complex and short-term in the period ahead. Plans in pandemic circumstances cannot be created in the same way as in standard non-burdensome circumstances. COVID-19 will further burden the sports industry due to the fact that the governments of all countries of the world are focusing on directing funds towards priority issues in the form of health care and the fight against the pandemic.

Key words: sports event, COVID-19, sports organization, sports, measures and propositions

Literatura

Coulter M., *Strategijski menadžment*, Data status, Beograd, 2010.

Kastratović E., *Osnove menadžmenta sa menadžmentom u sportu*, Institut za razvoj MSP, Beograd, 2004.

Tomić M., *Menadžment u sportu*, Astimbo, Beograd, 2001.

Bodie Z., Kane A., Marcus A., *Osnovi investicija*, Datastatus, Beograd, 2009.

Thompson A. Jr., Strickland III A., Gamble J., *Strategijski menadžment*, Mate, Zagreb, 2008.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 10.10.2021.

Prihvaćen: 19.10.2021.

PREGLEDNI RAD

BLANKA KAČER

HRVOJE KAČER

POSTOJE LI OGRANIČENJA ZA ONE KOJI DONOSE PRAVILA NATJECANJA ZA POJEDINE SPORTOVE

U ovom tekstu autori su pokušali potaknuti na razmišljanje kako bi, pri postojećem pravnom okviru, trebalo postupiti kada bi se dogodile, makar i bez ikakve zlorabe, potpuno prirodno, neke ipak ekstremne situacije. Pod ekstremnim situacijama se posebno misli na atipična, ekstremna svojstva pojedinih sportaša koji bi time objektivno zlorabili postojeća sportska pravila. Primjeri su visina košarkaška ili vaterpolista preko 2,5 metra, ogroman volumen tijela kod vratara u hokeju na ledu, visina i skočnost kod servisa u tenisu. Ukazano je i na manjkavost postojećih pravila koja npr. u atletici ne mjere tko je dalje skočio nego kome nije otpao startni broj i sl. Zaključak je da je najbolje preventivno djelovati, znači predvidjeti što se sve može dogoditi i onda po tome stvarati pravni okvir, pri čemu je kod suprotstavljenih silnica nužno pronaći najbolji kompromis koji neće narušiti niti bit natjecanja (jer to je bit sporta) niti temeljne postulate prava, uključujući temeljne ljudske slobode. Pri tome vodilje svakako moraju biti učenja škole prirodnog prava kojima se, prije ili poslije, svojom voljom ili bez svoje volje, svi moramo vratiti ako želimo napredak.

Ključne riječi: *sport, načela, jednakost, pravo, pravednost, prirodno pravo*

Izv. prof. dr sc. Blanka Kačer, ravnateljica Poslijediplomskog Specijalističkog studija Športsko pravo pri Pravnom fakultetu Sveučilišta u Splitu, Predsjednica Hrvatskog društva za športsko pravo, Predstojnica Zavoda za građansko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Predsjednica Nadzornog odbora Hrvatskog društva za građanskopravne znanosti i praksu, e-mail: blanka.kacer@pravst.hr.

Prof. dr sc. Hrvoje Kačer, pročelnik Katedre za građansko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, e-mail: hrvojekacer5@yahoo.com.

U V O D

Ako se, baveći se sportskim pravom, vratimo u ne tako davnu prošlost, recimo na početak ovog stoljeća – tisućljeća, s punim pravom možemo i moramo konstatirati da hrvatsko sportsko pravo tada nije ni postojalo. Potpuno je sigurno da ista konstatacija, bez iznimke, vrijedi i za sve ostale države nastale od sastavnica bivše SFRJ. Dapače, ista konstatacija vrijedi skoro bez iznimke za sve države svijeta, osim rijetkih iznimki kao što su npr. SAD i Njemačka. Vrijedilo bi, naravno, istražiti zašto je to baš tako, je li uzrok u velikom materijalnom bogatstvu tih država (ako da, zašto onda isto ne vrijedi za sve bogate države), je li uzrok u njihovim velikim sportskim uspjesima i/ili tradiciji (ako da, zašto to isto ne vrijedi za sve države sličnih svojstava, npr. i za Veliku Britaniju), je li uzrok u posebno razvijenosti prava općenito i svakako temeljnih ljudskih prava u pojedinoj državi...

Ostavljajući naprijed naznačene dvojbe za neka buduća istraživanja, „prebacujući se“ u današnje vrijeme, činjenica je da su nastupile dramatične promjene baš na području sportskog prava, promjene koje u svojoj ukupnosti daju pravo za pozitivan odgovor na pitanje postoji li ili ne postoji hrvatsko sportsko pravo. Naime, u međuvremenu se, što se Republike Hrvatske tiče, pa posljedično i hrvatskog sportskog prava, počelo izučavati sportsko pravo kao izborni kolegij na tri od četiri pravna fakulteta,¹ te na više kinezioloških fakulteta,² osnovano je i djeluje Hrvatsko društvo za sportsko pravo, osnovan je i ima upisane već tri generacije Poslijediplomski specijalistički studij Športsko pravo, etablirano je (već i tradicionalno s održanih 10 savjetovanja) međunarodno znanstveno savjetovanje iz sportskog prava u Splitu, tiskana su čak dva sveučilišna udžbenika sportskog prava, više hrvatskih stručnjaka i stručnjakinja su uvaženi članovi CAS-a kao najvišeg sportskog suda na svijetu... Naravno da hrvatsko sportsko pravo nije nastalo i razvijalo se neovisno o okruženju. Tako npr. nije tajna da izuzetno značajan dio predavača na splitskom savjetovanju od samog početka čine stručnjaci s Pravnog fakulteta u Kragujevcu, a na najvećem pravničkom savjetovanju u istočnom dijelu Europe (na Kopaoniku) već više od 10 godina traje Sekcija sporta (sportskog prava) koja je do sada dala stotinjak vrijednih članaka. Pored toga što članci koji se bave temama sportskog prava više ne predstavljaju čudo ni rijetkost u raznim tiskovinama, i broj različitih knjiga koje se bave ovim područjem prava je sve veći (udžbenici, monografije...).

¹ Prvi je po redosljedju bio, još u akademskoj godini 2003/04. Pravni fakultet u Splitu, zatim poslije nekoliko godina Pravni fakultet u Zagrebu, pa Pravni fakultet u Rijeci, čeka se još uvijek Pravni fakultet u Osijeku. V. tako u: Hrvoje Kačer et al., *Sportsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2018, 16.

² Znakovito je da je Kineziološki fakultet u Osijeku u svojoj prvoj godini osamostaljenja (ak. god. 2020/2021) već imao u svojoj ponudi kolegij Sportsko pravo.

Prihvaćajući da postoje teškoće oko dokazivanja postojanja bilo koje novije grane prava, ipak smatramo da je dužnost obrane teze da sportsko pravo kao posebna pravna grana postoji primarno upravo na nama koji se sportskim pravom bavimo. Naime, ako mi ne bi vjerovali da sportsko pravo postoji, tko bi onda uopće trebao vjerovati. Naravno, ne radi se o paušalnim tvrdnjama tipa „postoji zato što postoji“, radi se o mnogo relevantnih dokaza *in favorem* postojanja. Među njima možemo izdvojiti postojanje (i to već dugi niz godina, neovisno što mi mislili o kvaliteti) posebnog zakona kao *lex specialis*,³ izučavanje kao posebnog kolegija na više pravnih i drugih fakulteta, postojanje posebne nacionalne udruge baš te pravne grane (Hrvatsko društvo za sportsko pravo), postojanje preko stotinu stručnih i znanstvenih tekstova u posljednjih 15 godina (bez koncentracije na jednu ili dvije godine), postojanje posebnog udžbenika te grane prava⁴... Naravno, bilo bi bolje da postoji posebno resornom ministarstvo (a ne kako je sada da sport ima samo dio šireg ministarstva⁵), makar se to može tretirati i kao samo formalno pitanje. Naime, resorno ministarstvo samo po sebi nije nikakvo jamstvo za kvalitetu, kao što ni rad unutar većeg ministarstva koje uključuje i druge resore (kao npr. turizam) ne znači izostanak kvalitete.

Činjenica koju nitko (barem nitko ozbiljan) ne dovodi u pitanje je da je proteklih godina došlo do čitavog niza situacija koje naprosto „vape“ za jasnim pravnim odgovorom. Nažalost, pravo u pravilu jako „kaska“ iza događaja i presporo im se prilagođava. Pravilo je da se mnoge situacije uopće precizno ne uređuju, nego se zapravo polazi od pogrešne premise prema kojoj su opće⁶ pravne norme dovoljne i nema potrebe za rješenjima tipa *lex specialis*, pri čemu se zanemaruje da su opće norme one kod kojih nitko ili gotovo nitko nije imao sport i sportske probleme u svojem fokusu, što u pravilu dovodi do rezultata koji je sve samo ne onaj potrebni ili optimalni. Nije to specifičnost samo sporta, vrlo slično je kod gotovo svih specifičnih situacija, od onih u medicini pa dalje. Prevelika želja da se sve normira u pravilu dovodi do prenormiranosti (što je negativna odrednica), a u želji da se prenormiranost izbjegne (pre)često se stvari zadržavaju nepromijenjene, što znači podnormiranost (kao također negativna odrednica ako postoji potreba za *lex specialis*).

³ U ovom trenutku to je Zakon o sportu (*Narodne novine*, br. 71/06, 124/10, 124/11, 86/12, 94/13, 85/15, 19/16 – ispravak, 98/19 i 47/20, 77/20 – dalje: ZOS ili Zakon o sportu). Prethodno su na snazi bili drugi zakoni istog imena – naziva.

⁴ Hrvoje Kačer *et al.*, (*Uvod u) športsko pravo*, Inženjerski biro, Zagreb, 2009, 406, Hrvoje Kačer *et al.*, op. cit., 783.

⁵ Do nedavno je postojao poseban Državni ured za sport, koji je vodila proslavljena skijašica Janica Kostelić, taj ured je ukinut i resorno ministarstvo je dobilo ime Ministarstvo turizma i sporta.

⁶ U smislu da se ne radi o *lex specialis*.

Nekoliko je (točnije najmanje tri ključne) polaznih hipoteza ovoga teksta.

Prva hipoteza je da su tzv. autonomne sportske pravne norme podređene (subordinirane) onim državnim (čiji je donositelj država, konkretno zakonodavac), a istodobno su te državne pravne norme toliko apstraktne da su prečesto teško primjenjive ili pak i neprimjenjive (osim ako je prihvatljivo da se izvedu potpuno neprihvatljivi zaključci) na određenu situaciju nastalu u sportu ako ne postoji neka daljnja razrada, pa makar i unutar autonomnog sportskog prava. To znači da npr. Zakon o obveznim odnosima⁷ ima prioritet pred raznim aktima nacionalnih sportskih saveza, pa čak i onih međunarodnih, pa čak i Međunarodnog olimpijskog odbora. To je vrlo jasno već samo po sebi, a naročito je postalo jasno nakon što je baš tako postupljeno u slučaju koji je najpoznatiji kao *Bosman case*.⁸ Iako je *prima facie* sve vrlo jasno, to ipak nije, ili barem nije do kraja, tako. Naime, problem je u ogromnom broju pravnih praznina, dakle situacija kod kojih državna norma ne nudi ni približno potreban odgovor. Problem je i u tome što nije baš isto (po mnogim kriterijima, pa i onom učinka na pravnu sigurnost i vladavinu prava) izvesti npr. zaključak o protupravnosti neke radnje samo na temelju primjene nekog od osnovnih načela iz Zakona o obveznim odnosima i na temelju neke posebnom pravnom normom nametnute obveze (npr. oblik pravnog posla koji obvezuje na solemnizaciju i sl.). Naravno da je moguće (barem prema našem mišljenju) izvesti takav zaključak i samo zato što je prekršeno jedno ili više osnovnih načela, ali nije moguće tvrditi da je to baš česta ili uobičajena pojava i da je praksa lako i bez otpora prihvaćena. Nije bitno nalazi li se razrada one najopćenitije pravne norme u nekom zakonu ili u normi autonomnog sportskog prava, bitno je da postoji.

Druga hipoteza je da pravila sportskih igara u najširem smislu toga pojma (znači da obuhvaća sve sportove) nisu donosili pravnici, vrlo rijetko i sporadično (osim ako bi došlo do spora) su prošli ikakvu, još daleko rjeđe kvalitetnu pravnu kontrolu. Mnoga od tih pravila su vrlo stara (što uzrokuje privid da je s njima sve u redu, što je svakako poseban problem), makar ima i mnogo (relativno) novih pravila. Polazeći od toga da bi pravila morala favorizirati sportska dostignuća (*CITTIUS, ALTIUS, FORTIUS* – tko je brži, tko više ili dalje skače, tko dalje baca...), nikako ne tko bolje reagira na znak za start, kome se od tijela ne odvoji dres ili startni broj, tko se bolje zadrži u krugu bacališta...), ali i da njima ne smiju biti povrijeđena temeljna ljudska prava (ekstrem bi bio da se nekome zabrani natjecanje jer je predobar i tako destimulira ostale), preostaje provjeriti udovoljavaju li pravila

⁷ Zakon o obveznim odnosima, (*Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18 – dalje: Zakon o obveznim odnosima ili ZOO).

⁸ Više, Marko Ivkošić, „Pravni okvir transfera profesionalnih nogometaša“, (*Uvod u športsko pravo* (ur. Hrvoje Kačer *et al.*), 105-156).

tim uvjetima. Posebno treba voditi računa o nečemu na što Ustavni sud Republike Hrvatske često upozorava, a to je da je neprihvatljivo da se (bez promjene Ustava Republike Hrvatske⁹) mijenjaju nadležnosti različitih grana vlasti u trodiobi vlasti (zakonodavna, pravosudna i izvršna). Bilo bi daleko praktičnije da je drukčije, ali nije, što znači da sudska odluka da je nešto protupravno i kao takvo poništeno još uvijek ne znači kako bi (sada poništeno) pravilo trebalo glasiti da bi bilo sukladno pravu. To zapravo znači da nitko, uključujući sudove, niti smije niti može zamijeniti tvorca pravne norme.

Treća hipoteza je da i *de lege lata* postoji mogućnost (pravno) adekvatno reagirati na dramatično neprihvatljive pojave (pri tome mislimo samo na one koje ugrožavaju samu bit sporta, posebno jednakost svih¹⁰), ako ne drukčije, barem pozivanjem na opća načela i prava i sporta (jednakost, pravednost, pravičnost, poštenje...), što naravno ne znači da *de lege ferenda* nije potrebno i korisno (makar i ne bilo nužno) donijeti poboljšanja pravnog okvira, pa i novu pravnu normu koja će posebno voditi računa o slučajevima kao što je onaj koji se pojavio (identičan ili manje ili više sličan).

Na kraju ovog dijela teksta treba naglasiti da Ustav Republike Hrvatske u svojem čl. 90. dopušta povratni učinak dijela zakona u slučaju postojanja posebno opravdanih razloga, što je činjenica koju svakako moramo imati u vidu tražeći rješenja, kako *de lege lata*, tako i *de lege ferenda*.

PRAVNI IZVORI

Uobičajeno je pod ovim naslovom početi nabranje s Ustavom kao najvišim aktom u svakoj državi, pa zatim redom međunarodni ugovori, zakoni i podzakonski akti, sa ili bez dodavanja sudske prakse i pravne znanosti kao izvora *sui generis*. Međutim, ovaj tekst se (u prvom redu ili primarno) bavi autonomnim sportskim pravom, a to je pravo koje je podložno državnom pravu na području određene države (pravi dokaz su zapravo lokalne mjere u svezi globalne pandemije Covid 19 radi kojih su povremeno ozbiljno ugrožene pojedine utakmice i njihovi ishodi

⁹ Ustav Republike Hrvatske (*Narodne novine*, 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01, 76/10 – promjena Ustava, 85/10 – pročišćeni tekst, 5/14 – dalje: Ustav ili Ustav RH ili Ustav Republike Hrvatske).

¹⁰ Ne mislimo ovom prigodom (to su teme za posebne tekstove) na uporabu zabranjenih sredstava tipa dopinga ili umjetnih pomagala kao što su npr. proteze koje je rabio Oscar Pistorius, paraolimpijac koji je na Olimpijskim igrama 2016. god. osvojio brončanu medalju u momčadskoj utrci i bio polufinalist u onoj pojedinačnoj na 400 metara. Dakle, ograničili smo se na pojave koje su potpuno prirodne, pa makar i vrlo rijetke (izuzetna visina, snaga, skočnost, debljina – širina...).

jer pojedinci bivaju, izravno¹¹ ili neizravno,¹² spriječeni doći u neku državu, što, barem načelno, ozbiljno ugrožava cjelokupni sustav, a gotovo nitko tome ozbiljno ne prigovara). Koliko i tu ima dvojbi dovoljno pokazuje i dokazuje činjenica da se o pravnom lijeku protiv odluka najvišeg sportskog suda na svijetu (TAS-CAS¹³) odlučuje pred najvišim sudom države u kojoj se nalazi sjedište suda (Švicarska), a to sjedište je, izvan svake sumnje, (vrlo) promjenljiva kategorija.¹⁴

Jasno je da pravila sportskih igara donose nacionalni savezi toga sporta i/ili međunarodni savez kao skup nacionalnih saveza toga sporta. Po naravi stvari je jasno da nacionalni savezi koji postoje tek nakon svojeg osnivanja (jer prije vlastitog osnivanja nisu ni postojali) osnivaju onaj internacionalni, pri čemu internacionalni može biti globalni, ali i (samo) kontinentalni, čak i na području manjem od kontinenta (primjeri su npr. Mediteran, Balkan, Skandinavija...). Iako je pravilo da (vremenski) nacionalni savezi prethode onom međunarodnom, ipak je prava rijetkost da nacionalni savez u pravilima igre odstupi od pravila koje propisuje onaj međunarodni – ako to nije u skladu s voljom međunarodnog saveza onda je moguće čak i isključivanje nacionalnog saveza kao krajnja mjera,¹⁵ a ako je u skladu onda je to zapravo samo probni poligon za možebitne promjene.¹⁶

¹¹ Npr. neizdavanje vize nekom igraču, što se nedavno dogodilo nogometnom prvaku Republike Hrvatske Dinamu prigodom gostovanja u Moldaviji.

¹² Neke države su uvele vrlo ozbiljne mjere uključujući karantenu u trajanju od 14 i više dana za igrače koji dolaze iz tzv. rizičnih destinacija. Tako je nedavno izbio pravi svjetski skandal na nogometnoj utakmici Argentina – Brazil, kada je više reprezentativaca Brazila zatajilo da su nedavno bili u Velikoj Britaniji. Na kraju je policija tjerala te igrače s igrališta, utakmica je prekinuta, jednom riječju – skandal.

¹³ Sportski arbitražni sud međunarodno je tijelo osnovano 1984. godine za rješavanje sporova u vezi sa sportom putem arbitraže. Sjedište mu je u Lausann-i u Švicarskoj, a sudovi u New York, Sydney-u i Lausann-i. Privremeni sudovi osnovani su u gradovima domaćinima Olimpijskim igrama.

¹⁴ Određeni problem je i postojanje više decentraliziranih ureda toga suda.

¹⁵ Makar se nije radilo o pravilima igre nego o tome tko može biti na čelu nacionalnog saveza (pojedinaac ili tzv. rotirajuće predsjedništvo koje se sastoji od više osoba, znakovit je primjer odnosa FIFA (globalna asocijacija nacionalnih nogometnih saveza) prema Nogometnom savezu Bosne i Hercegovine – nakon prijete isključenjem iz (i te kako lukrativnih) natjecanja u nogometnom savezu su hitno odustali od analogije s državnim vodstvom i svoje akte prilagodili onome što je FIFA zahtijevala (jedan predsjednik).

¹⁶ Dobar primjer je ono što se trenutačno događa u tenisu u mlađim kategorijama. Nacionalni savezi (pa tako i hrvatski teniski savez ili HTS) u službenim natjecanjima provode nova pravila od kojih treba izdvojiti kao vrlo pozitivno tzv. No add pravilo (nakon izjednačenja na 40:40 igra se odlučujući poen, bez mogućnosti beskonačnog nastavljanja) i kao vrlo negativno No net pravilo (nema ponavljanja servisa kada prije ulaska u za to predviđeni dio igrališta zakači mrežu) koje umjesto umijeća i znanja favorizira sreću.

Tako npr. međunarodna federacija na globalnom nivou za tenis je ITF (*International Tennis Federation*), za košarku međunarodna federacija nosi naziv FIBA, ona za vaterpolo FINA, ona za atletiku IAAF¹⁷... Za potrebe pisanja ovog teksta ograničili smo se na upravo četiri navedene federacije, ali je jasno da smo mogli popis širiti i dalje, za što nismo našli dovoljnih razloga. Naime, i na temelju ova četiri međunarodna saveza i pravila tih saveza moguće je izvesti zaključak o osnovanosti ili neosnovanosti postavljenih hipoteza.

TENIS – ITF¹⁸ je osnovan 1. ožujka 1913. kao Međunarodna teniska federacija na travi (ILTF¹⁹) od strane 12 nacionalnih udruga na konferenciji u Parizu. 1924. godine službeno je priznata kao organizacija s ovlasti za kontrolu igranja tenisa na travi u cijelom svijetu, i to prema pravilniku ILTF-a. 1977. Riječ 'travnjak' iz naslova je izbačen, jer većina teniskih turnira se više nije igrala na travi, makar je i tada i danas kao najznačajniji, najveći, najpopularniji svjetski turnir važio Wimbledon na kojemu se igra na travi. Izvorno sjedište organizacije je bilo u Parizu, no međutim za vrijeme Drugog svjetskog rata sjedište se preselilo u London gdje se nalazi i danas. Do 1987. godine, sjedište ITF-a se nalazilo u Wimbledon-u, nakon toga je preseljeno u Barons Court, u blizini Queens Club-a, a zatim 1998. na područje sportskog igrališta Bank of England, u Roehampton-u. Specifičnost tenisa kao sporta je u tome što (vjerojatno kao posljedica davne podjele na profesionalni i amaterski tenis) postoji neka vrsta paralelne vlasti (ali odvojene po spolu) u ATP²⁰-u i WTA²¹-u. Da apsurd bude još veći, ITF kontrolira i četiri najveća profesionalna turnira – to su tzv. Grand Slam turniri – Australian Open, Roland Garros, Wimbledon i US Open.

KOŠARKA – FIBA²² dolazi od francuskog naziva *Fédération Internationale de Basketball*. Čak 213 nacionalnih košarkaških federacija su članice FIBA-e. FIBA je osnovana u Ženevi 1932. godine, tada pod nazivom *Fédération Internationale de Basketball Amateur*. Osnivači ove međunarodne federacije su osam nacionalnih košarkaških saveza sljedećih država: Argentina, Čehoslovačka, Grčka, Italija,

¹⁷ Od 2019. pravilan naziv je *World Athletics*, ali smo prepoznatljivosti radi naveli naziv koji je vrijedio do tada punih 107 godina.

¹⁸ Više, www.itftennis.com.

¹⁹ *International Lawn Tennis Federation*.

²⁰ Udruga teniskih profesionalaca (eng. *Association of Tennis Professionals – ATP*) je udruga koju su osnovali 1972. godine Donald Dell, Jack Kramer i Cliff Drysdale, da bi se zaštitili interesi profesionalnih tenisača. Više, www.atptour.com.

²¹ *Women's Tennis Association*, akronim WTA, krovna je udruga ženskog profesionalnog tenisa, osnovana 1973. god. Više, www.wtatennis.com.

²² FIBA, *The International Basketball Federation*, www.fiba.basketball.

Latvija, Portugal, Rumunjska i Švicarska (donekle je čudno da prevladavaju države koje nisu baš među najjačim košarkaškim nacijama svijeta). Sjedište je 1956. premješteno u Minhen, da bi se 2002. vratilo u Ženevu. Za vrijeme Olimpijskih igara u Berlinu 1936. FIBA je imenovala James-a Naismith-a (1861-1939) za počasnog predsjednika.

VODENI SPORTOVI – FINA²³ je utemeljena je 19. srpnja 1908. za vrijeme Olimpijskih igara u „Manchester Hotelu“ u Londonu, od strane sportskih saveza iz Belgije, Danske, Njemačke, Finske, Engleske, Švedske i Mađarske. Cilj je bio ubrzati ujedinjenje do tada nesređenih plivačkih natjecanja. FINA obuhvaća (stanje u lipnju 2021. god.) 209 članska saveza s pet kontinenata. Sjedište joj je u Lausanne-i. FINA organizira brojna međunarodna natjecanja, među kojima su od 1973. i plivačka svjetska prvenstva i od 1993. plivačka svjetska prvenstva na 25-metarskim bazenima. Plivanje je dio olimpijskog programa od 1896., vaterpolo je postao prvi ekipni sport na olimpijskim igrama 1900., ronjenje je olimpijski sport od 1904., što je sinkronizirano plivanje postiglo 80 godina poslije, u 1984., dok je maratonsko (ili daljinsko) plivanje (10 km za muškarce i žene) uključeno u olimpijski program 2008.

ATLETIKA – IAAF je osnovana 17. srpnja 1912. godine (na zatvaranju Olimpijskih igara u Švedskoj) na prvom kongresu koji je održan u Stokholmu u Švedskoj, tada je određen naziv *International Amateur Athletics Federation*, tj. Međunarodna amaterska atletska federacija. Službena međunarodna kratica bila je IAAF. Sjedište je bilo u Stokholmu od osnivanja, a u London je premješteno 1946. godine i u njemu je ostalo sve do 1993. godine, kad je premješteno na današnju lokaciju u Monte Karlu. Pod općim trendom komercijalizacije sveukupnog globalnog sporta, pa tako posljedično i atletike, IAAF je popustio i odlučio dopustiti komercijaliziranje. Počevši od 1982. godine, IAAF je donio nekoliko izmjena pravila, čime je dopustio atletičarima primiti naknadu za sudjelovanje u međunarodnim natjecanjima. Ipak, ime „amaterska“ zadržao je u imenu. Na kongresu 2001. godine riječ u nazivu *amaterski* promijenjena je u *asocijacija* (eng. *association*), pa je tako kratica ostala ista. Isto ime je postojalo do 2019. godine. Organizacija je tada odlučila promijeniti ime u *World Athletics*, koje nosi od svjetskog prvenstva 2019. godine u Dohi. 1. svibnja 2020. imao je 214 članova, podijeljenih u šest područnih asocijacija. Zadaća organizacije je koordinirati rad atletske federacije te upravljati organizacijom službenih natjecanja kao što su Svjetska atletska prvenstva, Svjetski atletske kupovi, natjecanja Zlatne lige, itd.

Uobičajeno je i da se kao pravni izvori navode sudska praksa i pravna znatnost, makar često uz dodatak *sui generis*. Prema našem mišljenju, ipak je nužno napraviti veliku razliku između tih pravnih izvora. Naime, sudska praksa, čak i u

²³ Više, www.fina.org.

kontinentalno-europskom pravu (da i ne spominjemo kako je to u onom precedentnom ili anglosaksonskom) izuzetno mnogo djeluje, vrlo često je to svojevrsni supstitut poslu donositelja prave norme. To je logična posljedica toga što sudovi (sudska praksa) djeluju ne samo snagom autoriteta, nego i autoritetom snage, zato što sudovi imaju instrumente kojima nameću stavove iz svojih odluka, kojima prisiljavaju da ih se „ne samo sluša, nego i posluša“ Potpuno nešto drugo je sa znanosti, znanost djeluje samo i isključivo snagom svojih argumenata.²⁴

POSTAVLJANJE I ANALIZA

Uvodni – opći dio

U ovom tekstu smo se odlučili provesti analizu na primjeru četiri sporta. *Modus operandi* je takav da smo početno prikazali što jest ili bi barem trebao biti cilj pravila toga sporta (brže, više, jače, dalje, spretnije, izdržljivije...), zatim smo izdvojili neko (jedno ili više) konkretno postojeće normativno rješenje (koje je u pravilu loše ili barem nedovoljno dobro) koje u praksi za sada ne uzrokuje probleme, iako je u priličnom sukobu s nekim osnovnim pravnim postulatima, ali i dodali jedan neobičan hipotetični slučaj i istražili dvojbu kako bi ga se riješilo *de lege lata* i je li potrebna promjena *de lege ferenda*, sve kako bi rezultat – ishod istraživanja bio što vjerodostojniji.

Tenis

Tenis je sport koji je, po općoj prosudbi, jako dobro organiziran na svim mogućim razinama. To je, pored ostaloga, zaslužno i za gotovo nevjerojatnu ekspanziju i popularnost ovog sporta kojega se smatra jednim od najpopularnijih na svijetu (naravno, nogomet je neupitno broj 1). Igra se praktično u cijelom svijetu i gotovo svugdje je jednako popularan. Prema službenim podacima za 2020. god. (obilježenu globalnom pandemijom Covid 19) ATP profesionalni turniri (njih 64) su igrani u čak 30 država (11 SAD, 5 Francuska, 4 Kina, 4 Njemačka, 3 Velika Britanija, 3 Španjolska, 3 Švicarska, 2 Argentina, 2 Australija, 2 Austrija, 2 Italija, 2 Meksiko, 2 Nizozemska, 2 Rusija, 2 Švedska, 1 Belgija, 1 Brazil, 1 Bugarska, 1 Kanada, 1 Čile,

²⁴ Iznimku predstavljaju situacije kada je znanstvenik *homo duplex*, dakle kada u jednoj osobi imamo i suca i znanstvenika. U hrvatskoj praksi to i nije baš tako rijetka pojava, praktično svi predsjednici Ustavnog suda Republike Hrvatske su bili istodobno i doktori pravnih znanosti i uvaženi pravni pisci (Jadranko Crnić, Smiljko Sokol, Petar Klarić, Jasna Omejec, Miroslav Šeparović). Pored predsjednika, taj sud je imao i brojne druge doktore pravnih znanosti i/ili (samo) uvažene pravne pisce, od kojih su mnogi bili i zamjenici predsjednika-predsjednice toga suda (Snježana Bagić, Aldo Radolović, Željko Potočnjak, Mladen Žuvela, Hrvoje Momčinović...).

1 Hrvatska, 1 Mađarska, 1 Indija, 1 Japan, 1 Monako, 1 Maroko, 1 Novi Zeland, 1 Portugal, 1 Katar, 1 Ujedinjeni Arapski Emirati)²⁵ na šest kontinenata.

Svoju sposobnost tenis (odnosno oni koji ga vode) je dokazao i prikladnom promjenom pravila kada su to okolnosti zahtijevale. Tako je npr. već dosta davno uvedeno tzv. *tie-break* pravilo²⁶ koje određuje da se kod rezultata 6 : 6 igra odlučujući

²⁵ Media guide 2020 atp tour,- media guide 2020 WTA tour, 13.

²⁶ *Tiebreaker* – nedavno skraćen na samo „tiebreak“, iako se oba pojma i dalje koriste naizmjenično – izumio je James Van Alen i predstavio 1965. godine kao eksperiment na profesionalnom turniru koji je sponzorirao u kasinu *Newport, Rhode Island*, nakon ranijeg, neuspješnog pokušaja ubrzavanja igara korištenjem njegovog takozvanog „Van Alen Streamlined Scoring System“ (VASSS). Dvije godine prije Otvorene ere, 1955. i 1956., *Pro Championship* Sjedinjenih Država u *Clevelandu, Ohio*, igralo se prema pravilima VASSS-a. Bodovanje je bilo isto kao i u stolnom tenisu, s odigranim setovima na 21 poen i igračima naizmjenično u pet servisa, bez drugog servisa. Pravila su stvorena djelomično kako bi se ograničila učinkovitost snažnog servisa vladajućeg profesionalnog prvaka, Pancha Gonzalesa. Međutim, čak i uz nova pravila, Gonzales je u konačnici oba turnira pobijedio Pancho Segura. Iako je meč 1955. otišao na 5 setova, dok se Gonzales jedva držao za pobjedu u posljednjem 21-19, izvještava se da mu je trebalo 47 minuta do završetka. Navijači koji su prisustvovali utakmicama preferirali su tradicionalna pravila, a 1957. turnir se vratio na staru metodu bodovanja.

Van Alen nazvao je svoju inovaciju „tiebreakerom“, a zapravo je predložio dvije različite vrste ili verzije istog: tiebreaker s najboljim pet od devet bodova i tiebreaker s najboljih sedam od 12 bodova. Prvi traje maksimalno 9 bodova i dodjeljuje pobjedu u setu onome koji igrač ili momčad prvi dođu do 5 bodova – čak i ako drugi igrač ili momčad već ima 4; granica pobjede može biti jedan bod. Budući da „9 bodova“ mora završiti nakon najviše 9 bodova, čak i ako niti jedan igrač ili momčad nemaju prednost od 2 boda (ili veća), Van Alen je također nazvao „tiebreakerom iznenadnim smrtnima“ (ako i kada rezultat je dosegao četiri boda, oba igrača suočila su se istovremeno sa set bodom i / ili meč bodom.). Ova vrsta *tiebreakera* svoj je *Grand Slam* debi imala 1970. godine *US Open* i ondje je trajala do 1974. godine. Također se koristila u *Wimbledonu* 1971. godine, neko vrijeme na stazi *Virginia Slims* i u američkom sveučilišnom tenisu. Ovaj oblik i dalje koristi *World TeamTennis*.

Drugi savjet *tiebreakera* koji je predstavio Van Alen *tiebreaker* s 12 točaka koji je danas najpoznatiji i najkorišteniji. Budući da završava čim bilo koji igrač ili momčad dosegnu 7 bodova – pod uvjetom da taj igrač ili momčad vode drugog za najmanje dva boda – zapravo može biti gotovo za samo 7 bodova. Međutim, budući da pobjednički igrač ili momčad moraju pobijediti s razlikom od najmanje dva boda, *tiebreaker* s „12 bodova“ može prijeći i 12 bodova. Zbog toga je Van Alen podrugljivo usporedio s „dugotrajnim smrću“, za razliku od „davatelja iznenadnih smrti“ u 9 točaka (ili manje) koji je preporučio i preferirao. Poticaj za korištenje neke vrste postupka prekida veze stekao je snagu nakon monumentalne borbe 1969. u *Wimbledonu* između Pancha Gonzalesa i Charlieja Pasarella. Ovo je bio meč od 5 setova koji je trajao pet sati i 12 minuta i trebao je dva dana da se završi. U petom setu 41-godišnjeg Gonzalesa osvojio je svih sedam mečeva bodova koje je Pasarell imao protiv njega, dvaput se vraća s 0-40 zaostataka. Konačni rezultat bio je 22-24, 1-6, 16-14, 6-3, 11-9 za Gonzalesa. „Konačni set“ znači peti set ukoliko se igra na tri dobivena seta, treći set za slučaj igre na dva dobivena seta.

1970. godine, *US Open* uveli su pravilo devet bodova za sve setove koji dosežu 6-6, kako u singlu tako i u parovima. Oblik *tiebreakera* s 12 bodova uveden je 1975.

1971. *tiebreaker* s devet bodova predstavljen je u *Wimbledonu* (prva bodovna promjena u *Wimbledonu* u 94 godini).

trinaesti gem koji se igra po posebnim pravilima. Time je spriječeno beskrajno čekanje na kraj susreta, ali ipak to novo pravilo nije vrijedilo za peti set na turnirima kao što je Wimbledon. Ipak, nakon što se dogodio već legendarni peti set u susretu Isner – Mahut 2010. god., pravilo je žurno promijenjeno i uveden je *tie-break* za peti set.²⁷

1972. *Wimbledon* je ostvario tie-breaker od 12 koševa kada je rezultat u nizu dosegao 8–8 u gemovima, osim ako set nije bio takav da je jedan od igrača mogao postići pobjedu u meču pobjednikom.

1979. *Wimbledon* su promijenili svoja pravila tako da se tie-break (12 bodova) igra kada je bio koji je osim konačnog seta postigao 6–6 u gemovima.

1989. godine *Davis Cup* usvojio je tie-break u svim setovima, osim u konačnom setu, a zatim ga proširio na završnom setu počevši od 2016.

2001. *Australian Open* usvojili su tiebreak na 6-6 u posljednjem setu u muškim i ženskim parovima. Uslijedio je *French Open* 2007.

2001. *Australian Open* odlučujući treći set mješovitih parova određen je kao maksimalnih osamnaest bodova „tie-breakom“ (prvi na deset bodova i pobjeda s dva boda razlike pobjeđuje u meču). Unatoč nekim kritikama promjene strane navijača i bivših profesionalaca, *US Open* (od 2003.) i *French Open* (od 2007.) slijedili su *Australian Open* koristeći isti format za mješovite parove. *Wimbledon* nastavlja igrati tradicionalni najbolji od tri meča, uz *tie-break* u konačnom setu na 12–12 (set prednosti igrao se prije 2019.).

Tie-break setovi sada su gotovo univerzalni na svim razinama igre, za sve setove u meču; međutim, tie-break nije obavezan element niti u jednom setu, a stvarno oblikovanje setova i tie-breakova ovisi o direktoru turnira na turnirima i, u privatnim utakmicama, o dogovoru igrača prije početka igara. Trenutno je *French Open* jedini turnir koji nije iskoristio tie-break za odlučujući skup u pojedinačnoj konkurenciji. Tie-breakovi nisu korišteni u završnom setu na *Australian Open* pojedinačno prije 2019., *Wimbledon* prije 2019. ili *Fed Cup* prije 2019., niti su korišteni za završne setove u igri *Davis Cup* ili Olimpijskim igrama prije 2016. *US Open* bio je jedini glavni turnir koji je u završnom setu koristio tie-break za pojedinačno prije 2019. Međutim, *Australian Open* i *French Open* također koriste završni set tiebreak u muškim i ženskim parovima.

Nakon kritike dva poduzih polufinala u muškom singlu 2018., *Wimbledon* je objavio 2019. godine da će koristiti *tiebreak*-ove u zadnjem setu ako rezultat dosegne 12 utakmica. Prvi takav bio je u muškom paru u trećem kolu, a Henri Kontinen i John Peers pobijedili su Rajeeva Rama i Joesa Salisburyja.

Ubrzo nakon najave konačnog seta tiebreak-a za *Wimbledon*, *Australian Open* je za svoj turnir 2019. godine u konačnom setu uveo „super-tiebreak“ na 6-6 za pojedinačne i parove (ali ne i za mješovite parove). prethodni format u kojem će se završni set nastaviti dok jedan igrač nije bio ispred dvije igre. Novi format završnog seta sličan je „tiebreakeru s 12 poena“, ali pobjednik je prvi do 10 bodova umjesto 7 (i dalje moraju pobijediti s 2 poena). Tenis Australija je ovo nazvao „tie-break“ s 10 bodova, iako je to u suprotnosti s obrazloženjem iza imenovanja „tie-breaker-a“ s 12 bodova, što predstavlja minimalni ukupan broj bodova (ocjena 7-5); isto obrazloženje učinilo je novi format „tiebreakerom od 18 bodova“ s minimalnim pobjedničkim rezultatima 10–8.

Od 2019. godine *French Open* ostaje jedini među turnirima za *Grand Slam* koji ne koriste bilo koji oblik tie-breaka za samce u konačnom setu; svaki od četiri *Grand Slam* turnira sada je učinkovito usvojio različita pravila koja reguliraju kako će se završni set pojedinačno zaključiti u bliskim utakmicama. V. Wikipedia, stranica posjećena 28.09.2021.

²⁷ Susret je završen pobjedom Isner-a, rezultatom 6:4, 3:6, 6:7(7), 7:6(3), 70:68.

Generalno, može se kazati da pravila tenisa služe za to da u međusobnom odmjeravanju pobijedi onaj tko bolje vlada prebacivanjem loptice uz pomoć reketa preko mreže u crtama omeđeni prostor igrališta (različiti za pojedince od onog za parove) i pri tome je primjereno brz (jer loptica ne smije odskočiti dva puta, dakle igrač je mora udariti prije njezinog drugog dodirivanja podloge), jak (jer je bitno lakše reagirati na lagano udarenu lopticu nego na jako udarenu lopticu, a tu je pored tehnike i snaga vrlo značajna), izdržljiv (jer igra može trajati satima) i koncentriran (koncentracija se odnosi na cijeli susret, ali je ipak najvažnija u posljednjem poenu – ako igrač tada nije koncentriran taj posljednji poen neće dobiti, a bez toga neće ni pobijediti). Nakon što su vrlo važni postali sponzori, a preko njih ili radi njih i mediji koji zahtijevaju da se natjecanja što više prilagode shemi njihovog programa, postala je važna predvidivost trajanja pojedinih susreta, kao i da su pravila toliko jednostavna da je npr. gledatelju televizije lako brzo početi bez teškoća s razumijevanjem pratiti neki prijenos.

Postoje brojna pravila i nadasve praksa u tenisu koje je dosta teško, ponekad i nemoguće odbraniti u smislu da su u skladu s temeljnim pravilima, kao što su npr. jednakost za sve koji sudjeluju, zabrana diskriminacije po bilo kojem kriteriju (od spola do rase), zabrana promjene pravila tijekom natjecanja (i obveza promjene donijeti po mogućnosti što više unaprijed) itd. Tako je npr. poznato da nisu ni približno isti uvjeti igre na otvorenom i u zatvorenom prostoru (u prvom redu radi strujanja, pa i vrtloga zraka, ali i utjecaja sunca izvan temperaturnih uvjeta – npr. za servis i *smash* najčešći razlog promašaja je upravo „gledanje“ u sunce), a postavljanje – aktiviranje pomičnog krova na centralni stadion na Grand Slam turnirima (što je posljednjih godina praksa u slučaju kiše) praktično čak i unutar istog susreta dovodi do promjene uvjeta igranja iz igre na otvorenom u igru u zatvorenom prostoru ili dvorani. Upravo na tim (Grand Slam) turnirima kvalifikacije se igraju na dva dobivena seta, a glavni turnir na tri dobivena seta, što (također) ni približno nije isto, dakle nisu ista pravila (nije jedan primjer pobjede nakon izgubljena prva dva seta, a takav rezultat bi u kvalifikacijama značio gotov susret i nemogućnost daljnjih nastupa na tom turniru), iako je olakotno što je to kao mogućnost unaprijed ne samo poznato (*incertus an, certus quando*) nego i opće prihvaćeno²⁸ za slučaj da dođe do kiše. Ipak je vrhunac apsurdna ono što se ove (2021.) godine dogodilo na jednom od Grand Slam turnira (*Australian Open*) – ne samo da je turnir odgođen iz svojeg tradicionalnog termina u prvom mjesecu

²⁸ Nitko baš ne želi ponavljanje polufinala Wimbledon-a iz 2001. god. Goran Ivanišević – Tim Henman koji je počeo u petak i završio u nedjelju, tako da je finale Goran Ivanišević – Pat Rafter, protivno tradiciji, odigrano u ponedjeljak.

na drugi mjesec (što i nije neki problem, posebno jer je uzrok bio u potrebi karantene za igrače radi pandemije Covid 19), nego su se kvalifikacije odigrale ne samo u drugim gradovima nego glavni turnir, već su gradovi Doha i Dubai u drugim državama, čak i na drugom kontinentu.²⁹

Trenutačno se (već par godina) provodi na juniorskim teniskim turnirima (u svim članicama ITF-a, uključujući i Republiku Hrvatsku) eksperiment poznat pod oznakom NO NET – to znači da se kod servisa prigodom kojega je loptica dotaknula mrežu i ipak dospjela u propisano (protivničko) servis polje poen ne prekida uz ponavljanje servisa, (što bi se dogodilo o pravilima koja vrijede izvan ovog eksperimenta) – kada znamo da (vrlo često) loptica koja dotakne mrežu padne neposredno uz mrežu u protivničko polje često ni u teoriji nije moguće da je protivnik uhvati prije drugog odskoka, a drugi odskok znači da je poen gotov na štetu onoga u čijem polju se to (barem prvi odskok) dogodilo. Unatoč opsežnoj anketi među tenisačima, nismo pronašli ni jednog jedinog koji podržava ovaj model. Naime, to više nije sport, nije natjecanje, to je (samo) sreća, sreća je tu početak, sredina i kraj. Da stvari budu još gore, u hipotetičnom primjeru gdje svaki servis doživi ovakav NET susret nikada ne bi završio unatoč ograničenjima kao što je *tie-break* – igrač koji je na servisu ne bi mogao izgubiti svoj servis, što zapravo znači da je čekanje na kraj susreta jednako čekanju *ad calendas graecas*. Za razliku od naprijed navedenog eksperimentalnog rješenja NO NET, drugo eksperimentalno rješenje poznato kao NO AD.³⁰ Radi se o modelu u kojemu igrač koji u gemu prvi ostvari četiri svoja poena pobjeđuje (u tom gemu). Taj model vrijedi za sve gemove, ali se u pravilu (za sada) koristi samo za natjecanja parova. Pri tome onaj tko prima servis bira stranu na koju onaj tko servira mora servirati. U mješovitim parovima server i primatelj moraju biti istog spola.

Vremenom je došlo do velike promjene u odnosu na broj različitih podataka koji se prate – mjere i publiciraju, u prvom redu kako bi se stvorio veći spektakl za publiku. U počecima se pratio samo rezultat, kasnije se počelo pratiti bezbroj podataka, od broja osvojenih titula, preko plasmana na rang listama na kraju godine,³¹ pa sve do brzine servisa i broja (odvojeno) aseva (ispravan servis u protivničko polje koji protivnik nije ni dotakao), winner-a (ispravan udarac koji protivnik nije

²⁹ „Bez cjepiva nema Australian Opena za Novaka Đokovića?“, *Sportske novosti*, Zagreb, 3. listopada 2021, 22.

³⁰ Više, <https://www.tennistips.org/no-ad-scoring/>.

³¹ Tako se npr. ove godine s nestrpljenjem očekuje hoće li Novak Đoković na kraju godine biti broj na ATP rang listi i tako postati prvi igrač u povijesti koji je to učinio sedam puta (za sada su Novak Đoković i Pete Sampras rekorderi sa po šest puta), www.atptour.com, 30.09.2021.

uspio vratiti u protivničko polje i tako spriječiti kraj poena), *tie break*-ova, osvojenih protivničkih servisa, pobjeda u nizu i sl.³²

Na kraju, jedan ekstreman, ali ipak realno moguć (ako ne danas, barem u doglednoj budućnosti) hipotetični primjer. Poznato je da su svi tenisači poznati kao „veliki serveri“ bili (rastom) visoki, što je logična posljedica činjenice da viši igrač, tim prije ako uz (dobar) skok jako lopticu baci prema naprijed, ima bitno povoljniji kut ubacivanja servisa u protivničko servis polje, što pored ostaloga jako smanjuje broj servis grešaka. Onaj igrač koji bi, pri sadašnjim pravilima, mogao prije doskoka na zemlju skočiti do pred mrežu imao bi, košarkaškim rječnikom kazano, uvijek „zakucavanje“. Da se tako nešto dogodi, ponovio bi se scenarij o susretu koji može trajati vječno ako bi oba igrača bila istih sposobnosti za serviranje, a ostataka igre ne bi ni bilo. Ako bi tu (posebnu) sposobnost imao samo jedan igrač, a u ostalom dijelu bi bili ravnopravni, neizvjesnosti oko rezultata uopće ne bi bilo. Tko bi to uopće htio gledati, vjerojatno je najtočniji odgovor nitko, čemu bi takvo „natjecanje“ služilo... Slično je i s primjerom gdje je igrač toliko jak da toliko jako udari lopticu da se radi o brzini od preko 350 kilometara na sat (danas su standardi za prvi servis oko 220, najbrži izmjereni servis je 263 kilometra na sat),³³ gdje netko toliko brzo trči da mu je jednostavno nemoguće dobiti poen osim kada sam pogriješi... U današnjem sportu, pa i tenisu, oni najbolji su bolji od ostalih u svim ili u većini mjerljivih kriterija, ali mi smo izabrali (pa makar i tako da ekstrem dovedemo do apsurdna) toliko velike razlike (koje su ipak, prije ili poslije, moguće) da bi bilo upitno je li to više sport, je li to više natjecanje, je li to... Stvar je u tome da pravo (*in concreto* sportsko pravo) mora „riješiti“ i takve situacije.

Pravo je pitanje kako bi sportski pravници trebali reagirati, što bi mogli i trebali ponuditi, po mogućnosti preventivno, dakle prije nego što se problem stvarno dogodi (suprotno se, nažalost, dogodilo u *Caster Semenya Case*). Nekako je teško prihvatiti i razmišljanje o zabrani nastupa takvoj osobi,³⁴ ali sve moguće opcije, pa i ta stvarno ekstremna mjera bi morala biti istražena s argumentima *pro et contra*. Pri tome treba razlikovati reagiranje *de lege lata*, od reagiranja *de lege ferenda*.

³² V. razne rang liste za najbolje svjetske tenisačice i tenisače u aktualnom godišnjaku *Media Guide 2020 ATP Tour, WTA-ATP, St. Petersburg – SAD, 2020*.

³³ Igrač je Sam Groh. V. popis najbržih 20 servera, uz najveće brzine najvećih igrača na: <http://hr.yevgenikafelnikov.org>, 28.09.2021. Interesantno je da je najbrži servis vjerojatno najboljeg tenisača svih vremena Novaka Đokovića „tek“ 219 kilometara na sat.

³⁴ Unatoč tome što su i CAS i najviši švicarski sud (za sada barem) na strani saveza koji je donio pravilo koje se čak (istina kuloarski) i zove po atletičarki (Semenya Law) i „iz aviona“ se vidi da je baš radi nje doneseno. To, po našem mišljenju, podsjeća na neka potpuno nedemokratska vremena koja bi morala biti daleko iza nas, a sudeći pod navedenim odlukama nisu „iza“ ni u notorno razvijenim državama kao što je Švicarska. *Sapientis sat*.

Košarka

Košarka, potpuno sigurno, spada u sam vrh svih poznatih sportova po praktično svim kriterijima (od raširenosti širom svijeta, popularnosti, broja igrača i klubova i saveza, marketinškom statusu...). Ono što košarku posebno izdvaja od ostalih sportova je postojanje NBA kao najkvalitetnije košarkaške lige na svijetu sastavljene od jedne kanadske i 29 američkih ekipa, NBA je svakako „svijet za sebe“. Do ne tako davnih vremena velika rijetkost su bili igrači iz Europe koji su nastupali u NBA,³⁵ a još rjeđi oni koji su tamo imali zapažene uloge. Danas je potpuno drukčije, danas Europljana ima toliko i toliko su dobri da je upitno kako bi završio susret NBA igrača rođenih u Europi vs. igrači rođeni u SAD, čak i vs. igrači rođeni izvan Europe, dakle „ostatak svijeta“.

Generalno, može se kazati da pravila košarkaške igre služe za to da u međusobnom odmjeravanju pobijedi onaj tko bolje vlada ubacivanjem lopte u protivnički koš i pri tome je primjereno brz, jak, izdržljiv i koncentriran kako bi onemogućio ili barem otežao tu istu težnju kod protivnika. Kao što smo već spominjali, nakon što su jako važni postali sponzori, a radi njih i mediji koji zahtijevaju da se natjecanja što više prilagode shemi njihovog programa, postala je važna predvidivost trajanja pojedinih susreta. Tako su dijelom i košarkaška pravila mijenjana radi medija, odnosno interesa sponzora, pa su tako npr. promijenjena na način da umjesto dva poluvremena postoje četiri četvrtine, ali i da se više boduje ubačaj s velike daljine (tzv. trica, udaljenost je bitno veća u NBA nego u natjecanjima koja organizira FIBA) nego onaj u blizini koša.

U cijelom svijetu se statistički prate razni elementi košarkaške igre, ali u NBA je to dovedeno gotovo do savršenstva. Jasno je da se to radi u funkciji spektakla (što NBA utakmice u pravilu i jesu), ali praćenje tolike količine podataka prosječnom gledatelju nije ni moguće bez računala (*double – double* je dvoznamenkasti broj (u pravilu) koševa i dodavanja, *triple double* je dvoznamenkasti broj (u pravilu)

³⁵ S ovih prostora vjerojatno su najveća imena sa nastupima u NBA (ima i velikana koji nisu otišli u NBA jer, vjerojatno samo zato što su igrali u vrijeme dok se to „nije dogadalo“ – Radivoje Korać, Dragan Kićanović, Mirza Delibašić...), Krešo Ćosić, Dražen Petrović i Toni Kukoč, Vlade Divac i Nikola Jokić <https://nbacro.com/vijesti/lista-najboljih-europljana-u-nba-ligi-od-1990-2019/>, 29.09.2021. Ipak, izgleda da već sada možemo s pravom tvrditi da je Luka Dončić u nekoliko (tri) godina u NBA već ostvario karijeru veću od svih navedenih (od ozbiljne kandidature za MVP do neupitnog višekratnog nastupa u All Star. (a ima samo 22 godine – rođen je 28.02.1999), u NBA od kraja 2018. god. – dovoljno je što već sada ima neke rekorde u NBA, a da bi ih imao morao je nadmašiti dosege veličina kao što su Michael Jordan i Le Bron James. Za sada mu nedostaje i prsten koji pripada igračima klubova koji su prvaci NBA, ali to već jako ovisi i o drugima u ekipi za koju nastupa, pa tako postoje i jako veliki NBA igrači bez prstena, a npr. Toni Kukoč koji nije bio član prve petorke nego višegodišnji najbolji šesti igrač Chicago Bulls-a (u doba kada su za tu ekipu igrali i Michael Jordan i Scotie Pippen i Denis Rodman) ima čak tri.

koševa, dodavanja i blokada³⁶), ide se toliko daleko da postoje čak i rang liste igrača prema tome tko je u najmanje vremena postigao neki doseg (npr. 30 koševa uz najmanje 20 skokova i dodavanja i sl.) i trend je samo stvaranja novih i novih lista, novih i novih natjecanja, očito sve u funkciji spektakla.

Činjenica je da je košarka sport u kojemu je visina velika prednost,³⁷ ali nema pravila koja bi zabranjivala (ili otežavala kao neka vrsta *malus-a*) nastupe igračima preko određene visine, kao što ne postoji nikakav bonus za one ispod određene visine. Za sada izgleda da i ne postoje problemi (pa i oni pravni) s tim u svezi. Postoje i svjetski poznati igrači niži od 180 centimetara,³⁸ ali to je stvarno rijetkost, pravilo je dapače da se radi o dvometrašima. Ne tako davno u bivšoj državi je (barem onima koji pažljivo prate sport) prilično poznat igrač Milovan Tasić koji je imao 214 centimetara. Unatoč tome što je bio najviši igrač lige nije uspio ni zaigrati za neki od vodećih klubova (Jugoplastika, Olimpija, Partizan, Zvezda) ni biti na popisu reprezentativaca. Ipak, ostao je radi svoje visine zapamćen više nego mnogi drugi, daleko bolji-kvalitetniji, košarkaši.

Na kraju, i za košarku imamo jedan ekstreman (ali ipak moguć) hipotetički primjer. Što bi se u pravilima radilo (ili trebalo raditi) da se pojavi igrač visine 3 metra³⁹ ili i niže, kojega se praktički (baš zbog visine, uz barem prosječne ostale kvalitete, posebno skočnosti i spretnosti) ne može spriječiti ako želi dati koš, svi drugi mogu samo „skakutati“ oko njega. Takvom igraču (kao ni npr. nekom tko nije toliko visok, ali je radi tjelesnih predispozicija toliko dominantan da mu „nitko ništa ne može“, posebno npr. u skoku) *de lege lata* nije ni zabranjen ni ograničen nastup, ali je lako zaključiti da to više ne bi bio sport, to vjerojatno više nikoga ne bi zanimalo. Pravo je pitanje kako bi sportski pravници trebali reagirati, što bi mogli i trebali ponuditi, po mogućnosti preventivno, dakle prije nego što se problem stvarno dogodi, *de lege ferenda*. Teško je prihvatiti čak i razmišljanje o zabrani nastupa takvoj osobi, ali sve moguće opcije, pa i ta stvarno ekstremna mjera bi morala biti istražena s argumentima *pro et contra*. Naravno, pravници moraju dati odgovor i *de lege lata*, kako postupiti ako se tako nešto dogodi pri postojećem pravnom okviru. Stvar je (i glede košarke) u tome da pravo (*in concreto* sportsko pravo) mora „riješiti“ i takve situacije.

³⁶ *Triple double* je izraz koji označava postignuće kad igrač u utakmici ostvari dvocifren učinak (deset ili više) u tri kategorije od pet mogućih. Kategorije su: poeni, skokovi, asistencije, ukrade-nje lopte i blokade. Više, www.wikpwwdia.org, 29.09.2021.

³⁷ Više, uz popis najviših košarkaša u povijesti, www.hr.topinfoweb.com.

³⁸ Postoji čak i lista igrača visine do 170 centimetara, na kojoj je najpoznatiji, vjerojatno i najbolji jedan od glavnih igrača prigodom osvajanja zlatne medalje za SAD na Svjetskom prvenstvu 1986. godine Tyrone „Mugsy“ Bogues (5'3) – 160cm.

³⁹ Zabilježena je pojava igrača od skoro 2,5 metara, ali sa slabim drugim svojstvima, tako da problem nije ni nastao.

Vodeni sportovi

Unutar vodenih sportova smo se, za potrebe ovog teksta, ograničili samo na vaterpolo i plivanje. Plivanje je rašireno u cijelom svijetu što baš i nije slučaj s vaterpolom u kojemu je kvaliteta od uvijek koncentrirana u Europi, s rijetkim iznimkama.⁴⁰ U plivanju se (bitne) promjene pravila svode na napredak mjernih instrumenata i zabrane ili ograničenja uporabe određenih materijala za plivačke kostime, te ograničenja dužine ronjenja nakon skoka i uopće u utrci. Za sada se nitko ne bavi, u smislu ograničavanja, potezima kao što je brijanje glave i/ili tijela i sl. Međutim, zabilježene su zabrane uporabe plivačkih kostima određenih svojstava. Ne postoje ograničenja ni po visini ni po težini plivača, pa možemo u plivanju zamisliti ekstreman primjer plivača po visini (viši plivač kod skoka, posebno u malim bazenima i kraćim disciplinama, ima prednost) i/ili po plovnosti (u smislu da je veći dio tijela izvan vode, a manji u vodi).

U vaterpolu (koji je inače na ovim prostorima⁴¹ vrlo popularan i iznimno rezultatski globalno uspješan) je, pored vještine s loptom (cilj igre je što više golova u protivničkoj mreži, uz što manje golova u vlastitoj mreži) ključna vještina u plivanju (zato se vrlo često budući vaterpolisti i „regrutiraju“ iz redova plivača). Od svih primjera kojima smo se bavili izgleda da su samo tvorci pravila za vaterpolo igru bili toliko „dalekovidni“ da spriječe neravnopravnost i nepravедnost do kojih bi došlo da svi drugi moraju plivati (najmanja dubina bazena je 2 metra), a onaj tko je dovoljno visok bi mogao, ako ne hodati barem skakutati, što svakako nije u duhu sporta i natjecanja. Pri tome je nevjerojatno da to ograničenje ne vrijedi za vratare.⁴² Radi se, inače, o pravilu sadržanom u čl.21.5. FINA Water polo Rules 2019. – 2021. koje glasi: *WP 21.5 To take any active part in the game when standing on the floor of the pool, to walk when play is in progress or to jump from the floor of the pool to play the ball or tackle an opponent. This Rule shall not apply to the goalkeeper while within the goalkeeper's 6 metre area.*⁴³

⁴⁰ Npr. SAD dok je njihov izbornik bio proslavljeni Ratko Rudić, veliki vaterpolo trener (ranije i trofejni igrač) koji je svoju karijeru nedavno završio kao trener najboljeg svjetskog vaterpolo kluba (talijanski *Pro Recco*).

⁴¹ Mislimo na područje bivše države, ali unutar njega posebno na Hrvatsku (nažalost 2021. godina to baš i ne potvrđuje) i Srbiju (npr. u 2021. godini dominira u svim uzrasnim kategorijama kod muškaraca).

⁴² Inače, kod vratara u jednom drugom sportu – hokej na ledu – obzirom na dimenzije gola i opremu vrata nije čak ni toliko ekstremno zamisliti toliko krupnog vratara koji „pokrije“ (gotovo) cijeli gol. Dimenzije golova iznose: 1.8 m (širina) x 1.2 m (visina) v. <https://www.sportilus.com/sportopedia/hokej-na-ledu-dimenzije-terenal/>, 01.10.2021.

⁴³ V. www.fina.org, FINA Water polo Rules 2019-2021. Pokušavajući otkriti kako je došlo do toga da pravilo ne vrijedi za vratare, istraživanjem smo došli do Milivoja Bebića (jedan od najvećih vaterpolista svijeta), istaknutog aktualnog člana stručnih tijela koje ima FINA. Potvrđujući nam kako

Pravo je pitanje kako bi sportski pravници trebali reagirati, što bi mogli i trebali ponuditi, po mogućnosti preventivno, dakle prije nego što se problem stvarno dogodi, *de lege ferenda*. Teško je prihvatiti čak i razmišljanje o zabrani nastupanja previsokoj ili preplovnoj osobi, ali sve moguće opcije, pa i ta stvarno ekstremna mjera bi morala biti istražena s argumentima *pro et contra*. Naravno, pravnici moraju dati odgovor i *de lege lata*, kako postupiti ako se tako nešto dogodi pri postojećem pravnom okviru. Stvar je (i glede vodenih sportova) u tome da pravo (*in concreto* sportsko pravo) mora „riješiti“ i takve situacije.

Atletika

Atletika sigurno nije najpopularniji sport na svijetu (makar se sastoji od enormnog broja vrlo različitih atletskih disciplina, toliko različitih da su po nekim to čak i različiti sportovi⁴⁴). Raširena je i popularna u cijelom svijetu, a baš u atletici se događa da, unatoč enormnih ulaganja razvijenih država na čelu sa SAD, u nekim disciplinama (među kojima su i one „elitne“ u koje možda i najviše ulažu oni koji mogu ulagati) oduvijek ne samo da pobjeđuju, nego imaju i druge vrhunske atletičare u tim disciplinama, siromašne države, u prvom redu ili naročito Jamajka (kraće, sprinterske discipline) i Kenija (srednje i duge pruge).

O važnosti sponzora smo već pisali, kao i o pojavi da mediji zahtijevaju da se natjecanja što više prilagode shemi njihovog programa i da je postala važna predvidivost trajanja pojedinih natjecanja i da su pravila toliko jednostavna da je gledatelju TV lako brzo početi bez teškoća s razumijevanjem pratiti neki prijenos. Kao i u prethodno analiziranim sportovima, i oni koji u atletici odlučuju svakako tome pokušavaju prilagoditi pravila kada je to god moguće bez štete (ili barem bez velike štete) po ono što je bit sporta.

Neke discipline u atletici su prikladne za TV i druge slične medije (npr. sprint na 100 metara), ali neke su potpuno neprikladne (npr. maraton). To se posebno vidi u natjecanjima kao što je Dijamantna liga gdje se ni ne nastupa u svim disciplinama, zabilježene su čak i promjene na način da je ženski disk (valjda kao neinteresantan) na samo jednu godinu bio izvan programa, ali i (očito neuspješno) mijenjanje pravila na način da je npr. baš u disku prvi dio pokušaja isključivo kvalifikacijski za posljednja tri koji su jedini relevantni za konačni poredak. To znači

je to apsurd *sui generis*, obvezao se u što kraćem roku potaknuti da mjerodavno tijelo koje FINA ima za donošenje pravila igre stavi izvan pravne snage tu iznimku. V. <https://www.swimmingworldmagazine.com/hall-of-fame/bio/water-polo-player/milivoj-bebic>.

⁴⁴ Dva ekstrema su npr. trčanje na jednoj i bacanje (kugle, diska, kladiva, koplja) na drugoj strani.

da je npr. moguće u prvom pokušaju postići svjetski rekord i tako se kvalificirati za završnicu kod koje se taj hitac briše i baca ponovo i osvoji npr. posljednje mjesto.

Ako pođemo od toga da je u trčanju bitno tko je brži, kao i brži (sprint) i izdržljiviji (srednje i duge pruge), onda nije baš jasno zašto se u sprintu, kada već posebni senzori povezani s računalima precizno bilježe i početak utrke (odvajanje od senzora) i kraj utrke, diskvalificiraju one koji prerano krenu – zar ne bi bilo sportskije i pravednije utvrditi za koliko vremena je tko pretrčao stazu i onda oglasiti poredak. Slično je i u skoku u dalj – zašto dodirivanje pijeska dijelom odjeće ili startnog broja i/ili prijestup odlučuje do koje udaljenosti je tko skočio,⁴⁵ zašto u skoku uvis na otvorenom zapuh vjetra može baciti letvicu i skok nije uspješan. Zar ne bi bilo i sportskije i pravednije objektivno utvrditi tko je skočio više ili dalje, tko je brže pretrčao stazu, umjesto natjecanja tko trči brže pod uvjetom da nije prestupio, tko skače dalje pod uvjetom da se nije odvojio niti jedan dio odjeće i nije učinio prijestup (s jednakim posljedicama onog od 1 milimetra i jednog metra ili i više), tko baca dalje ali ne općenito, nego samo u posljednjem pokušaju, zar ne bi bilo sportskije (jer tehnologija danas to stvarno omogućava) da se svaki vjetar u leđa ili u prsa u trčanju (barem na 100 metara) matematički precizno obračuna, umjesto današnjeg pravila prema kojemu je sve do 2 m/s u leđa kao da i nema vjetra, a je li 2 ili 6 m/s nije ni bitno...

Kao i kod drugih sportova, i u atletici možemo zamisliti hipotetičan (makar i realan u kraćem ili duljem razdoblju) slučaj modernog „Herkules-a“ koji bi očito bio superioran u disciplinama u kojima je snaga vrlo bitna (bacačke discipline posebno). Točno je da su bacači uvijek jako krupni, ali ipak niti imaju (bitno) preko dva metra visine, niti preko 180 kilograma mišića⁴⁶ (svakako uz primjerenu spretnost, koordinaciju i drugo) – kada bi osoba s takvim obilježjima npr. bacala koplje (ali i kuglu, disk ili kladivo) lako je zamisliti o kojoj bi se superiornosti vjerojatno radilo. Činjenica je da *de lege lata* ne postoji gornja granica ni visine ni težine, a kako takvom bacaču *de lege lata* nije ni zabranjen ni ograničen nastup, iako je lako zaključiti da to više ne bi bio sport, to vjerojatno više nikoga ne bi zanimalo. Ipak, takva superiornost koja nije na djelu u igri (kao što je u tenisu, košarci, vaterpolu) nego u bacanju je možda (barem nešto) manje takva da bi ugrozila bit bacanja kao atletske discipline i dijelu ili vrsti sporta.

Pravo je pitanje kako bi sportski pravnici trebali reagirati, što bi mogli i trebali ponuditi, po mogućnosti preventivno, dakle prije nego što se problem stvarno dogodi, *de lege ferenda*. Nekako je stvarno teško prihvatiti čak i razmišljanje o zabrani nastupa takvoj osobi, ali sve moguće opcije, pa i ta stvarno ekstremna mjera

⁴⁵ Poznat je tako slučaj atletičarke Ivane Španović o kojemu smo već pisali za Kopaoničku školu.

⁴⁶ Trenutačno svjetski rekorder u bacanju kugle Ryan Crouser ima 145 kilograma i 201 centimetar, v. www.wikipedia.hr, 30.09.2021.

bi morala biti istražena s argumentima *pro et contra*. Naravno, pravnici moraju dati odgovor i *de lege lata*, kako postupiti ako se tako nešto dogodi pri postojećem pravnom okviru. Stvar je (i glede atletike, uključujući i bacačke discipline) u tome da pravo (*in concreto* sportsko pravo) mora „riješiti“ i takve situacije. Primjer koji možda može pri tome poslužiti su dizanje utega i boks (makar ne i samo ta dva sporta) u kojima je, baš da se osigura ravnopravnost i jednakost i pravednost i pravičnost, uvedena podjela prema težini.

ZAKLJUČAK

Već *prima facie* se vidi da je pisanje ovog rada istodobno i najlakše i najteže od onoga što se autorima moglo dogoditi.

Najlakše je zato što je temeljna ambicija autora bila i ostala (samo) „otvoriti“ Pandorinu kutiju neistraženih pitanja sportskog prava i potaknuti sve zainteresirane na istraživanje problema i izvođenje i publiciranje zaključaka, moguće i prijedloga *de lege ferenda*. Bez vrlo temeljitog istraživanja (a za tako nešto je potrebno stvoriti i određenu „klimu“, određeno ozračje, do čega nažalost još nije došlo) i nije moguće računati na kritičnu masu uključenih koja će jamčiti bitnu promjenu na bolje. Pri tome su za poticanje prikladni primjeri iz prakse, problemi na koje treba (pravno) optimalno reagirati, a tako nešto je za sada ipak rijetkost.

Najteže je zato što je suštinski najteže graditi sustav, postavljati temelje i pri tome razlikovati specifičnosti raznih sportova. Nije isto npr. baviti se (pravnim aspektom) nogometom koji je i u nižim ligama širom svijeta praktično profesionalan ili baviti se veslanjem ili ragbijem kao sportovima u kojima je novac rijetka pojava. Nogomet je poznat kao tipični „muški“ (u smislu dosta grub, što znači da se praktično potiče fizički kontakt i toleriraju do određene mjere čak i udarci) i unatoč tome prekoračenje ograničenja, pa i samo namjerni udarac znači promptno isključenje – za razliku od toga, boks, *kickbox*, da i ne spominjemo *ultimate fight*, očito rukovodeći se onom latinskom *volenti non fit injuria*⁴⁷ potiču i ono što bi izvan sportskog igrališta zasigurno dovelo do kaznenog progona.⁴⁸

U odnosu na tri postavljene hipoteze (prva hipoteza je da su tzv. autonomne sportske pravne norme podređene (subordinirane) onim državnim), druga hipoteza je da pravila sportskih igara u najširem smislu toga pojma – znači da obuhvaća sve sportove – nisu donosili pravnici, vrlo rijetko i sporadično su prošli ikakvu,

⁴⁷ U slobodnom prijevodu to znači *tko pristaje sudjelovati pristaje i na posljedice, pa one zato nisu protupravne*.

⁴⁸ Naravno, to što sportska pravila nešto dopuštaju ili što nešto ne sankcioniraju ne ograničava državna tijela u presudbi da se radi *in concreto* o protupravnom djelovanju.

još daleko rjeđe kvalitetnu pravnu kontrolu, treća hipoteza je da i *de lege lata* postoji mogućnost (pravno) adekvatno reagirati na dramatično neprihvatljive pojave koje ugrožavaju samu bit sporta, posebno jednakost svih, ako ne drukčije, barem pozivanjem na opća načela i prava i sporta kao što su jednakost, pravednost, pravičnost, poštenje, što naravno ne znači da *de lege ferenda* nije potrebno i korisno poboljšati pravni okvir, pa i donijeti novu pravnu normu koja će posebno voditi računa o slučajevima kao što je onaj koji se pojavio) potpuno je jasno da su potvrđene sve tri. Međutim, baš to što su potvrđene sve tri ne znači da sportski pravnici imaju pravo na samozadovoljstvo i pasivnost, nego upravo obrnuto. Upravo obrnuto znači da kao prvo, treba afirmirati načelo prema kojemu je, ako ne postoji *lex specialis*, dopušteno izravno primijeniti opća načela. Kao drugo, potrebno je napraviti vrlo jasnu podjelu između normi autonomnog sportskog prava koje su možda loše, možda glupe ili samo neidealne, od onih koje narušavaju bit sporta i društva općenito jer su u sukobu sa temeljnim ljudskim pravima, posebno pravu na jednakost, pravdu, pravičnost. Kod onih prvih se, smatramo, pravo ipak ne bi smjelo miješati (takvo je npr. pravilo da od svih pokušaja u finalu bacanja diska o poretku odlučuju s posljednja tri pokušaja), dok bi u slučaju drugih *pravo* (idealno zajedno i državno i autonomno) *moralo reagirati*. Tek na trećem mjestu po prioritetima je kvalitativno „podizanje“ sportskih pravnih normi (što nikako nije samo neko „manje važno formalno pitanje“) do razine na kojoj će biti u funkciji temeljnih načela svake pravne države – vladavine prava i pravne sigurnosti. *SAPIENTI SAT!*

Dr. BLANKA KAČER

Director of the Postgraduate Specialist Study of Sports Law
Faculty of Law, University of Split

Prof. Dr. HRVOJE KAČER

Head of the Department of Civil Law
Faculty of Law, University of Split

ARE THERE RESTRICTIONS FOR THOSE WHO CREATE COMPETITION RULES FOR CERTAIN SPORTS

Summary

In this text, the authors have tried to encourage thinking about how the existing legal framework should be acted upon if, albeit without any abuse, completely natural, some extreme situations occur. Extreme situations especially mean atypical, extreme characteristics of individual athletes who would thus objectively abuse the existing sport's rules. Examples are the height of a basketball or water polo player over 2.5 meters, the huge body volume of a goalkeeper in ice hockey, the height, and jumpiness of a tennis player. It was also pointed out that there is a lack of existing rules which,

for example in athletics, do not measure who jumped further than who did not lose the starting number, etc. The conclusion is that it is best to act preventively, meaning to anticipate what can happen and then create a legal framework, whereby it is necessary to find the best compromise with opposing forces that will not violate either the essence of competition (because it is the essence of sport) or fundamental law postulates, including the fundamental human freedoms. In doing so, neither the guiding principles nor one of these guiding principles certainly must be the teachings of the school of natural law to which, sooner or later, of our own free will or without our own will, we must all return if we want to progress.

Key words: sport, principles, equality, law, justice, natural law

Literatura

- Crnić I., *Zakon o obveznim odnosima*, PRAVO 88, Organizator, šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2016.
- Gorenc V., Ćesić Z., Kačer H., Momčinović H., Pavić D., Perkušić A., Pešutić A., Slakoper Z., Vidović A., Vukmir B., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRIF plus, Zagreb, 2005.
- Gorenc V., Belanić L., Momčinović H., Perkušić A., Pešutić A., Slakoper Z., Vukelić M., Vukmir B., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb, 2014.
- Ivkošić M., „Pravni okvir transfera profesionalnih nogometaša“, (*Uvod u športsko pravo* (ur. Hrvoje Kačer *et al.*).
- Kaćer H., Radolović A., Slakoper Z., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Poslovni zbornik, Zagreb, 2006.
- Kaćer H. et alt., (*Uvod u športsko pravo*, Inženjerski biro, Zagreb, 2009.
- Kaćer H. et alt., *Sportsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2018.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 03.10.2021.
Prihvaćen: 22.10.2021.

PREGLEDNI RAD

BOŽIDAR OTAŠEVIĆ
BOJAN JANKOVIĆ

ULOGA SPORTSKIH SAVEZA U SUPROTSTAVLJANJU NASILJU NA SPORTSKIM PRIREDBAMA

U naučnoj literaturi, kao i u medijima, često se razmatra uloga subjekata suprotstavljanja nasilju na sportskim priredbama, pre svega policije, sudova, tužilaštva, pripadnika privatnog obezbeđenja, dok se u malom obimu razmatra uloga sportskih saveza i organizacija, kao i sportskih klubova. Osim krivičnih i prekršajnih sankcija koje se mogu izreći izvršiocima huliganskih ispada, fudbalskim klubovima se mogu izreći i disciplinske sankcije zbog slabe organizacije sportskih takmičenja i huliganskog ponašanja svojih navijača. Takve disciplinske sankcije predviđene u propisima sportskih saveza i organizacija. Za potrebe istraživanja izvršena je analiza 388 izveštaja delegata sa odigranih utakmica FK „Crvena Zvezda“, od sezone 2010/2011 do 2018/2019, kao i 94 rešenja o kažnjavanju FK „Crvena Zvezda“ od strane disciplinskih organa FSS i UEFA. Rezultati ukazuju da disciplinske sankcije koje izriče UEFA imaju izuzetan efekat, odnosno u praksi su dale bolje rezultate u vidu smanjenja nasilja na sportskim priredbama. Nasuprot merama UEFA, usled izricanja neadekvatnih kazni izrečenih od strane disciplinskih organa FSS, nije sprečeno nasilje navijača na sportskim priredbama, na kojima se održavaju utakmice u nadležnosti FSS.

Ključne reči: sportski savez, sportske organizacije, suprotstavljanje, nasilje, sportske priredbe

Dr Božidar Otašević, docent Kriminalističko-policijskog univerziteta, Beograd, e-mail: bozidarotasevic@yahoo.com.

Dr Bojan Janković, vanredni profesor Kriminalističko-policijskog univerziteta, Beograd, e-mail: bojan.jankovic@kpu.edu.rs.

U V O D

Huliganizam u sportu je prisutan svuda u svetu. Problem huliganizma se proučava u naučnim krugovima, ali je česta tema i medija.¹ Međutim, oni često tretiraju ovaj problem kao laku metu i skloni su senzacionalističkom pisanju o njemu, kako bi povećali svoju gledanost i čitanost, ali time svesno ili nesvesno utiču na porast huliganizma u sportu.² Države se na različite načine suprotstavljaju ovom problemu. Pravni sistemi pokušavaju da pruže odgovarajuće odgovore na ovu negativnu pojavu. Pre svega, donošenjem posebnih zakona koji su isključivo namenjeni suzbijanju huliganizma na sportskim takmičenjima, određivanjem krivičnih dela i prekršaja, sankcija i način njihovog sprovođenja. U suprotstavljanju ovom problemu u državama čini se da primarnu ulogu ima policija,³ a jedan od načina reagovanja društva jeste i primena širokog kruga krivičnihopravnih i prekršajnopravnih propisa.⁴ U poslednje vreme, u ovaj problem se sve više uključuje privatno obezbeđenje.⁵ Međutim, sve aktivnosti države su okrenuti ka represivnom delovanju, a ne i preventivnim programima,⁶ usmerenim kao navijačima i mladima.⁷ Ali, države nisu jedine organizacije koje donose i primenjuju propise namenjene borbi protiv nasilja na sportskim priredbama, već su to i sportske organizacije i savezi, koje svojim opštim pravnim aktima propisuju disciplinske delikte koji predstavljaju nasilničko i nedolično ponašanje na sportskim priredbama.⁸

¹ Khaldi H. M. A., Awamleh A. A. A., „Methods for confronting football play grounds hooliganism in Jordan from the view point of the teaching staff members at the Faculties of physical education in the Jordanian university“, *Sport Science*, Vol. 8, No. 1, 2015, 20.

² Jasmina Šoše, „Medijski aspekt sportskog huliganstva“, *Sport Science*, tom 1, br. 1, 2008, 27.

³ V. Otto Adang, Elaine Brown, *Policing football in Europe*, Politiecademie Apeldoorn, Apeldoorn, 2008; Saša Milojević, Bojan Janković, „Police measures and actions in confronting football hooliganism in some European countries“, *Archibald Reiss Days*, The Academy of Criminological and Police Studies, Belgrade, 2012, 613–629.

⁴ Božidar Otašević, „Mera bezbednosti zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama u krivičnom zakonodavstvu Srbije“, *Perjanik*, tom 12, br. 30, 2014, 15.

⁵ V. Nenad Đurđević, Božidar Otašević, „Redarska služba na sportskim priredbama“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2016, 549–564; Bojan Janković, „The Role of Stewards at Sports Events in the Republic of Serbia“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad*, tom 54, br. 1, 2020, 353–365.

⁶ Bojan Janković, „Prevenција nasilja na sportskim priredbama“, *Glasnik prava*, tom 1, br. 3, 2010, 129.

⁷ Opširnije, Saša Milojević, Branislav Simonović, Bojan Janković, Božidar Otašević, Veljko Turanjanin, *Mladi i huliganizam na sportskim priredbama*, OEBS – Misija u Srbiji, Beograd, 2014.

⁸ Dejan Šuput, „Propisi FIFA i UEFA protiv nasilja na fudbalskim utakmicama – problem preklapanja nadležnosti države i sportskih organizacija“, *Bezbednost*, tom 54, br. 1, Beograd, 2012, 167.

PROBLEM ISTRAŽIVANJA

Na koji način nacionalni sportski savezi i međunarodne sportske organizacije primenjuju odredbe koje se odnose na huligansko ponašanje navijača na sportskim priredbama može se pokazati na primeru izrečenih kazni klubovima u skladu sa odredbama disciplinskih pravilnika Fudbalskog saveza Srbije⁹ i UEFA.¹⁰ Disciplinskim pravilnikom FSS, u čl. 63 i 64 predviđene su disciplinske mere za klubove zbog slabe organizacije i nereda na igralištu. Tako, klubu koji ne organizuje utakmicu u skladu sa propisima FSS može se izreći opomena i novčana kazna, dok klubu koji organizuje utakmicu mogu se izreći sledeće kazne: novčana kazna, odigravanje 1 do 6 utakmica na svom igralištu bez prisustva publike, zabrana odigravanja od 2 do 12 utakmica na svom igralištu ili svim igralištima određenog područja, zabrana prisustva navijača na utakmicama kada klub gostuje od 1–6 utakmica, diskvalifikacija iz tekućeg takmičenja u slučaju drugog ili višestruko ponovljenog slučaja i oduzimanje do 9 bodova. Slične kazne su predviđene i Pravilnikom UEFA, ali ono što razlikuje ova dva pravilnika, jeste da su u Pravilniku UEFA navedene tačne novčane kazne za pojedine prekršaje. Tako na primer, Pravilnikom UEFA predviđeno je da se za svako upaljeno pirotehničko sredstvo plati kazna u iznosu od 500 evra, a ako se taj prekršaj ponovi novčana kazna se uvećava za 50%. Važno je napomenuti da u Pravilniku FSS nisu predviđeni iznosi novčanih kazni, već se oni utvrđuju posebnom odlukom, koja se obično donosi pred početak sezone. Posebnom Odlukom¹¹ predviđena je novčana kazna prvog ranga takmičenja za disciplinske prekršaje u iznosu od 100.000 do 1.500.000 dinara. Pri tome, u Odluci, kao ni u Pravilniku, nije predviđeno za koji se prekršaj izriče određena novčana kazna. Kako se pomenuta pravil primenjuju u praksi, biće analizirano na primeru FK „Crvena Zvezda“.

Iako je u svetu huliganizam počeo da se razvija 60-ih godina, u Srbiji se huliganizam rađa nešto kasnije da bi krajem 80-ih i početkom 90-ih dobio svoj pravi oblik, usled političke krize na prostorima bivše Jugoslavije.¹² Svakako, u različite huliganske ispade uključeni su bili i navijači FK „Crvene Zvezde“, koji su često zlopotrebljavani u političke svrhe.¹³ To pokazuju i podaci MUP-a Republike Srbije,

⁹ Disciplinski pravilnik Fudbalskog saveza Srbije, *Službeni list FSS „Fudbal“*, van. br. 3/2017.

¹⁰ UEFA Disciplinary Regulations, https://documents.uefa.com/v/u/ZNsWJsRSmOuSS2QL_y8~qQ, 23. 7. 2021.

¹¹ Odluka o visini novčanih kazni koje se mogu izreći klubovima, igračima, trenerima, sudijama i drugim sportskim radnicima, *Službeni list FSS „Fudbal“*, van. br. 10/2016.

¹² Marija Đorić, „Politizacija huliganizma“, *Politička revija*, tom 25, br. 3, 2010, 393.

¹³ Ivan Đorđević, „The Role of Red Star Football Club in the Construction of Serbian National Identity“, *Traditiones*, tom 45, br. 1, 2017, 118.

koji ukazuju da je samo na teritoriji Beograda registrovano 629 navijača „Crvene zvezde“ iz kategorije nasilnih i potencijalno nasilnih, a većina od njih su lica sa sadržajnim kriminalnim dosijeima.¹⁴

PREGLED LITERATURE

Poslednjih godina može se uočiti veliki broj radova koji razmatraju problem huliganizma i načine suprotstavljanja ovom problemu. Jedan broj radova razmatra ulogu policije. Pojedini radovi istražuju postupanja policije u pojedinim državama, Švedskoj,¹⁵ Švajcarskoj,¹⁶ Škotskoj,¹⁷ Danskoj,¹⁸ Srbiji¹⁹ i drugim državama. U novijim istraživanjima napominje se da represivni pristup policije nije dao potrebne rezultate, već policija mora pristupiti proaktivnim merama.²⁰ One moraju biti zasnovane na prikupljanju obaveštajnih podataka, kontinuiranom procenjivanju rizika i na osnovu njega raspoređivanju policijskih snaga, proporcionalnoj intervenciji kada je to potrebno i efektivnom dijalogu sa navijačima.²¹ Takođe, preporuka je da policija uzme učešće u posebnim preventivnim programima koji se odnose na problem huliganizma na sportskim priredbama.²² Napominje se da je preduslov za uspešno suprotstavljanje ovom problemu adekvatna edukacija pripadnika policije.²³

¹⁴ Božidar Otašević, „Urbano okruženje i nasilje u sportu“, *Bezbednost*, tom 52, br. 3, 2010, 273.

¹⁵ V. Clifford Stott, Jonas Havelund, Neil Williams, „Policing football crowds in Sweden“, *Nordic Journal of Criminology*, Vol. 20, No. 1, 2018, 35–53.

¹⁶ V. Alain Brechbuhl, Annemarie Schumacher Dimech, Seiler R., „Policing Football Fans in Switzerland – A Case Study Involving Fans, Stadium Security Employees, and Police Officers“, *Policing: A Journal of Policy and Practice*, Vol. 14, No. 4, 2020, 865–882.

¹⁷ V. Megan O’Neill, „Policing Football in Scotland: The Forgotten Team“, *International Review for the Sociology of Sport*, Vol. 39, No. 1, 2004, 95–104.

¹⁸ V. Rasmus Beedholm Laursen, „Danish police practice and national football fan crowd behaviour. Dialogue or coercive force?“, *Soccer & Society*, Vol. 20, No. 2, 2017, 325–340.

¹⁹ V. Branislav Simonović, Zoran Đurđević, Božidar Otašević, „Violence at Sporting Events: The European Standards of Police Procedures and Practice in Serbia“, *Policing Major Events: Perspectives from Around the World*, CRC Press, London, New York, 2015, 1–24.

²⁰ Saša Milojević, Bojan Janković, „Proactive approach of police in combat against football hooliganism“, *Archibald Reiss Days*, The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade, 2011, 737.

²¹ Saša Milojević, Bojan Janković, Božidar Otašević, *Suprotstavljanje navijačkom huliganizmu – monografija*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2019, 146.

²² B. Janković (2010), op. cit., 151–152.

²³ Predrag Veličković, „Utvrđivanje osposobljenosti policijskih službenika Policijske uprave u Novom Sadu za obezbeđenje sportskih manifestacija povećanog rizika“, *Bezbednost*, tom 54, br. 1, 2012, 51.

Međutim, u edukaciju o problemu huliganizma treba uključiti i navijače, naročito mlađu populaciju koja pohađa srednje škole.²⁴

U pojedinim malobrojnim istraživanjima²⁵ u Srbiji primećeno je da redarska služba, kao jedan od subjekata održavanja reda na sportskim događajima, nema adekvatnu ulogu kakvu ima u državama zapadne Evrope, što svakako u narednom periodu treba promeniti i deo poslova koje obavljaju policijske snage treba prebaciti na njih. Ključni zaključak je da je zakonodavstvo, koje uređuje industriju privatne bezbednosti, koja inače obavlja poslove redarske službe na sportskim takmičenjima, stupilo na snagu tek u drugoj dekadi 21. veka, daleko kasnije nego što je to slučaj u državama zapadne Evrope.²⁶ Kod pripadnika redarske službe je još uočljiviji nedostatak znanja, sposobnosti, te se posebno naglašava da je neophodno poboljšanje edukacije njenih pripadnika.²⁷

Jedan broj istraživanja razmatra kaznenu politiku sudova i primenu zakonskih normi u praksi,²⁸ druga istraživanja razmatraju pravne norme koje regulišu problem huliganizma.²⁹ Posebno se mora istaći rad autora Primorca i Pilića³⁰ koji su jedni od retkih koji razmatraju novu Konvenciju o integrisanom pristupu bezbednosti, sigurnosti i uslugama na fudbalskim utakmicama i drugim sportskim događajima koju je usvojio Savet Evrope 2016. godine, koja je zamenila prethodnu Konvenciju usvojenu 1985. godine, koju je ratifikovala i Republika Srbija. Nova Konvencija usvojena je jer su se pojavili novi problemi u organizaciji sportskih događaja ali i u suprotstavljanju huliganizmu, a prethodna nije imala odgovore na

²⁴ V. Živorad Milenković, „Obrazovanje u funkciji suzbijanja nasilja navijačkih grupa na fudbalskim utakmicama“, *Bezbednost*, tom 54, br. 1, 2012, 7–23. Opširnije, Saša Milojević, Bojan Janković, Boban Milojković, „Uticaj edukacije na intezitet navijačkog nasilja mlade populacije“, *Evropske integracije: Pravda, sloboda i bezbednost*, Kriminalističko-policijska akademija i fondacija „Hans Zaidel“, Beograd, 2016, 441–460.

²⁵ Opširnije v. S. Milojević, B. Janković, B. Otašević, op. cit., 210–220.

²⁶ B. Janković (2020), op. cit., 355.

²⁷ S. Milojević i dr., op. cit., 220.

²⁸ V. Miloš Stanić, Stefan Andonović, „Police detention of football fans as measure of preventing violence in case law of the European Court of Human Rights“, *Archibald Reiss Days, 2020* (Ed. Stevo Jaćimovski), University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, 2020, 65–75.

²⁹ V. Božidar Otašević, „Zaštitna mera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama u prekršajnom zakonodavstvu Srbije“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost: Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*, (ur. Jelena S. Perović Vujačić), Beograd, 2020, 481–495.

³⁰ Opširnije v. Damir Primorac, Marko Pilić, „Sigurnost i zaštita na nogometnim utakmicama i ostalim sportskim priredbama prema rješenjima Konvencije Vijeća Evrope CETS, br. 218“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, tom 56, br. 2, Split, 2019, 401–419.

navedene probleme. U Konvenciji se napominje da je neophodan integrisani pristup ovom problemu, zajednički naponi svih službi koje imaju dodirne tačke sa organizacijom sportskih priredbi, policije, medicinskih službi, vatrogasaca, agencija za obezbeđenje, sportskih saveza i klubova, i drugih službi. Ostali istraživači ne razmatraju novu Konvenciju, što je donekle i razumljivo jer je veliki broj država još nije ratifikovao, iako je donesena 2016. godine.

Čini nam se da je u naučnoj literaturi gotovo zanemarena uloga sportskih organizacija, sportskih saveza, klubova, u suprotstavljanju huliganizmu. Ne postoje istraživanja koja bi se dotakla teme da li, i na koji način, disciplinski organi sportskih organizacija saveza mogu da utiču na problem huliganizma. Postoje istraživanja koja razmatraju norme međunarodnih sportskih organizacija kao što su FIFA ili UEFA,³¹ ali ne postoje istraživanja da li se te mere sprovode i da li one mogu da utiču na smanjenje huliganizma.

Upravo nedostatak naučne literature po pitanju uloge sportskih saveza podstakao je autora da razmotri da li i na koji način se sportski savezi odnosno njihovi disciplinski organi mogu suprotstaviti huliganizmu na sportskim priredbama. U tom smislu, razmotren je primer fudbalskog kluba „Crvena Zvezda“.

METOD

Za potrebe istraživanja izvršena je analiza 388 izveštaja delegata sa odigranih utakmica FK „Crvena Zvezda“, od sezone 2010/2011 do 2018/2019, kao i 94 rešenja o kažnjavanju FK „Crvena Zvezda“ od strane disciplinskih organa FSS i UEFE, koja se odnose na utakmice u posmatranom periodu. Od 94 rešenja o kažnjavanju 56 (26 rešenja o kažnjavanju za više utakmica i 30 rešenja o kažnjavanju za pojedinačne utakmice) su doneta od strane FSS, dok su 38 rešenja doneli disciplinski organi UEFA. Takođe je izvršena analiza pojedinih utakmica FK „Crvena Zvezda“, na kojima su se dogodili huliganski ispadi navijača, zbog kojih je fudbalski klub kažnjen od strane FSS ili UEFA. Fudbalski klub „Crvena Zvezda“ je uzet za primer jer je u posmatranom periodu odigrao najviše fudbalskih utakmica, od svih srpskih klubova, pod patronatom UEFA.

³¹ V. Vanda Božić, Mirjana Đukić, Zoran Jovanovski, „Kaznenopravni prikaz i analiza zaštite od nasilja na športskim natjecanjima u Hrvatskoj uz osvrt na međunarodnopravna rješenja“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost: Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović* (ur. Jelena S. Perović Vujačić), Beograd, 2020, 511–531; Nenad Đurđević, „Autonomija sporta – obaveznost sportskih pravila međunarodnih sportskih saveza na nacionalnom nivou“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, tom 55, br. 2, 2018, 289–306; Opširnije v. D. Šuput, op. cit., 166–179.

REZULTATI

Fudbalski klub „Crvena Zvezda“ je u posmatranom periodu odigrao ukupno 388 utakmica, od čega 334 u domaćim takmičenjima (prvenstvo i kup Srbije) i 54 utakmica u UEFA takmičenjima (Tabela 1).

Tabela 1 Odigrane utakmice FK „Crvena Zvezda“ po takmičenjima i sezonama

Sezona	Br. utakmica u prvenstvu	Br. utakmica u kup takmičenju	Ukupan br. utakmica u domaćim takmičenjima	Br. utakmica u evropskim takmičenjima	Ukupan br. utakmica po sezoni
2010/2011	30	5	35	2	37
2011/2012	30	6	36	4	40
2012/2013	30	3	33	6	39
2013/2014	30	3	33	4	37
2014/2015	30	2	32	–	32
2015/2016	37	2	39	2	41
2016/2017	37	6	43	6	49
2017/2018	37	3	40	16	56
2018/2019	37	6	43	14	57
Ukupno za sve sezone	298	36	334	54	388

Od ukupno odigranih 334 utakmica u domaćim takmičenjima, zbog različitih ispada svojih navijača, FK „Crvena Zvezda“ kažnjen je za ispađe svojih navijača na 33% odigranih utakmica (110 utakmica), od toga za 60 utakmica na domaćem terenu i 50 na gostujućem. Najveći broj izrečenih kazni su bile novčane kazne u ukupnom iznosu od 138.284,00 evra (Tabela 2), zbog unošenja i korišćenja pirotehničkih sredstava (baklje, topovski udari, petarde), bacanja predmeta na teren, izazivanja nereda na tribinama, isticanja transparenata neprimerene sadržine, nedoličnog ponašanja i neprimerenog skandiranja i uništavanja inventara.

Pored izrečenih novčanih kazni na 110 utakmica, klub je kažnjen još na dve utakmice drugim, strožim kaznama. Naime, zbog nereda na utakmici sa FK „Partizan“, odigranoj 16.04.2016. godine na domaćem terenu, klubu je pored novčane kazne, izrečena kazna odigravanja tri prvenstvene ili kup utakmice bez prisustva

publike, zbog incidenata izazvanih od strane domaćih navijača koji su se ogledali u masovnoj upotrebi pirotehničkih sredstava usled čega je više puta utakmica prekidana, bacanja veće količine predmeta na teren, međusobnih fizičkih sukoba navijača oba kluba, sukoba navijača domaće ekipe sa pripadnicima policije, koje su gađali polomljenim stolicama i bakljama, gađanja raznim predmetima jednog od igrača FK „Partizan“ i isticanje transparenta neprihvatljivog sadržaja. Druga utakmica, na kojoj je klub kažnjen težom kaznom, odigrana je 26. 11. 2011. godine, između istih klubova. Organizator utakmice, FK „Crvena zvezda“, kažnjen je novčanom kaznom u iznosu od 9.689 evra, zbog slabe organizacije utakmice, unošenja i aktiviranja pirotehnikе, bacanjem predmeta na teren, kao i isticanjem neprimerenih transparentata. Pored novčane kazne, izrečena je i mera zabrane odigravanja jedne prvenstvene ili kup utakmice bez prisustva publike na svom stadionu.

Tabela 2 Izrečene novčane kazne FK „Crvena Zvezda“ po takmičenjima i sezonama

Sezona	Utakmice u domaćim takmičenjima	Utakmice u evropskim takmičenjima	Ukupno po sezoni
2010/2011	4.338	10.000	14.338
2011/2012	32.173	60.000	92.173
2012/2013	10.463	52.750	63.213
2013/2014	*	175.000	175.000
2014/2015	4.216	**	4.216
2015/2016	6.647	***	6.647
2016/2017	34.919	89.000	123.919
2017/2018	19.333	364.000	383.333
2018/2019	26.195	305.250	331.445
Ukupno za sve sezone	138.284	1,056.000	1,194.284

Iznosi u tabelama iskazani su u evrima

* Za sezonu 2013/2014 za domaća takmičenja nije bilo podataka

** Sezone 2014/2015 nije učestvovala u evropskim takmičenjima

*** Sezone 2015/2016 klub nije kažnjavao u evropskim takmičenjima

Od ukupno odigranih 54 utakmica u evropskim takmičenjima, zbog različitih ispada svojih navijača, FK „Crvena Zvezda“ kažnjen je za ispade svojih navijača na 70% odigranih utakmica (38 utakmica), od toga za 21 utakmica na domaćem

terenu i 17 na gostujućem. U posmatranom periodu, novčana kazna izrečena je klubu u ukupnom iznosu od 1.056.000 evra, zbog disciplinskih prestupa usled slabe organizacije utakmica, i to najčešće zbog unošenja i korišćenja pirotehničkih sredstava, upotreba lasera ili sličnih elektronskih uređaja, bacanja predmeta na teren, uništavanja inventara, prilikom blokade stepeništa na tribinama stadiona, izazivanje nereda na tribinama, korišćenje gestova, reči, predmeta ili svakog drugog sredstva za prenošenje svake poruke koja nije prikladna za sportska događanja, posebno poruka koje su političke, ideološke, religiozne, uvredljive ili provokativne naravi, isticanje transparenata neprimerene sadržine, ometanje nacionalnih himni učinjenih od strane navijača kluba. Pored novčane kazne, klubu je sezone 2017/2018 zbog izvršenih težih prekršaja od strane navijača, izrečena kazna delimičnog zatvaranje stadiona, odnosno severne i južne tribine na naredne dve utakmice na kojima je klub domaćin. Sledeće sezone je FK „Crvena zvezda“ je zbog težih ispada navijača, kažnjena odigravanjem jedne utakmice na domaćem terenu bez prisustva publike, kao i zabranom prodaje karata njenim navijačima na jednoj utakmici kada tim igra u gostima. Od ukupne sume novčanih kazni koje su izrečene klubu, u okviru svih takmičenja, postotak kazni koje je izrekla UEFA iznosu 88% (tabela 3).

Tabela 3 Udeo novčanih kazni od strane FSS i UEFA prema FK „Crvena Zvezda“

Ukupno	FSS	UEFA
1,194.284	138.284	1,056.000
100%	12%	88%

Iznosi u tabelama iskazani su u evrima

Trend kažnjavanja FSS i UEFA prema FK „Crvena Zvezda“, zbog učinjenih, sličnih, huliganskih ispada navijača, može se uočiti kroz konkretne primere. Poređenja radi, u 2010. godini, za tri odigrane prvenstvene utakmice, FK „Crvena zvezda“ (FK „Indija“, FK „Jagodina“, FK „BSK“) izrečena je jedinstvena kazna u novčanom iznosu od 1.424 evra, zbog upotrebe pirotehničkih sredstava, uništavanja inventara i bacanja predmeta od strane navijača, a za slični prekršaj po radnji izvršenja, na samo jednoj međunarodnoj utakmici, odigranoj na domaćem terenu, takođe 2010. godine, zbog uništavanja inventara i bacanja predmeta na teren klub je kažnjen sa 7.000 evra od strane UEFA. Na prvi pogled, uvidom u snimak pomenutih utakmica, može se uočiti da je na jednoj međunarodnoj utakmici upaljeno samo nekoliko pirotehničkih sredstava, dok su na utakmicama domaćeg prvenstva, prosto „gorele“ tribine od velike upotrebe pirotehničkih sredstava od strane navijača Zvezde.

DISKUSIJA

Analizirani rezultati ukazuju da je FK „Crvena Zvezda“ često kažnjavan zbog huliganskih ispada, svojih navijača, skoro podjednako na domaćem terenu, tako i na gostujućim utakmicama. Međutim, iz prikazanih pokazatelja može se uočiti da je od strane UEFA, klub kažnjavan drastičnije, iako je odigrao manje međunarodnih utakmica. Kada su u pitanju novčane kazne, one su, od strane UEFA, klubu izricane, za slične huliganske ispade, u tri puta većem iznosu nego što je to slučaj sa kaznama FSS.

Iz analiziranih rešenja o kažnjavanju može se uočiti da je klub za ispade svojih navijača u nadležnosti UEFA izricana pojedinačna kazna za svaku pojedinačnu utakmicu, dok je na domaćim utakmicama skoro u podjednakom broju izricana jedna jedinstvena kazna za više utakmica kao i pojedinačna rešenja o kažnjavanju za jednu utakmicu. To može govoriti da su disciplinski organi FSS „izlazili u susret“ klubu i da se na taj način javnosti prikazalo da su kazne oštre, a u stvari kazna je izrečena za više utakmica. Često je bio slučaj i da je takva jedinstvena kazna, manja od kazne koje su izrekli disciplinski organi UEFA i to samo za jednu utakmicu.

U Disciplinskom pravilniku FSS, članom 42. se navodi da se kao teži slučajevi disciplinskih prekršaja za koje disciplinski organi mogu učiniocu izreći strožu kaznu, smatraju se oni prekršaji pri kojima je učinilac postupio sa naročitom odgovornošću, upornošću ili bezobzirnošću, ili je prekršaj proizveo naročito teške posledice, ili je učinjen pod naročito teškim okolnostima. Koji su to teži slučajevi, određeno je Pravilnikom o bezbednosti i sigurnosti na fudbalskim utakmicama,³² gde je u članu 20. težim slučajevima ugrožavanja bezbednosti ljudi i imovine, pored svih navedenih situacija, između ostalih smatraju i neredi koje karakteriše bezobzirno bacanje u teren za igru i atletsku stazu pirotehničkih i drugih sredstava čije je unošenje na stadion zabranjeno. Kako je na većini utakmica pod patronatom FSS, došlo do masovne upotrebe pirotehničkih sredstava, to znači da su organi FSS izricali neadekvatne kazne i nisu bili dosledni u kažnjavanju. Čak i u slučajevima kada su incidenti okarakterisani kao teži slučajevi, opet je izricana najblaža mera, odnosno odigravanje samo jedne utakmice bez prisustva publike, iako je došlo do značajnog broja incidenata na nekim od pomenutih utakmicama.

ZAKLJUČAK

Na primeru FK „Crvena zvezda“ može se zaključiti da disciplinske sankcije koje izriče UEFA imaju izuzetan efekat. Adekvatne, visoke, novčane kazne za fudbalske klubove i suspenzije sa međunarodnih takmičenja u praksi su dale bolje

³² Pravilnik o bezbednosti i sigurnosti na fudbalskim utakmicama, *Službeni list FSS „Fudbal“*, van. br. 1/2007.

rezultate u vidu smanjenja nasilja na sportskim priredbama. Nasuprot merama UEFA, usled izricanja neadekvatnih kazni izrečenih, od strane disciplinskih organa FSS, nisu sprečeni huliganski ispadi navijača na utakmicama u nadležnosti FSS. Poređenjem disciplinskih sankcija koje su izrekli UEFA i FSS, jasno se uočava da je važna uloga sportskih organizacija u suprotstavljanju navijačkom huliganizmu i da, ukoliko se adekvatno primenjuju mere, dolazi do smanjenja nereda na fudbalskim utakmicama.

Odredbama Disciplinskog pravilnika FSS navodi se da visina novčane kazne koje se mogu izreći klubovima, utvrđuje se posebnom odlukom Izvršnog odbora FSS, najmanje jedanput u toku takmičarske sezone. To je potrebno izmeniti, u smislu da se u Pravilniku FSS jasno definišu novčane kazne za određene disciplinske prekršaje, da se taksativno navede koji se incidenti smatraju težim slučajem i koje kazne se izriču za te prekršaje. Takođe, potrebna je dosledna primena propisa, u skladu sa odredbama Pravilnika FSS, s obzirom da se dešavalo da se kazne izreknu, ali da su daleko ispod predviđenog minimuma.

Sprovedeno istraživanje može predstavljati osnov za buduća istraživanja uloge sportskih organizacija i klubova u suprotstavljanju huliganizmu. Slična istraživanja je neophodno sprovesti i u drugim državama koje imaju problem sa huliganizmom, a dobijene rezultate potrebno je uporediti i sa ovim istraživanjem, radi dobijanja šire slike o ulozi sportskih saveza u rešavanju pomenutog problema.

Dr. BOŽIDAR OTAŠEVIĆ

Assistant Professor, University of Criminal Investigation and Police studies, Belgrade

Dr. BOJAN JANKOVIĆ

Associate Professor, University of Criminal Investigation and Police studies, Belgrade

THE ROLE OF SPORTS FEDERATIONS IN OPPOSING VIOLENCE AT SPORTS EVENTS

Summary

In the scientific literature, as well as in the media, the role of the subjects of opposing violence at sports events is often discussed, primarily the police, courts, prosecutors, and members of private security. Contrary to the mentioned subjects, the role of sports federations and organizations, as well as sports clubs is considered on a small scale. In addition to criminal and misdemeanor sanctions that can be imposed on perpetrators of hooligan outbursts, football clubs can also be subject to disciplinary sanctions due to poor organization of sports competitions and hooligan behavior of

their fans. Such disciplinary sanctions are provided for in the regulations of sports federations and organizations. For the purposes of this paper, an analysis of 388 reports of delegates from the matches played by FC „Red Star“ from the season 2010/2011 to 2018/2019 was performed, as well as 94 decisions on punishing FC Red Star by the disciplinary bodies of the Football Association of Serbia (FSS) and UEFA. The results indicate that the disciplinary sanctions imposed by UEFA have an exceptional effect, ie in practice they have given better results in the form of reducing violence at sports events. Contrary to the UEFA measures, due to the imposition of inadequate penalties imposed by the disciplinary bodies of the FSS, the violence of the fans at sports events, where matches under the jurisdiction of the FSS are held, was not prevented.

Key words: sports federation, sports organizations, oppose, violence, sports events

Literatura

- Adang O., Brown E., *Policing football in Europe*, Politieacademie Apeldoorn, Apeldoorn, 2008.
- Beedholm L. R., „Danish police practice and national football fan crowd behaviour. Dialogue or coercive force?“, *Soccer & Society*, Vol. 20, No. 2, 2017.
- Božić V., Đukić M., Jovanovski, Z., „Kaznenopravni prikaz i analiza zaštite od nasilja na sportskim natjecanjima u Hrvatskoj uz osvrt na međunarodnopravna rješenja“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost: Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović* (ur. Jelena S. Perović Vujačić), Beograd, 2020.
- Brechbuhl A., Dimech A. S., Seiler R., „Policing Football Fans in Switzerland – A Case Study Involving Fans, Stadium Security Employees, and Police Officers“, *Policing: A Journal of Policy and Practice*, Vol. 14, No. 4, 2020.
- Disciplinski pravilnik Fudbalskog saveza Srbije, *Službeni list FSS „Fudbal“*, van. br. 3/2017.
- Dorđević I., „The Role of Red Star Football Club in the Construction of Serbian National Identity“, *Traditiones*, Vol. 45, No. 1, 2017.
- Dorić M., „Politizacija huliganizma“, *Politička revija*, tom 25, br. 3, 2010.
- Đukić V. B. M., Jovanovski Z., „Kaznenopravni prikaz i analiza zaštite od nasilja na sportskim natjecanjima u Hrvatskoj uz osvrt na međunarodnopravna rješenja“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost: Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović* (ur. Jelena S. Perović Vujačić), Beograd, 2020.
- Đurđević N., „Obaveza organizatora sportske priredbe da obrazuje odgovarajuću redarsku službu“, *Bezbednost*, tom 54, br. 1, 2012.
- Đurđević N., „Autonomija sporta – obaveznost sportskih pravila međunarodnih sportskih saveza na nacionalnom nivou“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, tom 55, br. 2, 2018.
- Đurđević N., Otašević B., „Redarska služba na sportskim priredbama“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2016.
- Janković B., „Prevenција nasilja na sportskim priredbama“, *Glasnik prava*, tom 1, br. 3, 2010.

- Janković B., „The Role of Stewards at Sports Events in the Republic of Serbia“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Novi Sad*, tom 54, br. 1, 2020.
- Khaldi H. M. A., Awamleh A. A. A., „Methods for confronting football play grounds hooliganism in Jordan from the view point of the teaching staff members at the Faculties of physical education in the Jordanian university“, *Sport Science*, Vol. 8, No. 1, 2015.
- Milenković Ž., „Obrazovanje u funkciji suzbijanja nasilja navijačkih grupa na fudbalskim utakmicama“, *Bezbednost*, tom 54, br. 1, 2012.
- Milojević S., Janković B., „Proactive approach of police in combat against football hooliganism“, *Archibald Reiss Days*, The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade, 2011.
- Milojević S., Janković B., „Police measures and actions in confronting football hooliganism in some European countries“, *Archibald Reiss Days*, The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade, 2012.
- Milojević S., Janković B., Milojković B., „Uticaj edukacije na intezitet navijačkog nasilja mlade populacije“, *Evropske integracije: Pravda, sloboda i bezbednost*, Kriminalističko-policijska akademija i fondacija „Hans Zajdel“, Beograd, 2016.
- Milojević S., Janković B., Otašević B., *Suprotstavljanje navijačkom huliganizmu – monografija*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2019.
- Milojević S., Simonović B., Janković B., Otašević B., Turanjanin V., *Mladi i huliganizam na sportskim priredbama*, OEBS – Misija u Srbiji, Beograd, 2014.
- O’Neill M., „Policing Football in Scotland: The Forgotten Team“, *International Review for the Sociology of Sport*, Vol. 39, No. 1, 2004.
- Otašević B., „Urbano okruženje i nasilje u sportu“, *Bezbednost*, tom 52, br. 3, 2010.
- Otašević B., „Mera bezbednosti zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama u krivičnom zakonodavstvu Srbije“, *Perjanik*, tom 12, br. 30, 2014.
- Otašević B., „Zaštitna mera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama u prekršajnom zakonodavstvu Srbije“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost: Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović* (ur. Jelena S. Perović Vujačić), Beograd, 2020.
- Primorac D., Pilić M., „Sigurnost i zaštita na nogometnim utakmicama i ostalim sportskim priredbama prema rješenjima Konvencije Vijeća Europe CETS, br. 218“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, tom 56, br. 2, Split, 2019.
- Simonović B., Đurđević Z., Otašević B., „Violence at Sporting Events: The European Standards of Police Procedures and Practice in Serbia“, *Policing Major Events: Perspectives from Around the World*, CRC Press, London, New York, 2015.
- Stanić M., Andonović S., „Police detention of football fans as measure of preventing violence in case law of the European Court of Human Rights“, *Archibald Reiss Days, 2020* (Ed. Stevo Jaćimovski), University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, 2020.

- Stott C., Havelund J., Williams N., „Policing football crowds in Sweden“, *Nordic Journal of Criminology*, tom 20, br. 1, 2018.
- Šošić J., „Medijski aspekt sportskog huliganstva“, *Sport Science*, tom 1, br. 1, 2008.
- Šuput D., „Propisi FIFA i UEFA protiv nasilja na fudbalskim utakmicama – problem preklapanja nadležnosti države i sportskih organizacija“, *Bezbednost*, tom 54, br. 1, Beograd, 2012.
- Veličković P., „Utvrđivanje osposobljenosti policijskih službenika Policijske uprave u Novom Sadu za obezbeđenje sportskih manifestacija povećanog rizika“, *Bezbednost*, tom 54, br. 1, 2012.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 29.09.2021.

Prihvaćen: 18.10.2021.

PREGLEDNI RAD

VANDA BOŽIĆ
MIRJANA ĐUKIĆ

KRIVIČNOPRAVNA ODGOVORNOST ZA DOPING U SPORTU

Sport nesporno igra najvažniju ulogu u razvoju telesnih, duhovnih i mentalnih sposobnosti pojedinca. Pored toga, donosi visoke prihode nacionalnim sportskim timovima na međunarodnim i internacionalnim takmičenjima, koja god da je vrsta sporta u pitanju. U težnji za postizanjem boljih performansi sportisti su najpre posezali za prirodnim, a sa razvojem farmakologije, veštačkim stimulansima, štetnim po njihovo zdravlje. Fer takmičenje i zaštita zdravlja sportiste postavljeni su kao prioritet, pa su radi očuvanja ovih vrednosti postavljeni međunarodni standardi koji promovišu zabranu i sprečavanje dopinga u sportu. Autori su u radu analizirali osnovne međunarodne dokumente koji regulišu predmetnu tematiku, počevši od vremena kada je upotreba dopinga prouzrokovala smrtne ishode sportista, 1967. godine do danas. U okvirima nacionalnog zakonodavstva sagledane su izmene i dopune zakonske regulative na polju krivične odgovornosti sportista u Republici Srbiji. U statističkom delu istraživanja, izvršena je analiza povreda antidoping pravila počinjenih od strane srpskih sportista na nacionalnim i međunarodnim takmičenjima, na osnovu izveštaja Antidoping agencije Republike Srbije (ADAS) za četvorogodišnji period, od 2017. do 2020. godine.

Ključne reči: *doping, sport, krivična odgovornost sportista*

Dr Vanda Božić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Privredne akademije, Novi Sad,
e-mail: vanda.bozic@pravni-fakultet.info.

Dr Mirjana Đukić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, Kosovska Mitrovica,
e-mail: mirjana.djukic@pr.ac.rs.

U V O D N E N A P O M E N E

Pojam dopinga vezan je za sport od samih njegovih početaka i pojava prvih sportskih natjecanja. Veruje se da potiče od reči *doop* što na holandskom jeziku znači opijumski napitak.¹ Njegovo se značenje kroz istorijski razvoj menjalo da bi u današnje doba označavao nedopuštene lekove i druge supstance namenjene sportistima sa ciljem postizanja boljih rezultata. U navedenom poimanju, pojam dopinga otkrivamo prvi put 1865. godine kod plivača iz Holandije, u smislu prekomjernog unosa kofeina u organizam putem turske kafe, da bi se 14 godina kasnije, 1879. godine u Engleskoj pojam dopinga pojavio kao stimulans koji su koristila lica da bi mogla što duže da rade.² Početkom XX veka pojam dopinga vezuje se i za nedozvoljene pripreme konja za utrke.³ U današnjem kontekstu pod dopingom podrazumevamo zloupotrebu farmakoloških tvari i tvari koje služe ostvarenju boljih sportskih rezultata, kao i korištenje zabranjenih postupaka i tehnika kako bi se prikrije zloupotrebe zabranjenih supstanci.⁴ Valja naglasiti kako nema jedinstvene pravne definicije pojma „doping“ za sve sportove, niti postoje obavezujući pravni kriterijumi za takvu definiciju, već „doping“ definišu sportske organizacije na svoj individualni način.⁵

Istorijske činjenice govore u prilog tome da su zarad bolje izdržljivosti u pojedinim disciplinama, sportisti najpre koristili prirodne stimulanse. U staroj Grčkoj i Rimu pribegavalo se različitim postupcima radi povećanja fizičkih performansi, poput modifikovane ishrane, takozvanih „magičnih napitaka“, čiji sastav nije poznat, već se samo pretpostavlja da su njihovu strukturu činile halucinogene gljive, alkohol i drugi stimulanasi.⁶ Razvoj farmakologije koja je u devetnaestom veku dostigla izuzetne naučne rezultate doveo je do zloupotrebe medikamenata,

¹ Damir Primorac, Maja Buhovac, Nenad Miletić, „Istraživanje i dokazivanje dopinga kao sportskog delikta s osvrtnom na kaznenopravni aspekt“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 58, br. 1, Split, 2021, 185.

² Goran Tepšić, „Doručak šampiona“, *Tajne sportske farmakologije*, Lexia, Zagreb, 2002, 16.

³ Rudhard Klaus Müller, History of Doping and Doping Control, *Doping in Sports: Biochemical Principles, Effects and Analysis* (eds. D. Thieme, P. Hemmersbach), Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg, 2010, 2.

⁴ Joško Osredkar, „Doping u sportu“, *Medicina sportiva*, (ur. Rudi Čajevac, Stjepan Heimer), Kineziološki fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2006, 398-438.

⁵ Klaus Vieweg, „The Definition of Doping and the Proof of a Doping Offense (An Anti-Doping Rule Violation) Under Special Consideration of the German Legal Position“, *Marquette sports law review*, Vol.15, 2004, 37.

⁶ Andrea A. Conti, „Doping in sports in ancient and recent times“, *Med Secoli*, Vol. 22, No. 1-3, 181.

posebno u pogledu upotrebe doping sredstava u različitim sportskim disciplinama. Težnja za obaranjem svetskih rekorda, pobedom, postizanjem boljih rezultata jednostavno nije birala sredstva za realizacijom željenog cilja. Takozvana doping praksa je već u dvadesetom veku bila toliko rasprostranjena, da je čak u pojedinim slučajevima dovela i do smrtnih ishoda. Tokom šezdesetih godina, kada još uvek na normativnom i praktičnom polju nije bio uspostavljen sistem doping kontrole, zabeleženo je nekoliko slučajeva smrtnih ishoda čiji su uzroci otkriveni obdukcijom: na Rimskim olimpijskim igrama održanim 1960. godine, preminuo je danski biciklista *Knud Jensen*, usled konzumiranja amfetamina; britanski profesionalni biciklista *Thomas Simpson*, preminuo je u trinaestoj etapi *Tour de France*, prilikom uspona na *Mont Ventoux* 1967. godine usled konzumiranja mešavine amfetamina i alkohola; prekomerna upotreba heroina izazvala je smrt *Dick-a Howard-a* tokom takmičenja u disciplini 400 metara sa preponama na Rimskim olimpijskim igrama 1967. godine, a ista je droga bila uzrok smrti boksera *Billy-a Bello-a*.⁷ Od tada, preciznije od šezdesetih godina, doping u sportu počinje da se tretira kao ozbiljan i opasan problem, kako po zdravlje sportiste, tako i po regularnost samih takmičenja. Tada su i zabeleženi prvi koraci na međunarodnom nivou u pravcu intenzivne borbe protiv dopinga u sportu.

Tematika dopinga u sportu razmotrena je u tri celine. Prva se odnosi na međunarodnu regulativu, kao svojevrstni temelj svih aktivnosti koje države preduzimaju interno. Druga se bavi pitanjem krivične odgovornosti za upotrebu doping sredstava u sportu, prateći izmene Zakona o sprečavanju dopinga u sportu Republike Srbije. U trećoj je obavljeno statističko istraživanje, radi utvrđivanja koja je vrsta povreda anti-doping pravila najzastupljenija u Republici Srbiji u protekle četiri godine, u kojim je sportskim disciplinama ADAS otkrila najčešće korišćenje doping sredstava i koliko je procentualno učešće doping pozitivnih sportista u ukupnom broju sprovedenih doping kontrola, upoređujući dobijeni rezultat sa svetskim prosekom.

MEĐUNARODNI OKVIR

Upotreba doping sredstava sa smrtnim ishodima navela je Međunarodni olimpijski komitet da oformi Zdravstvenu komisiju radi utvrđivanja prve liste zabranjenih doping supstanci i obaveznog sprovođenja doping kontrole na Zimskim olimpijskim igrama 1968. godine u Francuskoj i Letnjim olimpijskim igrama

⁷ Barrie Holuihan, *Dying To Win: Doping in Sport and the Development of Anti-doping Policy*, Council of Europe Publishing, 2002, 34, 36.

iste godine u Meksiku.⁸ Premda je tada otpočelo zvanično suprotstavljanje doping u sportu, može se reći da je ono u intenzivnoj meri prisutno do danas u mnogim sportskim disciplinama. Borba protiv dopinga u sportu predstavlja svojevrsnu „igru bez granica“, koja uključuje mnoge međunarodne i nacionalne organizacije (Međunarodni olimpijski komitet, međunarodne sportske federacije, nacionalni sportski savezi, vladine i nevladine organizacije). Njihovo je angažovanje na ovom polju obeleženo brojnim veoma značajnim aktivnostima, kakve su održavanje međunarodnih samita o doping u sportu, održavanje svetskih konferencija na temu borbe protiv dopinga u sportu, donošenje Međunarodne konvencije protiv dopinga u sportu UNESCO-a, donošenje Antidoping konvencije Saveta Evrope, uspostavljanje nezavisne Antidoping agencije (WADA), usvajanje Svetskog antidoping kodeksa.⁹ U narednim redovima osvrnućemo se na najznačajnija međunarodna dokumenta.

Hronološki gledano, prvi značajniji međunarodni dokument usvojen je od strane Komiteta ministara Saveta Evrope po završetku Rimskih olimpijskih igara. *Rezolucija br. (67) 12 o dopingovanju atletičara*¹⁰ usvojena je od strane zamenika ministara Saveta Evrope 29. juna 1967. godine. Ovde je prvi put određen pojam dopinga, kao upotreba doping sredstava ili davanje istih sportisti u nameri da se na veštački i nepravedan način utiče na njegov učinak kada učestvuje na takmičenju. Ukazano je takođe na štetne efekte doping sredstava po zdravlje sportiste, ali i narušavanje pravila fer-pleja. Shodno preporukama ove Rezolucije, vlade država članica i nacionalni sportski savezi bi trebalo da donesu propise kojima bi se sankcionisali upotreba, omogućavanje upotrebe doping sredstava sportisti na takmičenju, naglašavajući da bi sankcija trebalo da se sastoji u privremenoj ili trajnoj zabrani učešća na bilo kojem takmičenju (A. 1. (b)). Značaj Rezolucije ogleda se u tome što kao prvi dokument koji se ozbiljnije pozabavio ovom tematikom, nagoveštava zabranjenost dopinga i njegovo sankcionisanje. Detaljnija uputstva vladama država članica sadržana su u Preporuci koju je doneo Komitet ministara Saveta Evrope 20. aprila 1979. godine.

Preporuka br. R(79)8 o dopingovanju u sportu,¹¹ oslanjajući se na osnovne postavke Rezolucije od 1967. godine, u okviru uputstava obogaćuje sistem mera

⁸ David Maraniss, *Rome 1960: The Olympics That Change The World*, Simon & Schuter, New York, 2008, 111.

⁹ Sanja Mandarić, Veljko Delibašić, „Sankcionisanje dopinga u sportu“, *Fizička kultura*, Vol. 68, No. 1, 2014, 42.

¹⁰ Resolution no. (67) 12 on doping athletes (Adopted by the Ministers' Deputies on 29 June 1967).

¹¹ Recommendation No. R (79) 8 of the committee of ministers to member states concerning doping in sport (Adopted by the Committee of Ministers on 20 April 1979), <https://rm.coe.int/09000016804e4228>, 01.08.2021.

u borbi protiv dopinga: pojednostavljenje i usklađivanje antidoping propisa koje su usvojili sportski savezi; uspostavljanje i razvijanje edukacije sportista, trenera, direktora sportskih saveza o štetnim efektima upotrebe doping sredstava uz napomenu da poboljšanje performansi treba potencirati prirodnim putem koji bi bio praćen razvojem ličnosti, karaktera, telesnih i umnih sposobnosti; potencirati razvoj efikasnih metoda za testiranje nedozvoljenih doping supstanci u laboratorijama i obezbediti njihovo kontinuirano korišćenje svim sportskim savezima i sportistima; u okviru međunarodne saradnje i bilateralnih ugovora omogućiti sportskim savezima zemalja članica pristup laboratorijama u drugoj državi; obezbediti u laboratorijama stručan i kvalitetan kadar; formirati, ukoliko već to pojedine države nisu učinile, nacionalni antidoping odbor koji bi uključivao predstavnike sportskih saveza, nacionalnog saveza sporta, organe vladine uprave odgovorne za sport i javno zdravlje. *Preporuku br. R(84)19 o Evropskoj povelji protiv dopingovanja u sportu*¹² usvojio je Komitet ministara Saveta Evrope 25. septembra 1984. godine na 375. sastanku zamenika ministara. Nadovezujući se na prethodna dva dokumenta, ovde je u fokusu zabrinutost zbog širenja upotrebe doping sredstava i među mlađom sportskom populacijom, tako da se između ostalog potencira na edukaciji dece, počevši još od školskog i predškolskog uzrasta o štetnosti dopinga i stavljanju u prvi plan moralnih i etičkih vrednosti.

Donošenje *Konvencije Saveta Evrope protiv dopinga u sportu*¹³ usledilo je 16. novembra 1989. godine u Strazburu. I ovde je kao i u prvobitnoj Rezoluciji određen pojam dopinga na sličan način, sa time što Konvencija sada predstavlja pravno obavezujući dokument za sve države potpisnice. Konvenciju je u predstojećem periodu ratifikovalo četrdeset država, među kojima je i Republika Srbija (SFRJ) koja je ratifikaciji pristupila 1991. godine. Iako dokumenta koja prethode ostaju u senci, njima je uspostavljen temelj koji se kasnije, a najpre ovom Konvencijom nadograđivao i usavršavao u korak sa širenjem dimenzija dopinga u sportu. U 19 članova koliko ih ukupno sadrži Konvencija, grupisani su različiti segmenti borbe protiv upotrebe nedozvoljenih sredstava u sportu: saradnja među nacionalnim sportskim savezima, međunarodna saradnja, edukacija, usavršavanje laboratorijskih sredstava i testova, i dr. Uočava se da nije predviđen konkretan spisak mera kojih se države trebaju pridržavati, tako da je dopunjena donošenjem *Dodatnog protokola uz Evropsku*

¹² Recommendation No. R (84) 19 of the committee of ministers to member states on the „European Anti-doping Charter for Sport“ (Adopted by the Committee of Ministers on 25 September 1984 at the 375th meeting of the Ministers’ Deputies), <https://rm.coe.int/16804ef140>, 01.08.2021.

¹³ Anti-doping Convention, European Treaty Series – No. 135, Council of Europe, Strasbourg, 16.XI.1989., <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007b0e0>, 01.08.2021.

anti-doping Konvenciju,¹⁴ u Varšavi 12.09.2002. godine. Protokol je ratifikovan od strane pet država potpisnica, 01.04.2004. godine. Kako je ratifikacija usledila nakon formiranja Svetske Anti-doping agencije – WADA, 2000. godine, kao i donošenja Svetskog Anti-doping Kodeksa, 2003. godine, predviđeno je da države potpisnice priznaju nadležnost WADA i drugih organizacija koje rade na osnovu ovlašćenja WADA u oblasti sprovođenja doping kontrole nad sportistima van takmičenja, na bilo kojem mestu, a ne samo za vreme treninga.

Svetska anti-doping agencija (*World Anti-Doping Agency*, WADA), osnovana 2000. godine sa sedištem u Montrealu, za cilj ima promovisanje i koordinaciju borbe protiv upotrebe doping sredstava u sportu. Njen glavni dokument donet 2003. godine usvojilo je oko 600 sportskih organizacija širom sveta, među kojima i Republika Srbija. Svetski anti-doping kodeks¹⁵ je od momenta donošenja dopunjavan i menjan više puta, a usledile su najnovije izmene koje su stupile na snagu u januaru 2021. godine. Kodeks detaljno predviđa svaki ključan segment borbe protiv dopinga u sportu, a osvrnućemo se na one tesno vezane za tematiku ovog rada. Okolnosti i ponašanja koje predstavljaju povrede antidoping pravila navedene su u čl. 2, a sastoje se u: prisustvu zabranjene supstance ili njenih metabolita ili markera u telesnom uzorku sportiste; korišćenju ili pokušaju korišćenja zabranjene supstance ili zabranjenog metoda od strane sportiste; izbegavanju, odbijanju ili propuštanju da se da uzorak od strane sportiste; ometanju ili pokušaju ometanja bilo kojeg dela doping kontrole od strane sportiste ili drugog lica; posedovanju zabranjene supstance od strane sportiste ili njegovog pomoćnog osoblja na takmičenju ili izvan takmičenja (osim ako sportista ne dokaže da je posedovanje u skladu sa izuzetkom za terapijsku upotrebu, odnosno ako pomoćno osoblje sportiste ne dokaže da poseduje zabranjenu supstancu u skladu sa izuzetkom za terapijsku upotrebu koja je odobrena sportisti); neovlašćenoj prodaji, transportu, slanju ili isporuci bilo koje zabranjene supstance od strane sportiste ili drugog lica; davanju sportisti bilo koje zabranjene supstance na takmičenju, ili bilo koje zabranjene supstance izvan takmičenja; postupanju sportiste ili drugog lica koje za posledicu ima zastrašivanje drugog lica u nameri da se ono odvrti od pružanja informacija koje se odnose na potencijalne povrede antidoping pravila.¹⁶

Kako lista zabranjenih supstanci nije sveobuhvatna niti fiksna, valja takođe ukazati na način na koji WADA sačinjava i dopunjuje listu zabranjenih doping

¹⁴ Additional Protocol to the Anti-Doping Convention No. 188 (Warsaw 12/09/2002).

¹⁵ World Anti-doping Code, World Anti-doping Agency, 2021.

¹⁶ Kodeks samo navodi koji se sve postupci podvode pod povredu antidoping pravila, a državama prepušta da svojim propisima inkriminišu povrede kao krivična dela ili prekršaje.

sredstava u sportu. Uopšteno, zabranjena sredstva u sportu se grupišu u devet kategorija: *stimulanti* (efedrin, amfetamin, kokain), *narkotici* (opijum, morfin, heroin, metadon, petidin, kodein), *kanabionidi* (tetrahidrokanabionol, kanabis), *anabolički steroidi* (testosterone, anabolički agensi – klenbuterol i zeranol), *peptidni hormoni* (eritropoetin, hormon rasta, insulin, horionski gonadotropin, sintetički gonadotropin, kortikotropini), *beta 2-agonisti* (klenbuterol, terbutalin, salbutamol, fenoterol, salmeterol, i dr.), *antiestrogeni agensi* (klomifen, ciklofenil, tamoksifen), *pokriveni agensi* (diuretici) i *glikokortikoidi* (kortizol), što smo prikazali u tabeli br. 1.¹⁷

Navedene supstance utiču na poboljšanje performansi tako što podstiču povećanje mišićne mase, povećanje izdržljivosti, a pojedine poput diuretika služe tome da izbacivanjem veće količine tečnosti prikriju/maskiraju prisustvo neke od zabranjenih supstanci u urinu.¹⁸

Tabela 1. Najpoznatija zabranjena sredstva u sportu po kategorijama¹⁹

NAJPOZNATIJA ZABRANJENA SREDSTVA U SPORTU PO KATEGORIJAMA				
1. Stimulanti	2. Narkotici	3. Beta 2-agonisti	4. Anabolički steroidi	5. Peptidni hormoni
Efedrin	Opijum	Klenbuterol	Testosteroni	Eritropoetin
Amfetamin	Morfin	Terbutalin	Anabolički agens – klenbuterol	Hormon rasta
Kokain	Heroin	Salbutamol	Anabolički agens – zeranol	Insulin
	Metadon	Fenoterol		Horionski gonadotropin
	Petidin	Salmeterol		Sintetički gonadotropin
	Kodein			Kortikotropini

6. Kanabionidi	7. Antiestrogeni agensi	8. Pokriveni agensi	9. Glikokortikoidi
Tetra-hidrokanabionol (THC)	klomifen	diuretici	kortizol
Kanabis (hašiš, marihuana)	ciklofeni		
	tamoksifen		

¹⁷ Duško Bjelica, „Doping i nedozvoljene metode u sportu“, *Crnogorska sportska akademija „Sport Mont“*, Vol. 5, No. 12-13-14, 2007, 27-34.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Više o svim zabranjenim sredstvima u sportu vidi: *Popis zabranjenih sredstava 2020*, HZJZ, https://antidoping-hzta.hr/wp-content/uploads/2019/11/HZjZ-A4-Popis-zabranjenih-sredstava-2020_V2.pdf, 15.08.2021.

Svetski anti-doping kodeks u članu 4 daje kriterijume za uključivanje supstanci i metoda na listu zabranjenih sredstava (čl. 4.3). Da bi se supstanca ili metod priključili postojećoj listi zabranjenih sredstava, potrebno je da ispunjavaju dva od tri kriterijuma (čl. 4.3.1):

1) ako se na osnovu medicinskih, ili drugih naučnih dokaza, medicinskog iskustva, pokaže da sredstvo ili supstanca ima potencijala da poveća ili poboljša sportske performanse;

2) ako se na osnovu medicinskih dokaza i iskustva smatra da predstavlja potencijalnu opasnost po zdravlje sportiste;

3) uverenje WADA da upotreba supstance ili metoda narušava sportski duh. Kako se lista zabranjenih sredstava u sportu menja periodično, posebno treba naglasiti dužnost sportiste da bude upoznat sa postojećim, a posebno novododatim supstancama ili metodima (čl. 21). Posmatrano sa aspekta međunarodnog javnog prava, WADA i Svetski anti-doping kodeks nisu pravno obavezujući prema državama, već samo prema njihovim sportskim organizacijama koje su ga usvojile.²⁰ Stoga je na kraju ovog izlaganja od izuzetne važnosti ukazati na značaj i ulogu *Međunarodne konvencije protiv dopinga u sportu donete od strane UNESCO-a*,²¹ 19. oktobra 2005. godine. Naime, njena se centralna uloga ogleda u tome da države članice UN-a koje su potpisale Konvenciju, pruže podršku radu i programima WADA i primeni pravila Svetskog anti-doping kodeksa, čime je obezbeđen na neki način širi opseg primene, uzimajući sada u obzir ne samo nacionalne sportske saveze već i organe državne uprave.

KRIVIČNOPRAVNO SANKCIONISANJE DOPINGA U SPORTU U REPUBLICI SRBIJI

Normativni okvir

Istorijski gledano, iako je tadašnja SFRJ 1991. godine ratifikovala Evropsku konvenciju protiv dopingovanja u sportu,²² normativna regulativa sprečavanja dopinga u sportu u pravom smislu reči započinje tek po proteku narednih četrnaest godina, te se može reći da u tom momentu otpočinje njena prva razvojna

²⁰ Dejan Šuput, „Dokumenti međunarodnih organizacija koji propisuju zabranu upotrebe dopinga u sportu“, *Strani pravni život*, br. 2, Beograd, 2009, 300.

²¹ *Ibidem*.

²² Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije protiv dopingovanja u sportu, sa dodatkom, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/91.

etapa. Ona je obeležena donošenjem Zakona o sprečavanju dopinga u sportu 2005. godine,²³ dve godine nakon uspostavljanja Svetskog antidoping kodeksa. Tada su u Republici Srbiji prvi put uspostavljena antidoping pravila i sankcije za njihovu povredu. Doping u sportu ovaj zakon određuje kao povredu jednog ili više antidoping pravila, utvrđenih u članu 3 istog zakona (čl. 2). Među taksativno nabrojanim povredama antidoping pravila, nalaze se i ona koja ovaj zakon inkriminiše kao krivična dela:

1) prisustvo zabranjene supstance ili njenih metabolita ili markera u telesnom uzorku sportiste (korišćenje ili pokušaj korišćenja zabranjene supstance ili zabranjenog metoda) (čl. 3 st. 1 tač. 1);

2) davanje ili pokušaj davanja doping sredstava sportisti, ili propisivanje, izdavanje, pomaganje, podsticanje, prikrivanje, navođenje, nalaganje, stvaranje uslova ili bilo koji drugi vid učestvovanja u povredi ili pokušaju povrede antidoping pravila (čl. 3 st. 1 tač. 8);

3) neovlašćena prodaja, transport, slanje, isporuka ili distribucija doping sredstava sportisti, bilo neposredno ili posredstvom trećeg lica (čl. 3 st. 1 tač. 7).

Povredu prvog pravila podvedena je pod inkriminaciju krivičnog dela upotreba doping sredstava, povredu drugog, inkriminisana kao krivično delo omogućavanje upotrebe doping sredstava, i na kraju trećeg, predviđena kao krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstava.²⁴

Krivično delo upotrebe doping sredstava inkriminisano je u vidu namerne upotrebe doping sredstava, ili namerene upotrebe sredstava ili supstance u nameri prevare doping kontrole, od strane sportiste na sportskom takmičenju (čl. 47). Prema zakonskom opisu krivično delo će postojati samo ako je jedna od alternativno predviđenih radnji preduzeta na sportskom takmičenju. To zapravo podrazumeva da se ne štiti zdravlje sportiste, niti njegova autodestrukcija, već regularnost samog takmičenja, što za cilj ima suzbijanje radnji koje su

²³ Zakon o sprečavanju dopinga u sportu, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005.

²⁴ Krivičnopravna i prekršajna odgovornost za doping u sportu nije jedina spona između krivičnog prava i sporta, za slučajeve nasilja na sportskim priredbama i manifestacijama v. Vanda Božić, Mirjana Đukić, Zoran Jovanovski, „Kaznenopravni prikaz i analiza zaštite od nasilja na sportskim natjecanjima u Hrvatskoj uz osvrt na međunarodnopravna rešenja“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, Tom I, Beograd, 2020, 509-530; Zoran Jovanovski, Vanda Božić, Saša Atanasov, „Nasilje na sportskim priredbama i uloga medija“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2019, 503-520.

V. Božidar Otašević, Nenad Đurđević, „Prekršajnopravna zaštita od nasilja na sportskim priredbama u Republici Srbiji“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2019, 449-468.

prevarnog karaktera.²⁵ Postojanje namere date u zakonskom opisu, upućuje na to da se delo može izvršiti samo sa direktnim umišljajem, a zaprećena je kazna zatvora u trajanju do jedne godine.

Omogućavanje upotrebe doping sredstava krivično je delo predviđeno članom 48 predmetnog zakona, a čini ga onaj ko sportisti u cilju dopinga u sportu da ili propiše ili izda ili na sportisti primeni doping sredstvo, ili navede, pomogne, ili na drugi način omogući sportisti da upotrebi doping sredstvo. Dakle, radnja krivičnog dela je ovde postavljena alternativno, a zaprećena je kazna zatvora od jedne do deset godina. Propisan je takođe i kvalifikovani oblik, kada se delo vrši prema maloletniku, ili prema više lica, ili je izazvalo naročito teške posledice, za koji je zaprećena kazna zatvora od najmanje tri godine. Kod oba oblika je propisano da će se obavezno oduzeti doping sredstva.

Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstava (čl. 49), treće krivično delo, čini onaj ko neovlašćeno u cilju dopinga u sportu proizvodi, prerađuje, prodaje ili nudi na prodaju, ili radi prodaje kupuje, drži, ili prenosi, ili posređuje u prodaji ili kupovini doping sredstava, ili na drugi način neovlašćeno stavlja u promet doping sredstva.²⁶ Ovde je propisana kazna zatvora od najmanje pet godina. Privilegovani oblik čini onaj ko neovlašćeno u cilju dopinga u sportu pravi, nabavlja, poseduje ili daje na upotrebu opremu, materijal ili supstancije za koje zna da su namenjene za proizvodnju ili pripremanje doping sredstava, pri čemu je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina. Propisano je takođe obavezno oduzimanje doping sredstava, a kod privilegovanog oblika, obavezno oduzimanje sredstava za njihovo spravljanje.

Valja pomenuti da u skladu sa aktuelnim sportskim dešavanjima Republika Srbija 2009. godine potvrđuje Međunarodnu konvenciju protiv dopinga u sportu.²⁷ U narednom periodu pomenuti je zakon više puta menjan i dopunjavan. Drugu etapu u segmentu normativne regulative sprečavanja dopinga u sportu obeležava donošenje novog Zakona o sprečavanju dopinga u sportu 2014. godine.²⁸ Novelirani zakon produkt je potrebe usaglašavanja sa značajnim izmenama i dopunama

²⁵ Veljko Delibašić, *Suzbijanje zloupotreba opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2014, 48.

²⁶ Više o tajnim laboratorijumima za proizvodnju droga u Republici Srbiji v. Božidar Otašević, Dag Kolarević, Ivana Radovanović, „Clandestine drug production laboratories in Serbia“, *Teme*, g. XLIII, br. 4, 2019, 1125-1140.

²⁷ Zakon o potvrđivanju Međunarodne konvencije protiv dopinga u sportu, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 38/2009.

²⁸ Zakon o sprečavanju dopinga u sportu, *Službeni glasnik RS*, br. 111/2014.

Svetskog antidoping kodeksa, te tako i ispunjenja međunarodnih pravnih obaveza koje je RS u ovoj oblasti preuzela. Kao nova povreda antidoping pravila predviđeno je zastrašivanje sportiste ili drugog lica u sistemu sporta koje želi da prijavi doping (čl. 3 st. 1 tač. 11). Nadalje, među brojnim novelama, najznačajnije su one koje se upravo i tiču tematike ovoga rada.

Imajući u vidu primere iz uporednopravne zakonodavne prakse, uvidelo se da je za upotrebu doping sredstava u sportu primerenije prekršajno i disciplinsko sankcionisanje. Na to ukazuju istorijski slučajevi upotrebe dopinga za koje je sankcionisanje imalo najpre sportska,²⁹ a potom prekršajna obeležja. Novi zakon, upotrebu doping sredstava sada predviđa kao prekršaj. U tom smislu, sportista koji koristi doping sredstva kazniće se novčanom kaznom od 50.000 dinara do 100.000 dinara (čl. 41 st. 1 tač. 1), pri čemu nije potrebno postojanje prevarne namere, niti je potrebno utvrđivati je, kao što je slučaj sa nekadašnjim krivičnim delom upotreba doping sredstava. Sa druge strane došlo je do usaglašavanja visine novčane kazne sa kaznama predviđenim za uporedive prekršaje u Zakonu o sportu.³⁰ Takođe se mogu primeniti i disciplinske mere koje obuhvataju: diskvalifikaciju sportskih rezultata; privremenu suspenziju; zabranu učešća na takmičenjima; zabranu obavljanja poslova u oblasti sporta te druge mere utvrđene Svetskim antidoping kodeksom i sportskim pravilima nadležnih nacionalnih i međunarodnih sportskih saveza (čl. 16 st. 1). Sportista koji odbije doping kontrolu će se prema odredbama ovog zakona tretirati kao da je doping pozitivan (čak i u slučaju da se uspeo sa doping kontrolom, a test bude negativan), jer ovakav vid postupanja takođe predstavlja povredu antidoping pravila koja podleže prekršajnoj i disciplinskoj odgovornosti (čl. 6 st. 2).

Značajne izmene u novom zakonu uočene su i u pogledu raspona propisane kazne zatvora za krivična dela omogućavanje upotrebe doping sredstava i neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstava. Naime, izmene se odnose isključivo na kaznene elemente, dok je zakonski opis identičan onome koji daje zakon od 2005. godine. Kod krivičnog dela omogućavanje upotrebe doping sredstava novi zakon znatno smanjuje posebni minimum i poseban maksimum trajanja zatvorske kazne, propisujući kaznu zatvora u trajanju od šest meseci do pet godina (čl. 38), usaglašavajući tako kaznenu politiku ovog i njemu srodnog krivičnog dela propisanog Krivičnim zakonikom u članu 241 st. 1, omogućavanje uživanja opojnih droga. Isto je učinjeno i kod kvalifikovanog oblika, koji podrazumeva vršenje

²⁹ Matko Pajčić, Tonči Petković, „Doping i kaznenopravna odgovornost“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 45, Tom. 3, Split, 2008, 552.

³⁰ Zakon o sportu, *Službeni glasnik RS*, br. 10/2016.

radnje iz osnovnog oblika prema maloletniku, za koji je ovim zakonom propisana kazna zatvora u trajanju od dve do deset godina (čl. 38 st. 2). Spuštanjem posebnog minimuma zatvorske kazne sa tri na dve godine, novelirani zakon usaglašava kvalifikovani oblik ovog krivičnog dela sa kvalifikovanim oblikom krivičnog dela omogućavanje uživanja opojnih droga iz člana 241 st. 2 Krivičnog zakonika. Zakonodavac se kreće u smeru ublažavanja kaznene politike i kod drugo pomenutog, krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstva. Sada za ovo krivično delo propisuje kaznu zatvora od tri do dvanaest godina, čime takođe ujednačava kaznenu politiku sa onom koja se primenjuje prema učiniocu krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz člana 246 st. 1 Krivičnog zakonika.

Imajući u vidu navedeno, može se konstatovati da Zakon od 2014. godine čini veliki iskorak, ne samo usaglašavanjem sa Svetskim antidoping pravilima, već i sa normama pozitivnog krivičnog prava kojima je regulisana tematika srodna doping u sportu. Izmene u pogledu kaznenih odredbi zadržale su se i u najnovijem, Zakonu o sprečavanju dopinga u sportu od 2021. godine.³¹

Doping kontrolu na sportskim takmičenjima i izvan sportskih takmičenja određuje, organizuje i sprovodi Antidoping agencija Republike Srbije (ADAS) u skladu sa pravilima o načinu sprovođenja i listom zabranjenih doping sredstava koja podleže periodičnim dopunama i izmenama. Utvrđivanje odgovornosti za povredu antidoping pravila, u nadležnosti je Antidoping odbora pri Antidoping agenciji i nadležnog nacionalnog sportskog saveza, a u određenim slučajevima može biti predmet međunarodne sportske arbitraže (čl. 26 st. 1 i 2). Ovom postupku podležu ne samo doping pozitivni sportisti, već kao što je pomenuto, i oni koji odbijaju doping kontrolu. Procedura je u Republici Srbiji uređena tako da Antidoping odbor kao stručno telo na pravičan i nepristrasan način odlučuje o podnetim prijavama i žalbama na prvostepene odluke disciplinskih organa nadležnih nacionalnih sportskih saveza (čl. 26 st. 4). Rok zastarelosti počinje da teče u momentu kada je povreda počinjena, a nakon što protekne 10 godina, protiv sportiste se ne može pokrenuti postupak (čl. 27 st. 11).

Ovde smo se ukratko osvrnuli na proceduralnu tematiku, koja obuhvatajući takođe i problematiku dokazivanja, zbog same obimnosti i složenosti zaslužuje da bude predmet analize zasebnog rada. U redovima koji slede pažnja će biti posvećena vrstama utvrđenih povreda antidoping pravila počinjenih od strane srpskih sportista u protekle četiri godine.

³¹ Zakon o sprečavanju dopinga u sportu, *Službeni glasnik RS*, br. 111/2014 i 47/2021.

*Analiza povreda antidoping pravila u Republici Srbiji
u periodu 2017–2020*

Istraživanje se odnosi na period koji je usledio nakon donošenja novog Zakona o sprečavanju dopinga u sportu, koji za razliku od prvobitnog, upotrebu doping sredstava svrstava u kategoriju prekršaja, a ne krivičnih dela.

U tabeli br. 2. prikazane su povrede antidoping pravila u 2017. godini. U 2017. godini Anti-doping agencija Srbije (u daljem tekstu – ADAS) je sprovela ukupno 1048 antidoping analiza sportista, od čega je doping pozitivno bilo 10.

Tabela 2. Povreda antidoping pravila u 2017. godini

Disciplina	Vrsta povrede	Doping sredstvo	Sankcija	Sportski savez
Džudo	Upotreba doping sredstava	Klomifen	Zabrana učešća u sportu 4 meseca i diskvalifikacija svih rezultata u periodu od 28.05.-21.07.2017.	Džudo savez Srbije
Džudo	Upotreba doping sredstava	Metaboliti nespecifičnog stimulansa kokaina	Zabrana učešća u sportu 4 godine i diskvalifikacija svih rezultata u periodu od 28.05.-21.07.2017.	Džudo savez Srbije
Američki fudbal	Upotreba doping sredstava	Amfetamin	Zabrana učešća u sportu 2 godine	Srpska asocijacija američkog fudbala
Američki fudbal	Upotreba doping sredstava	Diuretik hidrohloriazid	Zabrana učešća u sportu 6 meseci	Srpska asocijacija američkog fudbala
Hokej na ledu	Upotreba doping sredstava	Nespecifični stimulans kokain	Zabrana učešća u sportu 2 godine	Savez hokeja na ledu Srbije
Bodibilding	Upotreba doping sredstava	Anastrozol, norandrosteron, stanozolol	Proces u toku	Savez Srbije za bodibilding
Bodibilding	Upotreba doping sredstava	Diuretik furosemid	Proces u toku	Savez Srbije za bodibilding
Ragbi 13	Upotreba doping sredstava	Nespecifični stimulans kokain	Proces u toku	Ragbi 13 federacija Srbije
Sambo	Upotreba doping sredstava	Specifični stimulans efedrin	Zabrana učešća u sportu 2 godine	Sambo savez Srbije
Tekvondo	Upotreba doping sredstava	Diuretik furosemid	Proces u toku	Tekvondo asocijacija Srbije

Izvor: <http://www.adas.org.rs/wp-content/uploads/dokumenti/izvestaji/izvestaj-2017.pdf>, 08.09.2021.

U tabeli br. 3. prikazane su povrede antidoping pravila u 2018. godini.

Ukupno su u ovoj godini sprovedene 852 analize, od čega je utvrđeno 11 pozitivnih doping rezultata sportista (7 na domaćim, 4 na međunarodnim takmičenjima).

Tabela 3. Povreda antidoping pravila u 2018. godini

ADAS				
Disciplina	Vrsta povrede	Doping sredstvo	Sankcija	Sportski savez
Bodibilding	Upotreba doping sredstava	Diuretik karnenon, klenbuterol, stanozolol, tamoksifen	Proces u toku	Savez Srbije za bodibilding
Bodibilding	Upotreba doping sredstava	Diuretik furosemid, andarin, klenbuterol, ostarin, LGD-4033	Proces u toku	Savez Srbije za bodibilding
Američki fudbal	Upotreba doping sredstava	Kanabionid karboksi THC	Zabrana učešća u sportu 6 meseci	Srpska asocijacija američkog fudbala
Padobranstvo	Upotreba doping sredstava	Norandrosteron	Proces u toku	Vazduhoplovni savez Srbije
Rukomet	Upotreba doping sredstava	Nespecifični stimulans kokain	Proces u toku	Rukometni savez Srbije
Kik boks	Upotreba doping sredstava	Specifični stimulans modafinil	Zabrana učešća u sportu 2 godine	Kik boks savez Srbije
Boks	Upotreba doping sredstava	Specifični stimulans efedrin	Zabrana učešća u sportu 18 meseci	Boksterski savez Srbije
MEĐUNARODNE SPORTSKE ORGANIZACIJE				
Boks	Upotreba doping sredstava	Diuretik furosemid	Zabrana učešća u sportu 2 godine	Antidoping agencija Francuske
Dizanje tegova	Upotreba doping sredstava	LGD-4033	Proces u toku	Međunarodni savez za dizanje tegova
Parastreljaštvo	Upotreba doping sredstava	Metaboliti diuretika 4-amino-6-chloro-1.3 benzenedisulfonamide	Proces u toku	Međunarodni paraolimpijski komitet
Pauerlifting	Upotreba doping sredstava	Trenbolon i dva metabolita anaboličkog steroida testosterona	Zabrana učešća u sportu 4 godine; naš nacionalni savez – 2000 evra	Međunarodni pauerlifting savez

Izvor: <http://www.adas.org.rs/wp-content/uploads/dokumenti/izvestaji/izvestaj-2018.pdf>, 11.09.2021.

U tabeli br. 4. prikazane su povrede antidoping pravila u 2019. godini.

I u ovoj je godini sproveden identičan broj doping analiza kao i u prethodnoj, 852, od čega je utvrđeno 11 doping pozitivnih srpskih sportista (10 na domaćim, 1 na međunarodnim takmičenjima).

Tabela 4. Povreda antidoping pravila u 2019. godini

ADAS				
Disciplina	Vrsta povrede	Doping sredstvo	Sankcija	Sportski savez
Ragbi 13	Upotreba doping sredstava	Klenbuterol, salbutamol	Zabrana učešća u sportu 4 godine	Ragbi 13 federacija Srbije
Kik boks	Upotreba doping sredstava	Nespecifični stimulans amfetamin	Zabrana učešća u sportu 2 godine	Boks savez Srbije
Boks	Upotreba doping sredstava	Diuretik furosemid	Zabrana učešća u sportu 2 godine	Boks savez Srbije
Američki fudbal	Upotreba doping sredstava	Kanabinoid karboksi THC	Zabrana učešća u sportu 6 meseci	Srpska asocijacija američkog fudbala
Američki fudbal	Upotreba doping sredstava	Kanabinoid karboksi THC	Zabrana učešća u sportu 6 meseci	Srpska asocijacija američkog fudbala
Bodibilding	Upotreba doping sredstava	Ostarin, metabolički modulator GW1516	Zabrana učešća u sportu 4 godine	Savez Srbije za bodibilding
Bodibilding	Upotreba doping sredstava	Boldenon, oksandrolon, stanozolol	Zabrana učešća u sportu 4 godine	Savez Srbije za bodibilding
Sportski automobilizam	Upotreba doping sredstava	Zabranjeni stimulans kokain	Proces u toku	Sportski auto i karting savez Srbije
Atletika	Upotreba doping sredstava	Tuaminoheptan, metilheksanamin	Proces u toku	Atletski savez Srbije
Snuker	Upotreba doping sredstava	Morfin	Proces u toku	Snuker savez Srbije
MEĐUNARODNE SPORTSKE ORGANIZACIJE				
Pauerlifting	Upotreba doping sredstava	Diuretik hidrohloriazid	Proces u toku	Međunarodni pauerlifting savez

Izvor: <http://www.adas.org.rs/wp-content/uploads/dokumenti/izvestaji/izvestaj-2019.pdf>, 13.09.2021.

U tabeli br. 5. prikazane su povrede antidoping pravila u 2020. godini.

Interesantno je da je i u ovoj godini sproveden identičan broj analiza kao i u prethodne dve, 852, među kojima je doping pozitivan rezultat zabeležen kod 8 sportista.

Tabela 5. Povreda antidoping pravila u 2020. godini

Disciplina	Vrsta povrede	Doping sredstvo	Sankcija	Sportski savez
Boks	Upotreba doping sredstava	Karboksi THC	Zabrana učešća u sportu 1 godina; diskvalifikacija rezultata	Bokserki savez Srbije
Boks	Upotreba doping sredstava	Norandrosteron	Proces u toku	Bokserki savez Srbije
Boks	Upotreba doping sredstava	Metilheksanamin, metabolit dehidrohlormetiltestosteron, metandienon	Proces u toku	Bokserki savez Srbije
Boks	Upotreba doping sredstava	Kokain	Proces u toku	Bokserki savez Srbije
Bodibilding	Odbio doping kontrolu		Zabrana učešća u sportu 4 godine; diskvalifikacija rezultata	Savez Srbije za bodibilding
Bodibilding	Upotreba doping sredstava	Drostanolon, masterolon, stanozolol	Zabrana učešća u sportu 4 godine; diskvalifikacija rezultata	Savez Srbije za bodibilding
Bodibilding	Upotreba doping sredstava	Drostanolon, fluoksimesteron, stanozolol	Zabrana učešća u sportu 4 godine; diskvalifikacija rezultata	Savez Srbije za bodibilding
Sportsko penjanje	Upotreba doping sredstava	Karboksi THC	Zabrana učešća u sportu 3 meseca; diskvalifikacija rezultata	Sportsko penjački savez Srbije

Izvor: <http://www.adas.org.rs/wp-content/uploads/dokumenti/izvestaji/izvestaj-2020.pdf>, 15.09.2021.

Prema podacima dostupnim za period od 2017. do 2020. godine, ukupno je 40 srpskih sportista bilo pozitivno nakon sprovedene doping kontrole. Kako se može uočiti, upotreba doping sredstava je u pomenutom periodu jedina povreda antidoping pravila za koju su naši sportisti sankcionisani zabranom učešća u sportu za određeni vremenski period, eventualno i diskvalifikacijom rezultata, sa izuzetkom u jednom slučaju kada je sportista odbio doping kontrolu. Kao što se može uočiti iz tabelarnih prikaza, nije zabeležen nijedan slučaj vršenja krivičnog dela, odnosno krivične odgovornosti sportista.

U tabeli br. 6 predstavljen je odnos doping pozitivnih sportista prema ukupnom broju sprovedenih doping kontrola u posmatranom četvorogodišnjem periodu istraživanja. Ukupan broj sportista doping pozitivnih na zabranjena doping sredstva prikazana u prethodnim tabelama (40), čini 1,1% od sveukupnog broja sprovedenih doping kontrola (3604).

Tabela 6. Odnos između ukupnog broja testiranih i broja potvrđenih doping pozitivnih sportista

Pozitivan doping test	Ukupan broj doping testiranih	Udeo doping pozitivnih u ukupnom br. testiranih
40	3604	1,1%

U tabeli br. 7 prikazana je zastupljenost upotrebe zabranjenih doping sredstava po sportskim disciplinama. Od 18 sportskih disciplina zabeležena je najčešća upotreba u bodibildingu (9), zatim boksu (7), američkom fudbalu (5), a neznatan broj u preostalim 15 sportova (po 2 doping pozitivna rezultata u 4 sportske discipline i po 1 doping pozitivan u 11 sportskih disciplina).

Tabela 7. Zastupljenost upotrebe doping sredstava po sportskim disciplinama

Sportska disciplina	Pozitivan doping rezultat
Bodibilding	9
Boks	7
Američki fudbal	5
Dzudo	2
Ragbi 13	2
Kik boks	2
Paurlifting	2
Hokej na ledu	1
Sambo	1
Tekvondo	1
Padobranstvo	1
Rukomet	1
Dizanje tegova	1
Parastreljaštvo	1
Sportski automobilizam	1
Atletika	1
Snuker	1
Sportsko penjanje	1

ZAKLJUČAK

Tematici zabrane dopinga u sportu prvi put se pristupilo ozbiljno kada su sportisti izazvali svoju smrt upotrebom pojedinih doping sredstava koja su u sadejstvu sa klimatskim uslovima tokom takmičenja imali fatalan ishod. U borbu protiv

dopinga u sportu krenulo se donošenjem niza Rezolucija, Preporuka i Konvencija Saveta Evrope, UNESCO-a, uspostavljanjem Svetskog anti-doping kodeksa i Svetske anti-doping agencije. Među mnogim odredbama koje se odnose na edukaciju o doping, uspostavljanju na nacionalnim nivoima antidoping propisa, svakako su značajne i one o stvaranju, a vremenom i osavremenjivanju laboratorijskih uslova u svrhu doping testiranja. Predviđajući povrede antidoping pravila i moguće sankcije, državama potpisnicama je prepušteno da svojim propisima određene povrede predvide kao krivična dela ili prekršaje.

Premda je u brojnim državama upotreba doping sredstava sankcionisana prekršajno, zakonodavac RS se u prvobitnom zakonu opredelio za to da ovakvo postupanje predvidi kao krivično delo. Novi zakon upotrebu doping sredstava svrstava u kategoriju prekršaja. Kod preostala dva krivična dela, kaznena politika je usaglašena sa onom koja je predviđena kod krivičnih dela koja se odnose na omogućavanje uživanja opojnih droga i neovlašćenu proizvodnju i stavljanje u promet opojnih droga. Za državu koja se tek u skorije vreme ozbiljnije posvetila tematici suzbijanja dopinga u sportu, ova nova zakonska rešenja predstavljaju značajan korak napred.

Statistički deo istraživanja pokazuje da u protekle četiri godine nije učinjena nijedna povreda antidoping pravila sa obeležjima krivičnog dela, već prekršaja. Od ukupnog broja sprovedenih doping kontrola, doping pozitivni sportisti čine 1,1%, u odnosu na svetski prosek – 1,5%. Apsurdno bi bilo govoriti o iskorenjivanju dopinga u sportu, ali je sasvim sigurno da bi situacija bila znatno gora nego sada, da nije intenzivnih napora koji već poprimaju velike razmere.

Dr. VANDA BOŽIĆ
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Business Academy, Novi Sad

Dr. MIRJANA ĐUKIĆ
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Priština, Kosovska Mitrovica

CRIMINAL LIABILITY FOR DOPING IN SPORT

Summary

Sport undoubtedly plays the most important role in the development of physical, mental and intellectual abilities of an individual. In addition, it brings high revenues to national sports teams at international and international competitions, whatever the sport in question. In an effort to achieve better performance, athletes first resorted to natural, and with the development of pharmacology,

artificial stimulants, harmful to their health. Fair competition and protection of athletes' health have been set as a priority, so in order to preserve these values, international standards have been set that promote the prohibition and prevention of doping in sports. The authors analyze the basic international documents that regulate the subject matter, starting from the time when the use of doping caused the deaths of athletes, in 1967 until today. Within the framework of national legislation, amendments to the legal regulations in the field of criminal responsibility of athletes in the Republic of Serbia have been considered. In the statistical part of the research, an analysis of violations of anti-doping rules committed by Serbian athletes at national and international competitions was performed, based on the report of the Anti-Doping Agency of the Republic of Serbia (ADAS) for the four-year period from 2017 to 2020.

Key words: doping, sports, criminal liability of athletes

Literatura

- Andrea A. C., „Doping in sports in ancient and recent times“, *Med Secoli*, Vol. 22, No. 1-3.
- Bjelica D., „Doping i nedozvoljene metode u sportu“, *Crnogorska sportska akademija „Sport Mont“*, Vol. 5, No. 12-13-14, 2007.
- Božić V., Đukić M., Jovanovski Z., „Kaznenopravni prikaz i analiza zaštite od nasilja na športskim natjecanjima u Hrvatskoj uz osvrt na međunarodnopravna rješenja“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, Tom I, Beograd, 2020.
- Delibašić V., *Suzbijanje zloupotreba opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2014.
- Holuihan B., *Dying To Win: Doping in Sport and the Development of Anti-doping Policy*, Council of Europe Publishing, 2002.
- Jovanovski Z., Božić V., Atanasov S., „Nasilje na sportskim priredbama i uloga medija“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2019.
- Mandarić S., Delibašić V., „Sankcionisanje dopinga u sportu“, *Fizička kultura*, Vol. 68, No. 1, 2014.
- Maraniss D., *Rome 1960: The Olympics That Change The World*, Simon & Schuter, New York, 2008.
- Müller R. K., „History of Doping and Doping Control“, *Doping in Sports: Biochemical Principles, Effects and Analysis* (eds. Thieme D., Hemmersbach P.), Handbook of Experimental Pharmacology, Springer, Vol 195. Berlin, Heidelberg. https://doi.org/10.1007/978-3-540-79088-4_1.
- Osredkar J., „Doping u sportu“, *Medicina sporta* (ur. Rudi Čajevac, Stjepan Heimer), Kineziološki fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2006.
- Otašević B., Kolarević D., Radovanović I., „Clandestine drug production laboratories in Serbia“, *Teme*, g. XLIII, br. 4, 2019.
- Otašević B., Đurđević N., „Prekršajnopravna zaštita od nasilja na sportskim priredbama u Republici Srbiji“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2019.

- Pajčić M., Petković T., „Doping i kaznenopravna odgovornost“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 45, br. 3, Split, 2008.
- Primorac D., Buhovac M., Miletić N., „Istraživanje i dokazivanje dopinga kao sportskog delikta s osvrtom na kaznenopravni aspekt“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 58, br. 1, Split, 2021.
- Šuput D., „Dokumenti međunarodnih organizacija koji propisuju zabranu upotrebe dopinga u sportu“, *Strani pravni život*, br. 2, Beograd, 2009.
- Tepšić G., „Doručak šampiona“, *Tajne sportske farmakologije*, Lexia, Zagreb, 2002.
- Vieweg K., „The Definition of Doping and the Proof of a Doping Offense (An Anti-Doping Rule Violation) Under Special Consideration of the German Legal Position“, *Marquette sports law review*, Vol.15, 2004.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 21.09.2021.

Prihvaćen: 10.10.2021.

PREGLEDNI RAD

DRUGA KATEDRA

PRAVO NA SLOBODU

Krivično-pravna i procesna zaštita ličnosti

MILAN ŠKULIĆ

**JEDAN POGLED NA ZAKONIK O KRIVIČNOM POSTUPKU
U KONTEKSTU ULOGE USTAVNOG SUDA I ODNOSA IZMEĐU
KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA / KRIVIČNOG PRAVA
I USTAVNOG PRAVA**

U radu se razmatraju osnovni aspekti odnosa ustavnog prava i krivičnog procesnog prava sa stanovišta utemeljenosti niza odredbi krivičnog postupka na ustavu kao temelju pravnog sistema pravne države/države koja se odlikuje vladavinom prava. Osnovni cilj demokratske krivične procedure utvrđen već u članu 1. Zakonika o krivičnom postupku ima svoje čvrsto ustavnopravno utemeljenje, zasnovano kako na zaštitnoj funkciji krivičnog materijalnog prava / krivičnog procesnog prava, iz koje proizlazi legitimna težnja da se učiniocu krivičnog dela u skladu sa pravilima krivičnog prava, izrekne adekvatna krivična sankcija, tako i na izuzetno važnom cilju svake pravne države / države koja se odlikuje vladavinom prava, da se nevini ljudi ne izlože krivičnopravno represiji. U radu se posebno objašnjava uloga Ustavnog suda u pravnom sistemu Srbije u domenu njegovog vrednovanja / njegove ocene ustavnosti određenih odredbi Zakonika o krivičnom postupku, što se ilustruje i tekstom jednog izdvojenog mišljenja autora članka, koji je i sudija Ustavnog suda. U zaključku se posebno ističe da važeći Zakonik o krivičnom postupku Srbije obiluje odredbama koje su potencijalno neustavne, pri čemu se u nekim bitnim situacijama te vrste, taj problem ne može rešiti delovanjem Ustavnog suda, koji ne može biti „pozitivni“ zakonodavac, te formulisati/kreirati tzv. nedostajuće krivičnoprocesne odredbe. Pored toga, u radu se generalno ističe da pozitivni Zakonik o krivičnom postupku sadrži brojne pravno-tehničke nedostatke, ali i niz suštinskih konceptualnih grešaka, zbog čega je neophodno da se u budućnosti on korenito

Prof. dr Milan Škulić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, zamenik predsednika Ustavnog suda Srbije, e-mail: skulic@ius.bg.ac.rs.

izmeni i dopuni adekvatnim novelama ili zameni potpuno novim zakonskim tekstom, koji bi u bitnom bio utemeljen na dominantno kontinentalnoevropskoj tradiciji srpskog krivičnog procesnog prava.

Ključne reči: *Zakonik o krivičnom postupku, Ustav, krivično procesno pravo, ustavno pravo, Ustavni sud, izdvojeno mišljenje, ustavnost, neustavnost*

U V O D

Zakonik o krivičnom postupku predstavlja osnovni izvor srpskog krivičnog procesnog prava, koji je od ogromne važnosti, kako radi omogućavanja efikasne krivičnoprocesne reakcije u odnosu na kriminalitet, tako i u pogledu zaštite čitavog niza vitalnih prava i sloboda, koje su i ustavnopravnog ranga. To znači da se s jedne strane, kreiranjem normativnog ambijenta za vođenje krivičnih postupaka, stvaraju uslovi da se o krivičnim delima kao glavom predmetu krivičnog postupka, odlučuje na način koji obezbeđuje zaštitu društva od kriminaliteta, dok se tako s druge strane, omogućava da svi subjekti/učesnici krivičnog postupka u njemu ostvare svoja prava, a nekada i ispune određene dužnosti. Krivično procesno pravo može se definisati u funkcionalnom smislu, odnosno direktno u vezi sa njegovom svrhom postojanja, a uz neposredan oslonac na cilj materijalnog krivičnog prava. Jedan poznati nemački autor (Klaus Roxin, nem. *Claus Roxin*), na takav način objašnjava pojam krivičnog procesnog prava, navodeći: „Materijalno krivično pravo, čija su osnovna pravila sadržana u Krivičnom zakonu, ustanovljava karakteristike kažnjivih radnji, te zaprećuje pravnim posledicama (kazne i mere bezbednosti), koje su povezane sa činjenjem krivičnog dela. Da bi ove norme mogle da ostvare svoju funkciju stvaranja elementarnih pretpostavki za mirni zajednički život ljudi, one ne smeju u slučaju izvršenja krivičnog dela, postojati samo na papiru. Potreban je pre svega, jedan pravno uređeni postupak, pomoću koga se postojanje kažnjive radnje može ustanoviti, te istovremeno omogućiti sprovođenje zakonom propisane sankcije. Pritom se pod takvim 'pravno uređenim' postupkom mogu razumeti tri aspekta: njegove odredbe moraju biti tako formulisane da na odgovarajući način potpomažu materijalnom krivičnom pravu da bude sprovedeno; one moraju istovremeno da ustanove granice prava zadiranja organa krivičnog pravosuđa u zaštićene slobode pojedinaca; i one moraju konačno, da stvore mogućnost, da se pravnosnažnom odlukom ponovo uspostavi narušeni pravni mir.“¹

Osnovna funkcija krivičnog procesnog prava, čiji je dominantni izvor Zakonik o krivičnom postupku, jeste da bude u funkciji delotvornog ostvarivanja ciljeva

¹ Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1998, 1–2.

materijalnog krivičnog prava, koje je u *zaštitnoj funkciji* u odnosu na najvažnija dobra/vrednosti u društvu/pravnom sistemu. Samim tim i krivično procesno pravo ostvaruje zaštitnu funkciju. Danas je uobičajeno da se krivičnom pravu pripisuje *utilitaristički karakter*, te se kao njegov cilj određuje efikasna zaštita najznačajnijih dobara i vrednosti, od ponašanja koja ih povređuju ili ugrožavaju, iz čega proizlazi i da je „zaštitna funkcija krivičnog prava njegova osnovna i najvažnija funkcija“, te je „ona razlog njegovog postojanja“.² Zaštitna funkcija krivičnog prava svodi se na „očuvanje elementarnih vrednosti koje omogućavaju zajednički život ljudi u zajednici“, jer „ako ponašanja kao što su ubistva, silovanja ili krađe,³ ne bi bila smatrana kriminalnim, opstanak društva ne bi bio moguć“, pa je „stoga osiguranje temeljnih pretpostavki života u zajednici, i onih dobara bez kojih bi njeno funkcionisanje bilo dovedeno u pitanje, u svim kulturama predstavljalo jedno od najvažnijih zadataka uspostavljenog poretka pravila“.⁴

Moderno krivično pravo pritom, ostvaruje svoju zaštitnu funkciju, kako time što propisuje određena krivična dela, tako i propisivanjem opštih normi koje se tiču opštih kako objektivnih, tako i subjektivnih obeležja krivičnih dela, osnova isključenja protivpravnosti itd., ali sve to samo pod uslovom postojanja *krivice* učinioca,

² Zoran Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, dvadeset sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, str. 65.

³ Ovde se u *exempli causa* smislu nabrajaju određena „klasična krivična dela“, koja po svom karakteru, svakako spadaju u *mala in se*, shodno jednoj od opštih tradicionalnih teorijskih podebla delikata u većini krivičnopravnih doktrina na dve osnovne vrste: 1) delikti koji su *mala in se* i delikti koji predstavljaju *malla prohibita*. *Mala in se* krivična dela su oni delikti koji se u društvu „inherentno“ ili iskonski smatraju pogrešnim ili se svakako tretiraju kao „zlo“, poput klasičnih teških krivičnih dela, kao što su ubistva i razbojništva (koje je imovinsko krivično delo, ali sa elementima prinude), silovanja ili tipičnih krivičnih dela protiv imovine, poput krađe, utaje itd., dok su *malla prohibita* ona krivična dela kod kojih je njihov „protivpravni“ karakter, odnosno njihova „pogrešnost“, nešto što je striktno propisano zakonom, a ne podrazumeva se da u pogledu takvih delikata ta ocena nužno postoji i kod šire javnosti, odnosno u društvu/ljudskoj zajednici uopšte. Tako na primer, američka krivičnopravna teorija, kada objašnjava jedan specifičan vid odgovornosti za krivično delo, koji nije zasnovan na konceptu subjektivne odgovornosti, ona krivična dela koja se u krivičnom pravu SAD temelje na objektivnoj odgovornosti (*The Strict Liability Offenses*), gde uglavnom spadaju delikti „regulatornog tipa“, poput onih koji se odnose na određene prehrambene i zdravstvene standarde, generalno svrstava u najtipičnija krivična dela koja su *malla prohibita* karaktera. Više o tome, John M. Sheb, John M. Sheb, Jr., *Criminal Law and Procedure*, Wadsworth, Belmont, CA, 2011, 86; Milan Škulić, „Objektivna odgovornost u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih država“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* i *Crimen – časopis za krivične nauke, zajednički broj*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2016, 63–78.

⁴ Igor Vuković, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 1–2.

pri čemu je stepen krivice od značaja i za odmeravanje kazne.⁵ Savremeno krivično pravo počiva na „principu krivice“.⁶ Samo skrivljeno protivpravno delo koje je zakonom određeno kao krivično delo, jeste krivično delo. Načelno se samo tada učinioću takvog dela i mogu izricati krivične sankcije, što se u prvom redu, odnosi na kaznu, kao klasičnu krivičnopravnu reakciju na učinjeno krivično delo. Načelo krivice je jedan od ključnih principa nemačkog materijalnog krivičnog prava. U krivičnopravnoj teoriji se ističe i da princip krivice znači da se kazne koje propisuje država mogu utemeljiti jedino na konstataciji da se „učinioću može prebaciti za njegovo delo“, pri čemu iz ovog principa s jedne strane, proizlazi da „kazna podrazumeva postojanje krivice“, tako da se onaj ko je delovao bez krivice, ne može kazniti, dok to s druge strane označava da „kazna takođe ne sme ni prekoračiti meru krivice“;⁷ Postojanje obeležja krivičnog dela utvrđenih zakonom, kao i protivpravnosti, mora biti skopčano i sa postojanjem skrivljenosti, da bi se za takvo delo učinilac mogao smatrati odgovornim, što „kako se to uglavnom objašnjava“, znači da se učinioću za njegovo delo može „prebaciti“ ili „prigovoriti“, a pretpostavke za to su da je on sposoban da snosi krivicu, te da ne postoje okolnosti koje bi predstavljale „izvinjavajuće osnove“, kao što su to na primer, neotklonjiva pravna zabluda ili izvinjavajuća krajnja nužda.⁸

Važnost krivičnog postupka, pa samim tim i Zakonika o krivičnom postupku u pravnoj državi, najbolje se uočava uočavanjem njegovog cilja. Cilj krivičnog postupka je utvrđen već u prvom članu Zakonika o krivičnom postupku na način koji je eminentan demokratskoj pravnoj državi, odnosno državi koja se odlikuje vladavinom prava. Naime, u članu 1. stav 1. Zakonika o krivičnom

⁵ Više o tome, Claus Roxin, Luis Greco, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band I – Grundlage – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2020, 1–2.

⁶ Ova konstatacija ipak, u prvom redu važi za kontinentalnu Evropu i klasično evropsko krivično pravo, a nešto je drugačije u anglosaksonskom pravnom svetu. Tako na primer, kako to ističe autor koji se citira u narednoj fusnoti (Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5. vollständig neuberarbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 24), krivično pravo SAD po pravilu, zahteva postojanje umišljaja ili nehata za postojanje krivičnog dela, ali poznaje takođe i slučajeve postojanja objektivne odgovornosti, koji se svode na kažnjivost i bez krivice (*strict liability*). Više o tome: M. Škulić, op. cit., 63–78.

⁷ H. H. Jescheck, T. Weigend, op. cit., 23.

⁸ Claus Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, 197. Ovde treba imati u vidu (uz isticanje da problematika krivice, kao i uopšte, razmatranje osnova krivičnopravne dogmatike, daleko prevazilazi temu ovog teksta), da nemačko krivično pravo razlikuje dve vrste krajnje nužde: 1) izvinjavajuću (*der entschuldigende Notstand*), koja isključuje postojanje krivice i 2) opravdavajuću (*der rechtfertigende Notstand*), koja isključuje postojanje protivpravnosti.

postupku utvrđuje se svrha naše krivične procedure na jedan etički izuzetno vredan način, tako što se navodi da taj zakonik sadrži pravila čiji je cilj da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon, a na osnovu zakonito i pravično sprovedenog postupka. Iz ovoga proizlazi da je svrha Zakonika o krivičnom postupku dvosmerno orijentisana. Ona se ogleda u tome da *prvo* – niko nevin ne bude osuđen, a tek se *zatim*, kao cilj krivičnog postupka označava njegova opšta zaštitna funkcija, u kontekstu njegove funkcionalne povezanosti sa zaštitnom svrhom/funkcijom krivičnog materijalnog prava, po kojoj je svrha njegovih pravila da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje predviđa krivični zakon i na osnovu zakonito i pravično sprovedenog postupka.⁹

OSNOVNE KARAKTERISTIKE ODNOSA RELEVANTNIH
USTAVNOPRAVNIH ODREDBI I ODREĐENIH KRIVIČNOPROCESNIH
NORMI – SUMARNI UPOREDNOPRAVNI PRIKAZ
I SRPSKI PRAVNI SISTEM

S obzirom na cilj krivičnog postupka utvrđen već u prvom članu srpskog Zakonika o krivičnom postupku, nije ni u načelnom smislu nimalo teško objasniti koliko je veliki značaj Zakonika o krivičnom postupku, a naročito u njegovom domenu koji se tiče odnosa u njemu sadržanih normi sa određenim ustavnopravnim garancijama. Iz velike važnosti Zakonika o krivičnom postupku, ali i iz njegovog utemeljenja na određenim vitalnim ustavnopravnim pravilima, proističu nekada i određene dileme u pogledu usaglašenost nekih njegovih delova sa Ustavom. Naravno, o tome konačnu reč daje Ustavni sud, kada rešava povodom konkretnih inicijativa, uz legitimnu mogućnost postojanja i izdvojenih mišljenja u odnosu na konkretne odluke Ustavnog suda,¹⁰ ali se tim pitanjem bavi kako krivičnoprocesna,

⁹ Dakle, osnovna zaštitna funkcija krivičnog procesnog prava, koja se po logici stvari, funkcionalno nadovezuje na zaštitnu funkciju krivičnog materijalnog prava (koje pored toga i načelno ima/mora imati *ultima ratio* karakter), može se ostvarivati samo uz nužni oprez u odnosu na eventualne sudske zablude, a u formalnom smislu se naravno, ne mora uvek ni učiniocu, odnosno optuženom u krivičnom postupku, ni onda kada se dokaže da je učinio krivično delo, izreći krivična sankcija, jer je u nekim situacijama moguće da se on oglasi krivim, a oslobodi od kazne.

¹⁰ Ovaj tekst je stoga, u velikom delu (koji se tiče niza konkretnih odredbi važećeg Zakonika o krivičnom postupku) i zasnovan na jednom izdvojenom mišljenju autora ovog teksta. Radi se o predmetu broj: IUz-96/2015 – odluka Ustavnog suda, od 8. juna 2021. godine – objavljena u *Službenom glasniku RS*, broj 62/21, Beograd, od 17. juna 2021. godine, 95–96. Saglasno izdvojeno mišljenje sudije prof. dr Milana Škulića, objavljeno je u *Službenom glasniku RS*, broj 62/21, Beograd, od 17. juna 2021. godine, str. 96–105.

tako i ustavnopravna teorija. Naime, i inače su veoma jake veze između krivičnog (materijalnog/procesnog prava i ustavnog prava, pa se tako u krivičnopravnoj teoriji ističe da je „ustavno pravo temelj krivičnog prava.“¹¹ Stoga svakako i prilikom vrednovanja/ocene normi Zakonika o krivičnom postupku i onda kada se to čini u teorijskom smislu, pažnju treba obratiti i na ustavnopravna pravila.

Relevantne ustavnopravne norme su temelj na kojem se zasniva veliki deo Zakonika o krivičnom postupku, iako je Ustav kao takav, a isto važi i za određene međunarodnopravne izvore, samo posredan izvor našeg krivičnog procesnog prava. Ovakav koncept odnosa između ustavnopravnih normi i odredbi osnovnog izvora krivičnog procesnog prava, odnosno krivičnoprocesnih odredbi uopšte, inače je, karakterističan za kontinentalnoevropske pravne sisteme, a nešto drugačije je u nekim anglosaksonskim krivičnim procedurama, gde su najtipičnije Sjedinjene Američke Države, u kojima su sam Ustav SAD, ali i ustavi država u sastavu SAD, u nekim aspektima,¹² često i neposredan izvor krivičnog procesnog prava. Tako kada

Naime, Ustavni sud Srbije je povodom podnetih inicijativa za utvrđivanje/ocenu neustavnosti, Rešenjem IUz-96/2015 od 2. jula 2020. godine, pokrenuo postupak za utvrđivanje neustavnosti odredaba člana 363. tačka 5) i člana 366. Zakonika o krivičnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14 i 35/19), a potom je svojom odlukom od 8. juna 2021. godine, konačno i utvrdio da odredbe člana 363. tačka 5) i člana 366. Zakonika o krivičnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14 i 35/19), nisu u saglasnosti sa Ustavom. U odnosu na ovu odluku Ustavnog suda autor ovog članka je kao sudija Ustavnog suda, izdvojio mišljenje, smatrajući s jedne strane, da je Ustavni sud opravdano zaključio da su određene odredbe Zakonika o krivičnom postupku neustavne (koje se tiču načela javnosti), ali da je pritom, Ustavni sud propustio priliku da i u pogledu čitavog niza drugih ustavnopravno spornih odredbi Zakonika o krivičnom postupku, pokrene postupak za utvrđivanje njihove neustavnosti.

¹¹ Adolf Schönke und Horst Schröder (Hrsg), (deo koji je pisao Bernd Hecker), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019, 18.

¹² Tako na primer, pravo na žalbu/pravno sredstvo protiv presude, odnosno relevantne sudske odluke uopšte, nije kao takvo predviđeno u Ustavu SAD, ali je ono izričito propisano u većini ustava država u sastavu SAD, kada se radi o osuđujućoj presudi, mada inače, žalba protiv presude u SAD, više liči na odgovarajuće vanredne pravne lekove u kontinentalnoevropskim krivičnoprocesnim sistemima (poput zahteva za zaštitu zakonitosti u našem krivičnom postupku), nego što odgovara onome što je inače, žalba kao redovan pravni lek u većini krivičnoprocesnih sistema kontinentalne Evrope. To se tiče i žalbe Vrhovnom sudu SAD, koja pored toga, u nekim aspektima odgovara onome što je ustavna žalba u kontinentalnoevropskim pravnim sistemima, koji poznaju takvo pravno sredstvo. Ovde pored toga, treba posebno imati u vidu da u krivičnoprocesnom sistemu SAD pravo žalbe u stvari, ni ne postoji u odnosu na oslobađajuću presudu, proisteklu iz porotnog suđenja, tako da već takva „prvostepena“ presuda podrazumeva nemogućnost ponovnog optuživanja istog lica za isto krivično delo, što znači da (već) tada deluje zabrana *double jeopardy*, što se svodi na proizvođenje istovetnog dejstva kao što ga i inače, prema kontinentalnoevropskoj krivičnoprocesnoj terminologiji ima načelo *ne bis in idem*.

je reč o ustavnim pravilima kao izvoru krivičnog procesnog prava SAD, od posebnog su značaja, kako određene odredbe samog Ustava, tako i amandmani na američki Ustav, koji predstavljaju njegov sastavni/dopunjujući deo i koji se sadržinski, te po svom pravnom dejstvu, a po uzoru na tradicionalna pravila izvornog *Common Law* sistema, te s obzirom na svoje dominantno pravno dejstvo, smatraju poveljom o pravima (*Bill of Rights*). Tu spadaju sledeća osnovna pravila ustavnopravnog ranga: 1) pravila iz domena zaštite lične slobode (*Habeas Corpus*);¹³ 2) pravo svakog građanina (okrivljenog/branjenika) na suđenje koje će se odvijati pred porotom;¹⁴ 3) pravo na nesamooptuživanje (nesamoinkriminisanje);¹⁵ 4) delovanje načela *ne bis in idem*,¹⁶ koje se u krivičnom postupku SAD, kao i u drugim anglosaksonskim krivičnim procedurama, definiše kao „zabrana dvostrukog ugrožavanja“;¹⁷ 5) pravilo o zabrani pretresanja i oduzimanja stvari u okviru / nakon pretresanja, bez sudske odluke/naloga;¹⁸ 6) pravo okrivljenog na odgovarajući postupak onda kada je optužen za krivično delo, što se svodi na načelo pravičnog postupka;¹⁹

Inače, u krivičnoprocesnom sistemu SAD nekada postoji i upadljiv odnos pravila i izuzetka, na temelju relacije između „forme i fakticiteta“. Tako je striktno ustavno pravo u SAD *pravo na porotno suđenje*, a kada porota odluči, onda po pravilu i u daleko najvećem broju slučajeva, nema prostora za bilo kakvo delotvorno osporavanje takve odluke, tj. moguće je ulaganje žalbe protiv osuđujuće presude, s obzirom na pravo na žalbu formulisanu u većini ustava država u sastavu SAD, ali je procesni uspeh takve žalbe u praksi sveden na ekstremni minimum. Čak je i ustavno pravo na porotno suđenje (*Article III and Sixth Amendment – Trial by Jury*), u praksi u SAD, pretvoreno praktično u izuzetak, zbog izuzetne ekspanzije stranačkih sporazuma, odnosno mehanizma sumarnog okončanja krivičnog postupka na temelju „ispregovaranog priznanja“ okrivljenog (*Plea Bargaining*).

¹³ Article I, Section 9 – *Writ of Habeas Corpus*.

¹⁴ Article III i 6. Amandman – *Trial by Jury*.

¹⁵ Fifth Amendment – *No self-incrimination*.

¹⁶ Fifth Amendment – *No double jeopardy*.

¹⁷ Ovde je za SAD, kao federaciju, čak sa brojnim konfederalnim elementima, od posebnog značaja i odnos saveznih ustavnih pravila i ustavnih pravila država u sastavu SAD. Dakle, načelo *ne bis in idem* (*prohibition of double jeopardy*), ustavnog je ranga *na saveznom nivou* (Peti amandman na Ustav SAD), ali se ono ne odnosi na slučajeve (što nije nimalo retko u praksi), kada je jedno isto krivično delo propisano kako saveznom regulativom, tako i krivičnopravnim propisima država SAD, što znači da ako na primer: „neko opljačka banku u Nju Džersiju, on time krši kako pravo federacije, tako i pravo države u kojoj je krivično delo učinjeno. To lice može biti legalno krivično gonjeno i osuđeno odlukom suda u Nju Džersiju za to krivično delo, a potom se protiv njega može za isto krivično delo voditi krivični postupak pred sudom na saveznom nivou. *Outline of the US Legal System* (Eds. Robert A. Carp, Stidham Ronald), Bureau of International Information Programs United States Department of State, Washington, 2004, 106.

¹⁸ Fourth Amendment – *No search and seizure without warrant*.

¹⁹ Fifth and Fourteenth Amendment – „...Must have due Process“.

kao i pravo okrivljenog na suočavanje sa tužiocem, što uključuje njegovo pravo da ispita svedoke koji ga terete, kao i pravo okrivljenog da se obezbedi ispitivanje svedoka čiji mu iskaz ide u prilog, uz pravo okrivljenog da sam ispituje i takve svedoke.²⁰ Kao što je prethodno već objašnjeno, u Ustavu SAD, dakle na saveznom nivou, nije propisano pravo na žalbu, niti je pravno na pravno sredstvo uopšte, definisano tako da bude ustavnopravnog ranga. Međutim, okrivljeni u krivičnom postupku SAD ipak ima pravo na žalbu protiv osuđujuće presude, kao i u odnosu na odluke koje se odnose na Ustavom Sjedinjenih Američkih Država garantovano pravo na slobodu, iz domena *habeas corpusa*, što se ostvaruje odgovarajućom „kombinacijom“ pravila sadržanih u Ustavu SAD i pravila ustanovljenih u ustavima država u sastavu SAD. Ovo se u američkoj krivičnopravnoj/krivičnoprocesnoj teoriji objašnjava na sledeći način: „Ustav Sjedinjenih Država ne obezbeđuje pravo na žalbu. Nezavisno od toga, sve države u svojim ustavima garantuju pravo na žalbu. Kada je pravo na žalbu već jednom ustanovljeno ustavima država SAD, prema samom Ustavu SAD zahteva se da žalbenom procedurom ne bude prekršen XIV amandman na Ustav SAD, kojim se garantuje pravo na pravičan postupak i jednaku pravnu zaštitu.“²¹

Većina ustavnopravnih pravila koja se odnose na krivični postupak propisanih u Ustavu SAD, koji predstavlja u tom delu neposredan izvor američkog krivičnog procesnog prava, postoji i u kontinentalnoevropskim ustavima, u kojima se pored toga, po pravilu formuliše i ustavno pravo na žalbu/delotvorno pravo sredstvo. To je tako i kada se radi o ustavnopravnim sistemima koji ne poznaju „kompletirani/pisani/kodifikovani“ ustav, kao što je to tipično za Veliku Britaniju,²² kao i za države koje imaju „ustav“, u faktičkom smislu, pa i sa stanovišta forme (jer u njihovom pravnom sistemu postoji i ustavni sud), ali se ustav terminološki označava

²⁰ Sixth Amendments – *Right to confront accusers and compel favorable witnesses to testify*.

²¹ Daniel Hall, *Criminal Law and Procedure*, Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers, New York, 1992, 362.

²² Naime, „Ustav Velike Britanije“ ili „britanski Ustav“ nije kodifikovan (kao što je to slučaj u većini savremenih država), već se pod njime podrazumeva skup pravila, kako pisanih, tako i nepisanih (običajnih), koja su ustavnopravnog ranga i tiču se Ujedinjenog Kraljevstva i Severne Irske, kao „političkog subjekta/tela“. U Velikoj Britaniji i Severnoj Irskoj je u tom pogledu od značaja i sudska praksa, pa je tako Vrhovni sud Velike Britanije priznao i formalno da određeni akti koje je doneo Parlament imaju ustavnopravni rang. Vrhovni sud Velike Britanije je potvrdio postojanje određenih „ustavnih principa“, gde pored akata/zakona samog Parlamenta, utemeljenih na parlamentarnom suverenitetu, a posebno u domenu onih koji se tiču vladavine prava (*rule of law*) i demokratskih načela, spadaju i pravni standardi zasnovani na delovanju međunarodnog prava (*princip internacionalizacije*). Više o tome: Anthony King, *The British Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 19–20.

drugačije, kao što je to slučaj sa Nemačkom. I za nemačko krivičnoprocesno pravo, kao tipično kontinentalno evropsko-krivičnoprocesno pravo je karakteristično definisanje cilja krivičnog postupka u skladu sa legitimnom ustavnopravno definisanom svrhom. Cilj krivičnog postupka u Nemačkoj je kompleksan i on se svodi na rešavanje legitimnog „zahteva države za kažnjavanjem“,²³ ali tako da to bude povezano sa „načelom zakonitosti krivičnog procesnog prava“ na kojem se temelje „istinitost i pravičnost“.²⁴

Kada je reč o krivičnoprocesnom sistemu Srbije, čitav niz ustavnopravnih odredbi je od značaja kao *temelj konkretnih normativnih rešenja* sadržanih u izvorima našeg krivičnog procesnog prava, što se pre svega tiče Zakonika o krivičnom postupku. To je posebno upadljivo kada se radi o osnovnim Ustavom zajamčenim pravima okrivljenog u krivičnom postupku, gde je od ključnog značaja pravo na odbranu/pravo na pravičan krivični postupak, ali određena Ustavom garantovana prava imaju i drugi subjekti/učesnici krivičnog postupka. Stoga se i inače u krivičnoprocesnoj oblasti poklanja značajna pažnja odnosu krivičnog procesnog prava i ustavnog prava. Krivično procesno pravo ostvaruje dakle, veoma jaku vezu sa ustavnim pravom. U savremenoj pravnoj i političkoj teoriji se s razlogom smatra da je ustav simbol pravne države, odnosno da je „ustav magična i simbolična reč pravne države“, pa je tako, jedan sudija iz Virdžinije još 1793. godine s pesničkim prizvukom kvalifikovao ustav kao sunce političkog sistema oko koga moraju da se okreću celokupno zakonodavstvo, egzekutiva i sudski organi, dok se u literaturi pod ustavom obično podrazumeva skup pravila (pravnih normi), kojima se regulišu kako organizacija javnih vlasti i njihovi međusobni odnosi, tako i građanska prava i slobode.²⁵

U nauci se, kada je reč o načelnom značaju ustava, takođe ističe: „Ideja ustava potiče iz tri izvora. Prvi je postojanje glavnog višeg zakona. Nekada je suveren vladao po svojoj volji ili putem božijeg prava. Njegova se vlast mogla ograničiti i on postaviti na svoje mesto samo u ime zakona koji bi bio iznad njega. Drugi izvor su lična prava. Nekada su pojedinci uživali privilegije ili trpeli odricanja po milosti

²³ Pod „zahtevom države za kažnjavanjem“ (*der staatliche Strafanspruch*), podrazumeva se naravno, optužni akt državnog tužioca kojim se konkretnom licu (okrivljenom) na teret stavlja da je učinio određeno krivično delo, ali tu uopšte i generalno, spada i krivično gonjenje po načelu oficijelnosti, jer je istraga u nadležnosti državno tužioca u Nemačkoj, a ona se odvija bez postojanja formalnog optužnog akta, pa i najčešće bez formalne odluke javnog tužioca. S druge, strane, to što „država“ upućuje/podnosi „zahtev za kažnjavanje“, svakako ne podrazumeva da će okrivljeni zaista biti kažnjen, jer će sud odlučujući o takvom „zahtevu“, okrivljenog osloboditi optužbe kada za to postoje zakonski razlozi.

²⁴ Werner Beulke und Sabine Swoboda, *Strafprozessrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2018, 3.

²⁵ Pavle Nikolić, *Ustavno pravo*, Prosveta, Beograd, 1996, 33–34.

jačih i volji božijoj. Kada su se ljudi oslobodili od svojih vladara, prava koja su od njih otrgli trebalo je zaštititi, kako bi ona trajno postala njihova svojina. Treći izvor je povelja (*charter*) pisani dokument. Nekada je presto bio iznad svake pisane povelje. Slabljenjem apsolutne moći kruna, nastaje verovanje da je vlast stvorio narod, da joj je dodelio ograničena ovlašćenja i da je ustanovio način vršenja vlasti. Kao dokaz tih prerogativa naroda pojavile su se pisane povelje.²⁶ Iz činjenice da Ustav poklanja veliku pažnju zaštiti ljudskih prava i sloboda, te daje osnovne konture garantovanih prava i sloboda u jednoj državi, a da takođe, utvrđuje i opšte okvire mogućeg ograničenja ili lišenja određenih prava i sloboda i da pored toga, istovremeno utvrđuje i odgovarajuću podelu vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, za koju je između ostalog, karakteristično i da se pred njom odvija krivični postupak, proizlazi i veza između ustavnog i krivičnog procesnog prava.²⁷

Osnovna ustavna prava koja su krivičnogopravnog/krivičnoprocesnog značaja

Čitav niz ljudskih prava i sloboda proklamovanih i garantovanih Ustavom Srbije jesu ili mogu biti od značaja i sa stanovišta njihove zaštite u krivičnom postupku i uopšte u krivičnompravnom smislu. To se odnosi na ustavne norme koje utvrđuju zabranu diskriminacije (član 21. Ustava Srbije), pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti (član 23. Ustava Srbije), pravo na život (član 24. Ustava Srbije), nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta (član 25. Ustava Srbije), pravo na slobodu i bezbednost (član 27. Ustava Srbije), postupanje s licem lišenim slobode (član 28. Ustava Srbije), dopunska prava u slučaju lišenja slobode bez odluke suda (član 29. Ustava Srbije), pritvor (član 30. Ustava Srbije), trajanje pritvora (član 31. Ustava Srbije), pravo na pravično suđenje (član 32. Ustava Srbije), posebna prava okrivljenog član 33. Ustava Srbije), pravna sigurnost u kaznenom pravu (član 34. Ustava Srbije), pravo na rehabilitaciju i naknadu štete (član 35. Ustava Srbije), pravo na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo (član 36. Ustava Srbije), slobodu kretanja (član 39. Ustava Srbije), nepovredivost stana (član 40. Ustava Srbije), tajnost pisama i drugih sredstava opštenja (član 41. Ustava Srbije) itd. Čitav niz ustavnih prava i sloboda, ili je neposredno povezan sa krivičnompravnom materijom ili može u određenoj situaciji imati i odgovarajuću krivičnompravnu komponentu.²⁸

²⁶ Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, 11. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006, 31.

²⁷ Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, 10. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 31.

²⁸ Više o tome, Milan Škulić, „Uloga Ustavnog suda u krivičnompravnom segmentu pravnog sistema Republike Srbije“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 2, Beograd, 2018, 205–254.

Od posebnog značaja u praksi Ustavnog suda Srbije su sledeće norme Ustava, na kojima se primarno i zasniva najveći broj ustavnih žalbi:²⁹

– Ustavne norme koje garantuju *pravo na slobodu i bezbednost*, utvrđeno u članu 27. Ustava Srbije, prema kojem svako ima pravo na ličnu slobodu i bezbednost, lišenje slobode dopušteno je samo iz razloga i u postupcima koji su predviđeni zakonom, pri čemu se lice koje je lišeno slobode od strane državnog organa odmah, na jeziku koji razume, obaveštava o razlozima lišenja slobode, o optužbi koja mu se stavlja na teret kao i o svojim pravima. Pored toga, lice lišeno slobode ima pravo da bez odlaganja o svom lišenju slobode obavesti lice po svom izboru, a svako ko je lišen slobode ima 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. Kaznu koja obuhvata lišenje slobode može izreći samo sud.

– Odredbe Ustava koje se odnose na *opšta pravila određivanja pritvora* (član 30.), shodno kojima lice za koje postoji osnovana sumnja da je učinilo krivično delo može biti pritvoreno samo na osnovu odluke suda, ako je pritvaranje neophodno radi vođenja krivičnog postupka. Ako nije saslušano prilikom donošenja odluke o pritvoru ili ako odluka o pritvoru nije izvršena neposredno po donošenju, pritvoreno lice mora u roku od 48 časova od lišenja slobode da bude izvedeno pred nadležni sud, koji potom ponovo odlučuje o pritvoru. Pismeno i obrazloženo rešenje suda o pritvoru uručuje se pritvoreniku najkasnije 12 časova od pritvaranja. Odluku o žalbi na pritvor sud donosi i dostavlja pritvoreniku u roku od 48 časova.

– Odredbe Ustava koje se odnose na *trajanje pritvora* (član 31), prema kojima trajanje pritvora sud svodi na najkraće neophodno vreme, imajući u vidu razloge pritvora, a pritvor određen odlukom prvostepenog suda traje u istrazi najduže tri meseca, dok ga viši sud može, u skladu sa zakonom, produžiti na još tri meseca. Ako do isteka ovog vremena ne bude podignuta optužnica, okrivljeni se pušta na slobodu. Posle podizanja optužnice trajanje pritvora sud svodi na najkraće neophodno vreme, u skladu sa zakonom. Pritvorenik se pušta da se brani sa slobode čim prestanu razlozi zbog kojih je pritvor bio određen.

²⁹ Treba imati u vidu i da su prema članu 16. stav 2. Ustava Republike Srbije opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Ustav Srbije pritvora, ima *primat*, jer potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom (članu 16. stav 2. Ustava). Stoga se jedan broj ustavnih žalbi koje se podnose protiv odluka redovnih krivičnih sudova/radnji u krivičnom postupku, onda kada su „isprljena sva druga pravna sredstva“, zasniva i na praksi Evropskog suda za ljudska prava, koji u nekim aspektima ima i prilično „kreativnu funkciju“ tumačenja relevantnih odredbi EKLJP, koja je stoga specifičan „živi međunarodnopravni instrument“. Stoga tu praksu temeljno prati i analizira i Ustavni sud Srbije, te je naravno uzima u obzir prilikom svog odlučivanja o ustavnim žalbama.

– Ustavne norme koje garantuju *pravo na pravnu sigurnost u kaznenom pravu*, što se odnosi na sledeće aspekte:

1) načelo zakonitosti (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) – niko se ne može oglasiti krivim za delo koje, pre nego što je učinjeno, zakonom ili drugim propisom zasnovanim na zakonu nije bilo predviđeno kao kažnjivo, niti mu se može izreći kazna koja za to delo nije bila predviđena, a kazne se određuju prema propisu koji je važio u vreme kad je delo učinjeno, izuzev kad je kasniji propis povoljniji za učinioca – krivična dela i krivične sankcije određuju se zakonom;³⁰

2) pretpostavku nevinosti – svako se smatra nevinim za krivično delo dok se njegova krivica ne utvrdi pravnosnažnom odlukom suda;³¹

³⁰ Načelo zakonitosti je, istorijski posmatrano, „poteklo još iz Ustava nekih američkih država (Virdžinija i Merilend, 1776), kao i iz austrijskog Krivičnog zakonika Jozefa II od 1787; bilo je sadržano u francuskoj Deklaraciji o ljudskim i građanskim pravima i nizu drugih nacionalnih akata, da bi danas postalo međunarodno priznato, a pritom su njegovi koreni u nacionalnim zakonodavstvima vezani za sledeće faktore: 1) uticaj političkog liberalizma, čiji jedan od osnovnih postulata predstavlja načelo zakonitosti, koje je brana političkom i pravnom apsolutizmu; 2) demokratija i podela vlasti – to načelo i posebno u njemu sadržana zabrana retroaktivnog dejstva krivičnopravnih normi su važan segment podele vlasti, koja u osnovi počiva na idejama Monteskjea; 3) generalna prevencija – smatra se u duhu učenja Fojerbaha da je načelo zakonitosti važan elemenat opšte prevencije, kao jedna vrsta unapred poznate pretnje za slučaj izvršenja krivičnog dela; 4) princip krivice je takođe povezan sa načelom zakonitosti, jer se ne može govoriti o nečijoj krivici, ukoliko krivično delo kao takvo nije bilo propisano pre njegovog izvršenja. Više o tome, C. Roxin (1997), 3. Auflage, 98–99 i Milan Škuljić, „Načelo zakonitosti u krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 1/2010, Beograd, 2010, 66–128.

³¹ Kao što je prethodno već objašnjeno, Ustavni sud Srbije u osloncu na pravno dejstvo člana 16. stav 2. Ustava Republike Srbije, veoma značajnu pažnju poklanja, kako Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, tako i praksi Evropskog suda za ljudska prava, koji je kada je reč o odlučivanju o predmetima iz krivičnopravne sfere, često pokazivao „sluh“ za zaštitu pretpostavke nevinosti, odnosno svojim odlukama je reagovao u odnosu na kršenje te pretpostavke, koja ima veliki značaj u domenu prava okrivljenog u krivičnom postupku.

Postoji čitav niz interesantnih slučajeva u praksi ESLJP, koji se tiču pretpostavke nevinosti. Tako se u slučaju *Minelli protiv Švajcarske*, od 25. marta 1983. godine, radi o okrivljenom u odnosu na kojeg je krivični postupak obustavljen zbog zastarelosti, a sud je uprkos tome, odredio da on snosi troškove postupka, te ga je time implicitno tretirao kao „učinioca krivičnog dela“, a taj problem je u stvari, nastao zbog pravila u tadašnjem zakonodavstvu konkretnog švajcarskog kantona.

U slučaju *Allenet de Ribemont protiv Francuske*, od 10. februara 1995. godine, utvrđena je povreda pretpostavke nevinosti, ali ne od strane suda, već u političkoj javnosti. Radilo se o čoveku optuženom da je učestvovao ubistvu člana francuskog Parlamenta, a kojeg su tokom postupka, neki državni funkcioneri, među kojima je bio i ministar unutrašnjih poslova, u javnosti, tj. putem intervjua medijima, više puta označili kao saučesnika u ubistvu, tj. kao učinioca krivičnog dela.

U slučaju *Karakas and Yesilirmark protiv Turske*, od 28. juna 2005. godine, radi se o pravnosnažno osuđenom za krivično delo terorizma, prema posebnim pravilima turskog KZ i specijalnog

3) načelo *ne bis in idem* i propisane izuzetke od tog načela koji važe samo u korist okrivljenog – niko ne može biti gonjen niti kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili postupak pravnosnažno obustavljen, niti sudska odluka može biti izmenjena na štetu okrivljenog u postupku po vanrednom pravnom leku. Istim zabranama podleže vođenje postupka za neko drugo kažnjivo delo, a samo izuzetno, ponavljanje postupka je dopušteno u skladu s kaznenim propisima, ako se otkriju dokazi o novim činjenicama koje su mogle, da su bile poznate u vreme suđenja, bitno da utiču na njegov ishod ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla uticati na njegov ishod.

*Nekoliko relevantnih primera iz krivičnopravno orijentisane prakse
Ustavnog suda Srbije*

Ustavni sud Srbije se, rešavajući, kako u okviru svoje normativne nadležnosti, kada ocenjuje ustavnost i zakonitost određenih izvora prava koji su krivičnopravnog karaktera, tako i kada se radi o odlučivanju o ustavnim žalbama, bavi krivičnim materijalnim i procesnim pravom. Ustavne žalbe koje se odnose na odluke donesene u krivičnom postupku ili odluke koje su proistekle iz krivičnog postupka, odnosno „kaznenih postupaka“ u širem smislu (gde spadaju i prekršajni postupci), ne predstavljaju naravno (s obzirom i na zastupljenost krivičnim predmeta u redovnom pravosuđu), dominantan deo ukupnog „korpusa“ ustavnih žalbi, ali se s obzirom na konsekvence koje proizlaze iz krivičnih postupaka u odnosu na Ustavom zajamčena ljudska prava i osnovne slobode, svakako načelno radi o važnom aspektu delovanja Ustavnog suda.

U praksi Ustavnog suda Srbije pojavljuje se čitav niz relevantnih pitanja krivičnopravnog/kaznenopravnog karaktera, kako iz domena materijalnog krivičnog prava, tako i iz krivičnog procesnog segmenta našeg pravnog sistema. Daleko je više krivičnoprocesnih pitanja, u praksi Ustavnog suda od onih koja se tiču materijalnog krivičnog prava. U posebno značajna i česta krivičnoprocesna pitanja spadaju ona koja se odnose na zaštitu prava na slobodu, ograničeno trajanje pritvora, ali i pitanja koja se odnose na delovanje načela *ne bis in idem*, jednakost „oružja“ u krivičnom postupku,³² pretpostavku nevinosti, itd. Kada je reč o materijalnom

turskog Zakona o sprečavanju terorizma, a koji se pre svega, žalio na torturu tokom istrage. ESLJP je između ostalog, utvrdio da mu je povređeno pravo na pretpostavku nevinosti, jer su ga turski zvaničnici još tokom krivičnog postupka na konferencijama za medije, dakle javno definisali kao člana jedne terorističke organizacije.

³² U našoj teoriji se primećuje da negaciju pravičnog krivičnog postupka predstavlja vođenje postupka u takvim uslovima da se okrivljeni postavlja u značajno nepovoljniji položaj u odnosu na

krivičnom pravu, ta se pitanja značajno ređe javljaju u praksi Ustavnog suda nego krivičnoprocesni problemi, a značajni su u srpskoj ustavnosudskoj praksi bili problemi koji se tiču zastarelosti krivičnog gonjenja kada se radi o produženom krivičnom delu, kao i neka pitanja, povezana sa delovanjem načela zakonitosti. Sistematsko proučavanje i analiziranje prakse Ustavnog suda u krivičnopravnom segmentu bi naravno zahtevalo veoma obimno i celovito istraživanje, čiji bi rezultat morala biti velika monografija od više stotina stranica, pa će se naravno, u radu ove vrste, ta praksa ilustrovati samo u relativno ograničenom obimu, svedena na nekoliko relevantnih i interesantnih primera.

*Stavovi i praksa Ustavnog suda koji se odnose na načelo zakonitosti
u kontekstu delovanja koncepta komandne odgovornosti
i u pogledu zločina protiv čovečnosti*

Komandna odgovornost predstavlja jedan specifičan *prošireni oblik odgovornosti* za određena međunarodna krivična dela, koji je karakterističan za međunarodno krivično pravo. U teoriji se ističe: „Postoje dva moguća rešenja dileme kako goniti komandanta kada izostanu direktni dokazi da je on naredio da se vrše krivična dela, ili je svesno ignorisao njihovo činjenje.“³³ Prvo rešenje se svodi na konstruisanje „pretpostavke“ o krivici komandanta odnosno lica koje je faktički vršilo zapovednu funkciju, samo zahvaljujući položaju koji je imao, što se svodi na „pretpostavku krivice“ i objektivnu odgovornost, a to lice se smatra izvršiocom dela koja su učinili njegovi potčinjeni. Po drugom rešenju (koje se prihvata u Rimskom statutu), on se ne smatra izvršiocom tih dela, već odgovara jer je ispoljio nehat u njihovom sprečavanju. Vilijam Šabas (William A. *Schabas*), ističe da prvo rešenje nije moglo biti prihvaćeno jer je suprotno pretpostavci nevinosti (član 67. Rimskog statuta),³⁴ što je svakako tačno, ali pored toga, ne treba zaboraviti da bi to bilo suprotno i subjektivnom

tužioca, što se u literaturi koja izučava praksu ESLJP, objašnjava kao „prećutni segment“ unutrašnje strukture člana 6. EKLJP, čiji je sastavni deo jednakost „oružja“, koja se posmatra pre svega kao jedan od aspekata prava na pravično suđenje, koje podrazumeva zahtev da se strankama u krivičnom postupku u jednakoj meri, odnosno na način koji ih neće dovesti u bitno nepovoljniji položaj, propišu prava i procesna sredstva i omogućiti njihovo ostvarivanje radi delotvornog predstavljanja i zastupanja njihovih interesa u krivičnom postupku, uz zadatak nepristrasnog suda da uspostavi ravnotežu položaja stranaka u postupku. Prema, Ivana Miljuš, *Načelo jednakosti „oružja“ u krivičnom postupku*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 13. septembra 2021. godine, Beograd, 2021, 1.

³³ William A. Shabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2001, 84.

³⁴ *Ibidem*.

elementu međunarodnih krivičnih dela, koja se sva mogu učiniti jedino sa umišljajem (za neke oblike krivičnih dela se zahtevaju i posebni oblici umišljaja), a za genocid se zahteva i postojanje posebne „genocidne namere“, što bi sve bilo vrlo ozbiljno dovedeno u pitanje, ili čak potpuno negirano, prihvatanjem prve solucije.³⁵

Komandna odgovornost nije implementirana u krivično zakonodavstvo Srbije kao opšti krivičnopravni institut i segment opšteg dela krivičnog prava, tj. kao oblik odgovornosti za međunarodno krivično delo, koji bi bio sadržan u opštem delu krivičnog prava, već ona postoji kao posebno krivično delo nečinjenja. Ovo je opravdano jer se na takav način s jedne strane, ispunjavaju zahtevi koji proizlaze iz Rimskog statuta, na način koji je usklađen sa načelom komplementarnosti,³⁶ dok se tako s druge strane, ipak manje odstupa od u našem krivičnom pravu uobičajenih pravila.³⁷ Tako se u teoriji naglašava da „osnovni problem kod komandne odgovornosti jeste to što ona izjednačava nehatno propuštanje da se spreči krivično delo ili prijavi njegov učinilac, sa umišljajnim izvršenjem krivičnog dela koje nije sprečeno, odnosno prijavljeno.“³⁸ Stoga je naravno, daleko bolje što je komandna odgovornost implementirana u naše krivično zakonodavstvo kao posebno krivično delo nečinjenja/kažnjivog propuštanja, sadržano u posebnom delu Krivičnog zakonika, zajedno sa drugim krivičnim delima protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, a ne kao neki poseban oblik odgovornosti, koji bi postojao u opštem delu Krivičnog zakonika.³⁹

Iz formulisanja koncepta odgovornosti kao posebnog krivičnog dela u Krivičnom zakoniku Srbije (član 384) proizlazi i nemogućnost da se za krivično delo *nesprečavanja vršenja krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom*, odgovara samo ako se radi o radnji koja je preduzeta pre stupanja na snagu / primene Krivičnog zakonika Srbije iz 2005. godine, čija je primena

³⁵ Milan Škulić, *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dosije, Beograd, 2005, 195.

³⁶ Milan Škulić, „Landesbericht – Serbien und Montenegro“, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen (National Prosecution of International Crimes)* (Hrsg. Albin Eser, Ulrich Sieber und Helmut Kreicker), Teilband III, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und Duncker & Humblot, Berlin, 2004, 259–260.

³⁷ Tako su postupile i neke druge kontinentalnoevropske države, kao na primer, Nemačka u svom Međunarodnom kaznenom zakoniku (*Völkerstrafgesetzbuch – VStGB*), gde je u § 4 propisano krivično delo odgovornosti vojnog zapovednika i drugih pretpostavljenih („Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter“).

³⁸ Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, deveto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2019, 1133.

³⁹ Milan Škulić, *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 183.

započela početkom 2006. godine. Ovo proizlazi iz dejstva načela zakonitosti, odnosno utemeljeno je na zabrani retroaktivnog važenja krivičnog prava, osim ako je takva primena povoljnija za učinioca. Takav stav je zauzeo i Ustavni sud Srbije.⁴⁰

U odluci Ustavnog suda Srbije broj UŽ 11470/2017, od 1. oktobra 2020. godine, se između ostalog, konstatuje da komandna odgovornost nije implementirana u krivično zakonodavstvo Srbije kao oblik odgovornosti za međunarodno krivično delo, koji bi bio sadržan u opštem delu krivičnog prava, već ona postoji kao posebno krivično delo nečinjenja, te se ističe da se to može smatrati opravdanim jer se na takav način s jedne strane, ispunjavaju zahtevi koji proizlaze iz Rimskog statuta, na način koji je usklađen sa načelom komplementarnosti, dok se tako s druge strane, ipak manje odstupa od u našem krivičnom pravu uobičajenih pravila. Ovo se ilustruje i primerima iz uporednog krivičnog prava, pa se tako primećuje da su istovetno postupile i druge države, kao na primer Nemačka, koja je u svom Međunarodnom kaznenom zakoniku propisala krivično delo odgovornosti vojnog zapovednika i drugih pretpostavljenih. Iz ovog proizlazi da se institut komandne odgovornosti u Srbiji može primeniti tek od stupanja na snagu važećeg Krivičnog zakonika iz 2005. godine (čija je primena započela 2006. godine), jer je retroaktivna primena krivičnopravnih odredbi zabranjena u skladu sa načelom zakonitosti,⁴¹ koje je propisano kako u Krivičnom zakoniku, tako i u Ustavu Srbije.

U postupku rešavanja o sukobu nadležnosti, koji se odnosio na međunarodnu pravnu pomoć u krivičnim stvarima po jednoj zamolnici Tužilaštva Bosne i Hercegovine u Sarajevu, tj. za preduzimanje dokaznih radnji u postupku ukazivanja međunarodne pravne pomoći po navedenoj zamolnici, a u skladu sa naredbom Višeg suda u Beogradu – Odeljenja za ratne zločine, Ustavni sud je odlučio da je nadležno Tužilaštvo za ratne zločine, a u okviru svog rešenja koje se ticalo sukoba nadležnosti,⁴² izveo je i zaključak koji se tiče delovanja načela zakonitosti u krivičnopravnom sistemu Srbije. U svom rešenju Ustavni sud ukazuje da se konkretnim zahtevom za pružanje međunarodne pravne pomoći Tužilaštva Bosne i Hercegovine u Sarajevu, traži preduzimanje dokaznih radnji vezanih za krivični postupak, koji je u fazi istrage, a koji se vodi pred Tužilaštvom Bosne

⁴⁰ Odluka Drugog velikog veća Ustavnog suda – broj UŽ 11470/2017, od 1. oktobra 2020. godine, *Službeni glasnik RS*, broj 127/20, 7– 3.

⁴¹ Radi se o *lex praevia* segmentu načela zakonitosti, pri čemu se naravno i obrnuto, krivičnopravne odredbe u krivičnopravnom/ustavnopravnom sistemu Srbije, primenju obavezno retroaktivno, onda kada je takva primena (novog zakonskog rešenja) povoljnija za učinioca krivičnog dela (*obavezna primena blažeg zakona*), što u ovoj situaciji, svakako nije slučaj.

⁴² Ustavni Sud Srbije, predmet broj: IIIU-116/2021, rešenje doneseno na sednici Prvog velikog veća Ustavnog suda, održanoj 14. oktobra, 2021. godine.

i Hercegovine protiv jednog konkretnog okrivljenog zbog krivičnog dela zločin protiv čovečnosti iz člana 172. stav h) u vezi sa stavom a) i e), a vezano za čl. 26, 29. i 180. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, te pritom, primećuje da krivično delo zločin protiv čovečnosti u vreme kritičnih događaja 1992. godine nije bilo propisano kao krivično delo, niti je za njega bila propisana sankcija u Krivičnom zakonu Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije. Ustavni sud konstatuje da je zločin protiv čovečnosti, kao krivično delo sa propisanom sankcijom predviđen Krivičnim zakonikom Republike Srbije tek 2005. godine, a koji je stupio na snagu 1. januara 2006. godine, bez mogućnosti retroaktivne primene. Takođe, Ustavni sud ukazuje da neposredna primena međunarodnog prava za ovo krivično delo ne bi bila moguća, jer nema zakonom propisane krivične sankcije (*nulla poena sine lege*), a bila bi suprotna i načelu zakonitosti utvrđenom članom 34. stav 1. Ustava i članom 1. Krivičnog zakonika.

U istom rešenju kojim je odlučivao o sukobu nadležnosti između Višeg suda u Beogradu – Odeljenja za ratne zločine i Tužilaštva za ratne zločine, Ustavni sud je konstatovao i da se institut komandne odgovornosti u Republici Srbiji može primeniti tek od stupanja na snagu važećeg Krivičnog zakonika – od 1. januara 2006. godine, a čija je retroaktivna primena zabranjena u skladu sa načelom zakonitosti, koje je zajemčeno članom 34. stav 1. Ustava, kao i članom 1. Krivičnog zakonika. Ustavni sud zaključuje na ovaj način, jer je komandna odgovornost implementirana Krivičnim zakonikom Srbije kao posebno krivično delo nesprečavanje vršenja krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom iz člana 384. Zakonika,⁴³ što je utemeljeno i na već postojećoj praksi Ustavnog suda,⁴⁴ detaljnije objašnjenoj u prethodnom tekstu.

Praksa/stavovi Ustavnog suda u pogledu načela ne bis in idem

U okviru razmatranja potencijalne povrede prava na pravičan postupak i pravnu sigurnost u kaznenom pravu, delovanjem/nedelovanjem načela *ne bis in idem*,

⁴³ Suština je dakle, prema rezonovanju Ustavnog suda da komandna odgovornost u krivično-pravnom sistemu Srbije (istovetno kao i na primer, u Nemačkoj, prema pravilima nemačkog Međunarodnog kaznenog zakonika – § 4 *VStGB*), nije opšti krivičnopravni institut, te ne predstavlja poseban oblik odgovornosti za krivično delo, već se ona svodi na posebnu inkriminaciju nečinjenja (*Nesprečavanje vršenja krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom* – član 384. K3), koja u srpskom krivičnopravnom sistemu postoji tek od početka primene sada važećeg Krivičnog zakonika, što znači od 1. januara 2006. godine. Ovo je inače za sve države članice Rimskog statuta o osnivanju Međunarodnog krivičnog suda (*ICC*), legitimno rešenje, koje odgovara zahtevu iz načela komplementarnosti, koji je jedan od ključnih principa Rimskog statuta.

⁴⁴ Odluka Ustavnog suda UŽ-11470/17 od 1. oktobra 2020. godine.

često se bavio i Evropski sud za ljudska prava,⁴⁵ a čije je kriterijume u svojoj praksi prihvatio i Ustavni sud Srbije.⁴⁶ U sudskoj praksi Srbije (slično kao i u drugim državama nekadašnje Jugoslavije, a najviše u Hrvatskoj),⁴⁷ poseban problem nastajao je u vezi odnosa prekršaja protiv javnog reda i mira i krivičnog dela lake/teške telesne povrede.⁴⁸

⁴⁵ Suština se u odnosu na ovaj problem, a prema praksi Evropskog suda za ljudska prava ispoljava u *ključnom pitanju* da li to „drugo delo“ u kontekstu delovanja/nedelovanja načela *ne bis in idem*, može da se smatra kažnjivim delom, što se svodi na primenu „merila Engel“, (ustanovljenom u jednom slučaju pred ESLJP (*Engel i ostali protiv Holandije*, presuda ESLJP od 8. juna, 1976. godine – Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), još sredinom 70-ih godina 20. veka, na osnovu kojih se utvrđuje da li se radi o „optužbi za krivično/kazneno delo“. Ova „merila“ podrazumevaju ocenu sledećih pitanja: 1) pravna kvalifikacija dela prema domaćem zakonodavstvu i 2) priroda dela, odnosno određenog „protivpravnog ponašanja, što podrazumeva dva kumulativna potkriterijuma: a) obim prekršene norme i svrhu kazne, kao i b) prirodu i stepen krivične sankcije, odnosno težinu kazne.

Konačno, u praksi Evropskog suda za ljudska prava nakon presude *Sergej Zolotukhin protiv Rusije*, broj 14939/03, od 10. februara 2009. godine, prihvaćena je mogućnost da je izricanje različitih sankcija od strane različitih organa koje se odnose na isto ponašanje u određenoj meri dopušteno na osnovu člana 4. Protokola 7 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, bez obzira na postojanje odluke koja ima svojstvo *res iudicata*, te da se kombinacija sankcija u tim predmetima treba razmatrati kao celina. Ovako je ESLJP zaključio jer smatra da treba ostaviti mogućnost državi da legitimno izabere komplementarne odgovore na društveno neprihvatljivo ponašanje putem različitih postupaka koji čine povezanu celinu, kako bi se rešili različiti aspekti određenog društvenog problema, pod uslovom da ukupnost tih pravnih odgovora ne predstavlja prekomeran teret za pojedinca na kojeg se odnose (*A. i B. protiv Norveške*, br. 24130/11 i 29758/11, od 15. septembra 2016. godine, §121), pri tome vodeći računa o uspostavljanju pravične ravnoteže između zaštite interesa pojedinca koji je zaštićen načelom *ne bis in idem*, sa jedne strane i javnog interesa javnog interesa da se uspostavi potpuni regulatorni pristup u predmetnom području, sa druge strane.

⁴⁶ Ustavni sud Srbije je konsekventno prihvatio stavove Evropskog suda za ljudska prava u odnosu na (ne)delovanje načela *ne bis in idem*, a isto kao što i ESLJP u izvesnoj meri menja svoju „optiku“ u odnosu na ovo načelo, slično postupa i Ustavni sud, što je posebno upadljivo u odluci broj: UŽ-3312/2016 od 5. aprila 2018. godine, u kojoj se striktno upućuje na relativno noviju praksu Evropskog suda za ljudska prava, čiji je suštinski kriterijum, uz ispunjavanje tzv. Engel merila, ocena postojanja/nepostojanja relevantne sadržinske i vremenske povezanosti dve konkretne kaznene procedure.

⁴⁷ Presuda ESLJP, *Maresti protiv Hrvatske*, broj 55759/07 od 25. jula 2009. godine, § 62. U odnosu na stav Evropskog suda za ljudska prava u ovom slučaju, ispoljena je argumentovana kritika. Više o tome: I. Josipović i K. Novak Hrgović, „Načelo *ne bis in idem* u kontekstu prekršajnog, kaznenog i upravnog prava“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, br. 2, Zagreb, 2016, 473. Citirani autori za presudu u slučaju „Maresti“, ističu da je „zoran primer“ odlučivanja koje „ne ulazi dublje u finese doktrine krivičnog prava“, što je „rezultiralo pogrešnom odlukom“.

⁴⁸ Više o tome: Vanja Bajović, „Slučaj Milenković – *ne bis in idem* u krivičnom i prekršajnom postupku“, *Kaznena reakcija u Srbiji VI deo*, zbornik, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 243–259.

U svakom slučaju, može se smatrati da član 4. Protokola 7 Evropske konvencije ne isključuje u apsolutnom smislu vođenje dva postupka, koji se tiču različitih predmeta, proizišlih iz istog životnog događaja, a iz kojih mogu proizići i dve sankcije, ako su ispunjeni određeni uslovi koji se odnose kako na tip tih različitih postupaka, odgovarajuću vezu u vremenskom i prostornom smislu, koja među njima postoji,⁴⁹ tako i na karakter različitih sankcija, koje mogu da se dopunjuju, ali naravno, ne smeju da budu iste sadržine, niti da preterano teško pogode pojedinca prema kojem se primenjuju, te moraju biti izraz pravične ravnoteže između interesa i prava pojedinca zaštićenih delovanjem načela *ne bis in idem* i javnog interesa koji nalaže/ omogućava vođenje dva postupka u konkretnom slučaju. Iz ovog proizlazi da onda kada su ispunjeni određeni uslovi,⁵⁰ koji se naravno, moraju tumačiti restriktivno, iz istog životnog događaja, mogu proizići i prekršaj i krivično delo.⁵¹ U teoriji se ovo objašnjava i stavom po kojem „iz identičnog ponašanja“, pod određenim uslovima „proizlaze različite pravne svrhe.“⁵²

OSNOVNE KONCEPTUALNE KARAKTERISTIKE VAŽEĆEG ZAKONIKA O KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE

Koncept Zakonika o krivičnom postupku se najbolje može objasniti analizom njegovih osnovnih normativnih mehanizama prema kriterijumu dominantnih karakteristika osnovnih uporednopravnih modela krivičnog postupka.

⁴⁹ U svakom konkretnom slučaju neophodno je pažljivo ispitati i da li su dva postupka *dovoljno tesno povezana u sadržinskom i vremenskom pogledu*. Ovo se svodi na sprovođenje svojevrstnog normativnog i faktičkog „testa“, čiji je cilj ispitivanje radi izvođenja zaključka da li različiti postupci koji se vode protiv okrivljenog u suštini predstavljaju usklađenu celinu, između kojih postoji dovoljno bliska veza u sadržini i vremenu, zbog koje njihovo paralelno vođenje i kažnjavanje nije u suprotnosti sa načelom *ne bis in idem*.

⁵⁰ Milan Škulić, „Načelo *ne bis in idem* – normativno rešenje i neka sporna pitanja“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2016, 692–695.

⁵¹ Ovde se, s obzirom na to da se u praksi pre svega, pojavljuje problem odnosa *prekršaja i krivičnog dela*, i fokus razmatranja striktno usmerava na relacije između ta dva osnovna *delikta* u srpskom krivičnompravnom sistemu. Pored toga, kao što je već objašnjeno u prethodnom tekstu, a u skladu sa „merilima Engel“, ustanovljenim u praksi Evropskog suda za ljudska prava, u obzir pod određenim uslovima, dolaze i druge vrste delikata, što se, kada je reč o Srbiji, odnosi na privredne prestupe, ali se u nekim okolnostima i prema praksi ESLJP (na primer, slučaj *Tomasović protiv Hrvatske*, presuda ESLJP od 18. oktobra 2011), može raditi i o određenim/ozbiljni(ji)m disciplinskim sankcijama.

⁵² Saša Bovan, „Metodski potencijali hermeneutičkog pragmatizma u razumevanju i primeni načela *ne bis in idem*“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, br.2, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu Beograd, 2013, 69.

Naime, s obzirom na veliki značaj osnovnih komparativnopravnih sistema krivičnog postupka, ne samo u teorijskom smislu, već i sa stanovišta, temeljne ocene da li u konkretnom krivičnom postupku, dominiraju određeni demokratski/liberalni normativni elementi ili se pak prednost, daje nekim nedovoljno nedemokratskim/liberalnim normativnim mehanizmima, uz naravno, neophodnost iznalaženja pravog balansa između načela pravičnosti i principa efikasnosti, analiza ključnih odredbi srpskog Zakonika o krivičnom postupku, temelji se na premisama koje su karakteristične za klasičan uporednopravni kontekst. To znači da se prilikom analiziranja osnovnih konceptualnih karakteristika Zakonika o krivičnom postupku polazi od uobičajenih kriterijuma iz domena dva osnovna modela krivičnog postupka u istorijskom, ali i u uporednopravnom istorijskom smislu, iz čega proizlazi mogućnost izdvajanja dve grupe normativnih elemenata u sada važećem srpskom krivičnom postupku. To su: 1) *adverzijalni elementi* i 2) *inkvizitorski elementi*.⁵³

Krivični postupak Srbije, koncipiran prema pravilima pozitivnog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine, u je osnovi hibridnog karaktera, što se može sasvim očigledno uočiti i kada se sumarno analizira broj i važnost inkvizitorskih karakteristika pozitivnog krivičnog postupka Srbije u odnosu na broj i značaj elemenata koji bi se mogli smatrati adverzijalnim.

Dakle, srpski krivični postupak ustrojen pravilima važećeg Zakonika o krivičnom postupku, uprkos uvreženom mišljenju (posebno u laičkoj javnosti, pa i u nedovoljno informisanoj stručnoj javnosti), uopšte suštinski nije adverzijalnog karaktera, niti on suštinski, kada se radi o njegovoj osnovnoj bitnoj sadržini, uopšte i u nekoj iole bitnoj meri „liči“ na američki krivični postupak, kao što se to ponekad ističe u našoj neobaveštenoj javnosti, čak i uz tvrdnju o „amerikanizaciji srpskog krivičnog postupka“, a što se kao netačno i na nivou „lažne fame“, može konstatovati jednostavnim upoređivanjem tipičnih karakteristika krivičnog postupka SAD, kao klasične izrazito adverzijalne krivične procedure i krivičnog postupka Srbije, kao jednog mešovitog tipa krivične procedure.⁵⁴

Naime, iako zaista novi krivični postupak Srbije sadrži veoma brojne adverzijalne elemente, kao što je to prethodno već objašnjeno, on ne liči mnogo na tipičan krivični postupak SAD, a s druge strane, ima i prilično izražene inkvizitorske

⁵³ Više o tome, Milan Škulić, „Osnovi uporednog krivičnog procesnog prava i osnovi problemi reforme krivičnog postupka Srbije“, *Kaznena reakcija u Srbiji*, zbornik, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, 54–55.

⁵⁴ Više o ovome, Milan Škulić, *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, edicija „Crimen“, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 259.

elemente, naročito kada se radi o vrlo brojnim i ekstenzivno formulisanim mogućnostima za odstupanje od načela neposrednosti u izvođenju dokaza na glavnom pretresu.⁵⁵

Odličan primer koji ukazuje da novi srpski krivični postupak ne liči mnogo na klasičan adverzijalni krivični postupak SAD je činjenica da se čak i načelu istine daje daleko veći značaj u američkom krivičnom postupku, nego u novoj srpskoj krivičnoj proceduri. U SAD ne postoji načelo istine na način na koji se ono shvata u klasičnim kontinentalnoevropskim krivičnim procedurama, ali je pritom naglašeno da ni u američkom krivičnom postupku istina nije bez značaja, već je samo sud načelno dokazno pasivan, te ne traga oficijelno za istinom, već se isključivo oslanja na dokazne aktivnosti stranaka. Međutim, *neka dokazna pravila u SAD*, daju praktično *više značaja istini u krivičnom postupku, nego što je to sada slučaj u Srbiji, kada je u pitanju novi Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine*, što predstavlja svojevrсни apsurd, kada se ima u vidu kako naša dosadašnja tradicija, tako i činjenica da Srbija nesporno pripada krugu kontinentalnoevropskih država, ne samo u geografskom već i u istorijskom, kulturološkom, pa i pravnom smislu.

Naime, tačno je da savezna pravila krivičnog postupka SAD (*Federal Rules of Criminal Procedure*), koja se ponekad pogrešno smatraju sličnim izvorom prava kao što su to zakon(ici) o krivičnom postupku u Evropi, ne govore o „istraživanju istine“ ili „traganju o istini“, ali to i nije potrebno u tom izvoru prava, jer u anglosaksonskim državama postoji posebna pravna disciplina – dokazno pravo (*Law on Evidence*), što predstavlja i poseban izvor prava, kada je reč o normativnom aspektu. U okviru te oblasti ustanovljavaju se pravila koja se odnose na utvrđivanje istine i dokazivanje, kako u krivičnom, tako i u parničnom postupku, tj. uopšte u relevantnim „pravnim procedurama“, u koje spada i „materija istine“ u procesnom smislu. Tako se već u drugom članu Saveznih pravila o dokazivanju (*Federal Rules on Evidence*) spominje istina, tako što se utvrđuje da „pravila treba tumačiti na način koji omogućava da se *sazna istina i donese pravična odluka*.“

Pravilo 1.02 Saveznih pravila o dokazivanju u SAD, glasi: „Ova pravila bi trebalo primenjivati tako da se svakim postupkom upravlja pošteno (pravično), da se otklone neopravdani troškovi i odugovlačenje, kao i da se doprinese razvoju dokaznog prava, da bi se na kraju saznala istina i pravično odlučilo.“

Inče, krivični postupak SAD se smatra izrazito adverzijalno konstruisanim tipom krivične procedure, što je očigledno kada se radi o porotnom suđenju, koje

⁵⁵ Više o tome, Milan Škulić, „Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reformu srpskog krivičnog postupka“, *Crimen – časopis za krivične nauke*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Institut za uporedno pravo, Beograd, 2013, 176–234.

je međutim, faktički izuzetak, s obzirom na široko raspostranjeno rešavanje slučajeva primenom *plea bargaining* mehanizma, na temelju kojeg se u praksi rešava čak više od 95% svih krivičnih slučajeva (kako na nivou saveznih sudova, tako i u pravosuđu država u sastavu SAD),⁵⁶ uprkos tome što je inače, pravo na porotno suđenje garantovano Ustavom SAD. Već tako široka primena stranačkog pregovaranja/sporazumevanja kao sumarnog načina rešavanja predmeta krivičnog postupka, u suštini dovodi u pitanje adverzijalni karakter krivičnog postupka SAD, koji se ipak, primarno manifestuje na glavnom pretresu, odnosno suđenju u užem smislu, a koje se u „masi“ svih krivičnih slučajeva (u koje spadaju ne samo klasična krivična dela, već i delikti koji imaju karakter prekršaja), u stvari, svodi na faktički izuzetak, što je prilično paradoksalno.

U američkoj teoriji se primećuje i da neki najraniji stadijumi krivične procedure u širem smislu, tj. „predsudeće faze krivičnog postupka“ (*Pretrial Criminal Procedure*), odnosno „rane faze“ policijske istrage i uopšte, postupanja policije, praktično ispoljavaju svojevrzne kvaziinkvizitorske elemente, koji potom u nekim situacijama utiču i na naredne formalno adverzijalno konstruisane procesne faze, pa čak nekada neposredno proizvode relevantan uticaj i na vrstu i sadržine odluke o predmetu krivičnog postupka. Drugim rečima objašnjeno, rezultati takvih nesudećih, odnosno nepretresnih i neadverzijalnih (neraspravnih) faza krivičnog postupka, stoga su, u stvari, kvaziinkvizitorskog karaktera, a u mnogim situacijama neposredno stvaraju uslove za osudu nevinih ljudi. Konačno, konstatacija o velikom uticaju kvaziinkvizitorskih elemenata predsudećih stadijuma krivičnog postupka u SAD, ilustruje se u američkoj literaturi i određenim primerima za koje se ističe da su „stvarni“, te da su u realnom životu i u konkretnim krivičnim postupcima imali odgovarajući uticaj u dokaznom smislu, na temelju čega se zaključuje da u američkom krivičnom postupku, njegove rane faze, koje ni u najmanjoj meri nisu adverzijalnog karaktera, mogu u nekim situacijama ostvariti presudan uticaj na konačan ishod krivičnog postupka u njegovom kasnijem toku.⁵⁷

Zakonik o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine uređuje srpski krivični postupak pretežno na adverzijalan način i to pre svega, kada se radi o organizaciji glavnog pretresa, kao osnovne procesne faze (stadijum suđenja u užem smislu), ali istovremeno i uz razvijanje, pa i znatno jačanje i nekih tipičnih inkvizitorskih elemenata (koji nažalost, često nisu demokratskog karaktera), što ga u stvari, suštinski

⁵⁶ Jenia I. Turner, „Transparency in Plea Bargaining“, *Notre Dame Law Review*, Vol. 96, Issue 3, University of Notre Dame, Indianapolis, 2021, 974.

⁵⁷ Jennifer E. Laurin, „Quasi-Inquisitorialism: Accounting for Deference in Pretrial Criminal Procedure“, *Notre Dame Law Review*, Vol. 90, Issue 2, University of Notre Dame, Indianapolis, 2014, 784.

čini izrazito mešovitim tipom krivičnog postupka. Moguće je dakle, izdvojiti nekoliko osnovnih adverzijalnih i nekoliko dominantnih inkvizitorskih elemenata srpskog krivičnog postupka.

Postoje sledeći osnovni *adverzijalni elementi* u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine:

1) veoma limitirano načelo istine, uz insistiranje na pitanju tereta dokazivanja, te uskraćivanje, odnosno značajno ograničavanje/komplikovanje prava sudu da sam i mimo stranačke inicijative utvrđuje činjenično stanje;

2) stvaranje mogućnosti za tzv. paralelnu istragu, odnosno formalno omogućavanje „odbrani“ da tokom javnotužilačke istrage sama prikuplja određene dokaze i „materijale“;

3) uvođenje posebnog procesnopravnog mehanizma „oponiranja“ optužbi od strane subjekata u funkciji odbrane (optuženi i branilac), koji u odnosu na optužnicu mogu da podnesu svoj *odgovor*;

4) uvođenje pripremnog ročišta (koje je obavezno za teža krivična dela), čiji je osnovni *ratio legis* da ograniči stranačku dokaznu inicijativu, odnosno uopšte, limitira mogućnost predlaganja i izvođenja novih dokaza;

5) davanje velikog značaja stranačkim sporazumima, odnosno pre svega, sporazumu o priznanju krivičnog dela, koji je moguć u odnosu na bilo koju vrstu krivičnog dela, bez obzira na njegovu težinu, pri čemu je pored priznanja okrivljenog, dovoljno postojanje bilo kojih drugih dokaza koji *nisu u suprotnosti sa priznanjem*, umesto da se zahteva egzistiranje dokaza koji dato priznanje *potkrepljuju*;

6) stvaranje vrlo širokih mogućnosti za zadobijanje tzv. kooperativnih svedoka, u vidu okrivljenih/osuđenih koji dobijaju status *okrivljenog saradnika*, odnosno *osuđenog saradnika*, na temelju sporazuma sa javnim tužiocem;

7) potpuno adverzijalno konstruisan glavni pretres, a naročito insistiranje na stranačkom izvođenju dokaza, što je posebno tipično u pogledu ispitivanja svedoka, koje se deli na osnovno, unakrsno i dopunsko, ali se to odnosi i na formalno vremensko ograničavanje završne reči itd.;

8) započinjanje glavnog pretresa donošenjem formalnog rešenja o tome;

9) formalno i obavezno prethodno izjašnjavanje stranaka o predmetu postupka, neposredno po započinjanju glavnog pretresa;

10) naglašeno kazuistički pristup koji se ponekad ispoljava i u često preteranom „normiranju“, što je posebno izraženo u „pojmovniku“ novog Zakonika, tj. odredbi koje se odnose na značenje izraza, gde se čak definišu i izrazi kao što su „krivični zakon“ ili „isprava“ (identično definiciji javne isprave u KZ-u), odnosno „organizovana kriminalna grupa“, što se takođe čini potpuno isto kao i u Krivičnom zakoniku i sl.

U osnovne *inkvizitorske elemente* novog krivičnog postupka Srbije pre svega, spadaju sledeći procesni mehanizmi:

1) Davanje preteranog dokaznog značaja priznanju okrivljenog, a pritom je svojevrsan paradoks da je priznanje bilo *regina probationem* u nekadašnjim najklasičnijim inkvizitorskim krivičnim postupcima koji su se, između ostalog, odlikovali formalnom ocenom dokaza, te mogućnošću da se do priznanja (čak i sasvim rutinski), može dolaziti primenom torture, a da je danas priznanje, doduše više faktički, nego formalno, steklo status „kraljice dokaza“ (*regina probationem*) u najtipičnijim adverzijalnim krivičnim procedurama. Dakle, priznanje ima veliki značaj i u adverzijalnim postupcima, što je prethodno već objašnjeno u pogledu stranačkih sporazuma i zadobijanja tzv. kooperativnih svedoka, ali je činjenica da je ono bilo posebno jak, „krunski“ ili *ključan dokaz*, pre svega u klasičnim inkvizitorskim krivičnim procedurama.

2) Implicitna zakonska podela dokaza na neposredne i posredne (učinjena formalnim zakonskim definisanjem različitih stepena sumnje).

3) Preterana sklonost zakonodavca ka definisanju, što se ogleda u izrazito obimnom „pojmovniku“, kada je reč o odredbama koje se odnose na značenje pojedinih izraza u ZKP-u, bez skoro bilo kakvog praktičnog značaja, što je takođe, kao što je prethodno objašnjeno karakteristika i nekih izrazito kazuistički orijentisanih adverzijalnih krivičnih postupaka.

4) Postojanje mogućnosti da se u postupcima za krivična dela iz delokruga tužilaštava posebne nadležnosti, svedok u istrazi ispita od strane tužioca, a da se odbrana o tome uopšte ni ne obavesti.

5) Suviše ekstenzivno utvrđivanje razloga za isključenje javnosti sa glavnog pretresa, jer je jedan od alternativno propisanih razloga za odstupanje od načela javnosti i potreba zaštite „drugih opravdanih interesa u demokratskom društvu“, a što je Ustavni sud svojom odlukom IUz-96/2015, ocenio kao nesaglasno Ustavu.

6) Omogućavanje na glavnom pretresu da se sud u svakom trenutku umeša u stranačko izvođenje dokaza, što je istovremeno nelogično i zbog toga što sud inače nema dužnost utvrđivanja istine, pa je onda, prepušteno potpuno arbitrarnoj oceni predsednika veća, kada će da se „involvira“ u izvođenje dokaza, pri čemu treba imati u vidu da posebno može biti nepravilno da se predsednik veća umeša u tok osnovnog ili unakrsnog ispitivanja svedoka, jer tada postoji mogućnost da potpuno poremeti koncepciju ispitivanja, koje je inače, načelno definisano kao „stranačko“. Tako nešto na primer, u SAD, koje imaju tipičan adverzijalni krivični postupak, nije moguće, jer bi se smatralo nekorektnim da sudija na takav način ometa tok osnovnog ili unakrsnog ispitivanja svedoka, kada subjekt koji sprovodi

ispitivanje (bilo u funkciji optužbe ili odbrane), ima određeni redosled postavljanja pitanja koji je vrlo važan, jer po pravilu, vodi određenom *faktički ključnom pitanju*.

7) Propisivanje mogućnosti da se okrivljenom sudi u odsustvu, što je inače, potpuno nezamislivo u tipičnim adverzijalnim krivičnim procedurama.

8) Suviše široko definisanje razloga za pritvor, pri čemu su neki od tih razloga i svojevrsne „kaučuk“ norme, jer se pritvor kao i ranije, može odrediti zbog opasnosti od dokazne opstrukcije okrivljenog, tj. njegovog *koluzionog uticaja* na svedoke, saučesnike ili prikrivače. Ovakav razlog za pritvor je sada donekle suprotan adverzijalnoj konstrukciji krivičnog postupka, jer od okrivljenog se, samim tim, što bi primarno morao sam da izvodi „svoje“ dokaze, očekuje i odgovarajuća „priprema“ svedoka, a ako bi on to pokušao da učini, samim tim rizikuje da mu se odredi pritvor. Pored toga, odredba sadržana u članu 211. stav 1. ZKP, u delu koji se odnosi na uznemirenje javnosti kao razlog za pritvaranje okrivljenog, veoma je loše pravno-tehnički formulisana. Radi se o izrazito *kaučuk normi*, koja je u stvari, neka vrsta „povampirene“ odredbe iz vremena socijalističke Jugoslavije, a i tada je taj pritvorski razlog (inače, bolje definisan nego sadašnji veoma sličan pritvorski osnov), često kritikovan, kao izuzetno nedemokratski i podložan veoma „elastičnim“ tumačenjima. Kada je reč o pritvoru, postoje i druge nelogičnosti, poput određivanja da pritvor određen samo zbog koluzione opasnosti, kao i uopšte zbog opasnosti od tzv. dokazne opstrukcije, traje sve dok se konkretan dokaz ne obezbedi (što je ranije bio slučaj, ali je tada istragu vodio istražni sudija), iz čega onda proizlazi da trajanje pritvora okrivljenom kao suprotnoj stranci, „dinamikom“ izvođenja dokaza u svojoj „jednostranačkoj“ istrazi određuje druga stranka, tj. javni tužilac.

9) Određivanje kao cilja istrage ne samo prikupljanje dokaza i podataka koji su potrebni za odlučivanje o tome da li će se podići optužnica ili obustaviti postupak itd., već i *dokaza za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano*, jer takav cilj istraga načelno može imati jedino kada je vodi istražni sudija, a moguća je takva svrha istrage i onda kada je ona poverena javnom (državnom) tužiocu, ali samo ukoliko postoji zakonska mogućnost da se u pogledu određenih dokaznih radnji (tzv. hitne sudske radnje), angažuje sudija, kao što je to i inače, slučaj u većini evropskih država koje imaju sistem državnotužilačke istrage, kao na primer, u Nemačkoj i u Austriji..

10) Ostavljanje mogućnosti za veoma široko odstupanje od načela neposrednosti u objektivnom smislu na glavnom pretresu, jer se skoro isto kao i ranije (dok je istraga bila sudska), omogućava čitanje zapisnika o iskazima datim u istrazi (ali ne istražnom sudiji, nego javnom tužiocu), ili sudu u nekom drugom krivičnom postupku, umesto da se davalac iskaza neposredno ispita pred pretresnim većem. Naime, tužilačka istraga ima niz potencijalnih prednosti u odnosu na sudsku,

ali ona ima i određene potencijalno ozbiljne mane, a osnovna mana je da se veoma restriktivno dokazi iz istrage mogu koristiti na glavnom pretresu, već je njihova osnovna funkcija da posluže kao *utemeljenje optužnice*, a onda se kasnije, svi dokazi po pravilu, moraju ponovi izvoditi na glavnom pretresu.

U daljem tekstu će se prvo, prema „zakonskom redosledu“, navesti određene odredbe Zakonika o krivičnom postupku u pogledu kojih postoji potencijalna neustavnost, da bi se potom, skrenula pažnja na ključne neustavnosti Zakonika o krivičnom postupku, koje se odnose na: 1) nemogućnost *podnošenja žalbe protiv odluke o sprovođenju istrage*, što je suprotno članu 32. stav 1. Ustava, kao i 2) uvođenje striktno *stranačkog raspravljanja pred sudom, umesto raspravljanja od strane suda*, kao što je to propisano u članu 32. stav 1. Ustava.

ELEMENTI NAČELA JAVNOSTI KOJI SU ODLUKOM USTAVNOG SUDA UTVRĐENI KAO NEUSTAVNI

Određeni elementi načela javnosti su odlukom Ustavnog suda utvrđeni kao neustavni. To se odnosi na: 1) jedan razlog za isključenje javnosti u opštoj zakonskoj normi koja utvrđuje razloge za isključenje javnosti, kao i 2) poseban slučaj isključenja javnosti prilikom saslušanja okrivljenog/osuđenog saradnika.⁵⁸

Razlog za isključenje javnosti koji ima karakter „kaučuk norme“

Prema članu 32. stav 3. Ustava Srbije (norma koja je segment *prava na pravično suđenje*), javnost se može isključiti tokom čitavog postupka koji se vodi pred sudom ili u delu postupka, samo radi zaštite interesa nacionalne bezbednosti, *javnog reda i morala u demokratskom društvu*, kao i radi zaštite interesa maloletnika ili privatnosti učesnika u postupku, u skladu sa zakonom.

Ustav ne poznaje kao *poseban osnov* za isključenje javnosti „nekakvu fluidno definisanu potrebu“ zaštite „drugih opravdanih interesa u demokratskom društvu“, već tu formulaciju striktno povezuje sa *javnim redom i moralom*, dok su u Zakoniku o krivičnom postupku „javni red i moral“, te „drugi opravdani interesi u demokratskom društvu“, definisani kao *dva samostalna i odvojena razloga, odnosno jedan od drugog dva potpuno nezavisna razloga* za isključenje javnosti na glavnom pretresu, zbog čega je naravno, opravdano i reagovao Ustavni sud, te utvrdio da se radi o neustavnom razlogu za isključenje javnosti.

⁵⁸ Predmet broj: IUz-96/2015, odluka Ustavnog suda, od 8. juna 2021. godine, *Službeni glasnik RS*, broj 62/21, Beograd, 95–96.

*Poseban slučaj isključenja javnosti prilikom saslušanja
okrivljenog saradnika i udaljenje samog svedoka saradnika
iz sudnice nakon što je saslušan*

Ustav ne poznaje ni poseban osnov za isključenje javnosti koji bi se odnosio isključivo na saslušanje okrivljenog saradnika / osuđenog saradnika, što je u Zakoniku o krivičnom postupku još i samim naslovom norme jasno iskazano kao svojevrsno „prevazilaženje ustavnih ograničenja“, jer se član 366. ZKP naslovljava kao *poseban slučaj isključenja javnosti*. Ustavni sud je s pravom konstatovao da se u odredbi člana 366. ZKP, praktično uvodi novi/poseban razlog za isključenje javnosti, mimo svih onih drugih u Ustavu (član 32. stav 3), taksativno i limitativno propisanih razloga.

Ovde bi se još moglo primetiti i da je, kada se radi o saslušanju okrivljenog saradnika, ne samo neustavno isključenje javnosti isključivo zbog toga što se radi o takvoj vrsti saslušanja na glavnom pretresu (dakle potpuno nezavisno od toga da li postoji neki od opštih razloga za isključenje javnosti, opciono propisanih u ZKP-u, a u skladu sa članom 32. stav 3. Ustava), ustavnopravno sporno i obavezno udaljenje okrivljenog saradnika iz sudnice, nakon što je dao iskaz.

Naime, iako zakonodavac više ne koristi izraz „svedok saradnik“ (kao u ranije važećem Zakoniku o krivičnom postupku), već *okrivljeni saradnik*, ni sada nije suštinski promenjen procesnopravni karakter takvog davaoca iskaza, koji je svojevrsni procesni „hibrid“, odnosno subjekat kod kojeg su „pomešana“ procesna svojstva okrivljenog i svedoka.⁵⁹ To važi primarno za okrivljenog saradnika, koji kao davalac iskaza u najvećoj meri ima status sličan svedoku, mora da govori istinu i ništa ne prećuti itd., ali on ipak nije samo/pretežno svedok, ne samo zato što ne poseduje određena procesna prava koja su inače, immanentna svedoku, kao što je to mogućnost oslobođenja od dužnosti davanja iskaza, kada je u određenom zakonski relevantnom odnosu sa okrivljenim protiv kojeg se vodi krivični postupak u kojem daje iskaz, ili mogućnost uskraćivanja odgovora na pojedina pitanja, već pre svega, stoga što se u odnosu na njega donosi odgovarajuća presuda, bilo osuđujuća (kada mu se kazna na odgovarajući način ublažava), bilo odbijajuća, ako je javni tužilac u odnosu na njega odustao od krivičnog gonjenja.

Presuda se može doneti samo u odnosu na okrivljenog, tj. lice koje se krivično goni, što znači da u procesnom smislu, kod okrivljenog saradnika, bez obzira na njegove „svedočke“ dužnosti, očigledno preovlađuje procesni status okrivljenog. On je pre svega, okrivljeni, što je sada i u samom Zakoniku o krivičnom

⁵⁹ Milan Škulić, *Organizovani kriminalitet – pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 357.

postupku, uvođenjem izraza *okrivljeni saradnik*, striktno i naglašeno. Samim tim što je okrivljeni saradnik, okrivljeni u krivičnom postupku, on ima i status krivičnoprocesne stranke.

Okrivljeni saradnik se ispituje nakon saslušanja optuženih i nakon ispitivanja se udaljava iz sudnice. I ovo pravilo odražava „hibridni“ karakter statusa okrivljenog saradnika, jer on, shodno pravilu da se nakon što je dao iskaz, udaljava iz sudnice, praktično *ne prisustvuje sopstvenom suđenju*, što je izuzetak u odnosu na opšte pravilo da optuženi (osim kada se radi o suđenju u odsustvu ili eventualno o udaljenju optuženog tokom dela glavnog pretresa zbog remećenja procesne discipline) uvek mora prisustvovati glavnom pretresu. Ovde postoji ustavnopravno relevantna greška što zakonodavac nije predvideo i suprotnu mogućnost, što znači da bi okrivljeni saradnik mogao da ostane u sudnici i nakon što je dao iskaz, ako se on sam s tim saglasi ili čak ukoliko to sam okrivljeni saradnik zahteva.

Naime, okrivljeni saradnik bi uvek (bez obzira na to što to u praksi većina okrivljenih saradnika ne bi zahtevala), kao lice koje se i samo krivično goni, pa i kao stranka koja ima pravo i na određenu dokaznu aktivnost na glavnom pretresu, načelno morao da ima mogućnost, odnosno *pravo* da prisustvuje glavnom pretresu (tj. sopstvenom suđenju), iz kojeg će u krajnjoj liniji proisteći i presuda koja se i na njega odnosi. I ovo zakonsko rešenje (iako ono kao takvo nije osporeno konkretnim inicijativama), potencijalno je nesaglasno Ustavu, jer se njime krše pravo na odbranu okrivljenog saradnika propisano u članu 33. stav 2. Ustava, kao i pravo na suđenje u prisustvu okrivljenog (član 33. stav 4. Ustava), ali se pritom, okrivljenom saradniku na takav način krši i pravo na aktivnu odbranu na glavnom pretresu (član 33. stav 5. Ustava), jer on, kao što je već objašnjeno, ima status okrivljenog, pa samim tim ima i ustavno pravo da se brani.

Naime, prema odredbi iz člana 33. stav 4. Ustava, svako ko je okrivljen za krivično delo, a dostupan je sudu, ima pravo da mu se sudi u njegovom prisustvu. To pravo dakle, svakako ima i okrivljeni saradnik, samim tim što je kumulativno: 1) okrivljeni, te 2) dostupan sudu.

Pored toga, prema odredbi sadržanoj u članu 33. stav 5. Ustava, svako kome se sudi za krivično delo ima pravo da sam ili preko branioca iznosi dokaze u svoju korist, ispituje svedoke optužbe i da zahteva da se, pod istim uslovima kao svedoci optužbe i u njegovom prisustvu, ispituju svedoci odbrane. To pravo samim tim što on ima status okrivljenog, koji je izvorno stranka u krivičnom postupku, ima i okrivljeni saradnik, a on to svoje Ustavom garantovano pravo, čak iako bi izričito želeo da ga koristi, ne može da konzumira, jer se, po samom „slovu zakona“, nakon što je dao iskaz, tj., nakon saslušanja, obavezno i bez izuzetka, udaljava iz sudnice.

DRUGE ODREDBE ZAKONIKA O KRIVIČNOM POSTUPKU
KOJE SU POTENCIJALNO/OČIGLEDNO NEUSTAVNE

Pored odredbi koje se odnose na načelo javnosti, bilo u vezi sa jednim od opštih razloga za isključenje javnosti, bilo kada se radi o posebnom slučaju koji se tiče saslušanja okrivljenog/osuđenog saradnika, Zakonik o krivičnom postupku obiluje još i jednim dugačkim nizom drugih odredbi koje su potencijalno protivustavne, ili se pak radi o odredbama Zakonika o krivičnom postupku u pogledu kojih je sasvim očigledno da nisu u saglasnosti sa Ustavom. Takve odredbe Zakonika o krivičnom postupku su brojne, a mogu da se podele na *dve osnovne kategorije*:

1) odredbe koje su očigledno nesaglasne Ustavu, a u pogledu kojih bi njihova neustavnost mogla biti otklonjena samim tim što bi Ustavni sud utvrdio da se radi o odredbama koje nisu u saglasnosti sa Ustavom, kao što je to Ustavni sud i učinio u pogledu odredbi člana 363. tačka 5) i člana 366. Zakonika o krivičnom postupku, a koje potom, prestaju da važe danom objavljivanja Odluke u „Službenom glasniku Republike Srbije“ i

2) odredbe koje su očigledno ili potencijalno nesaglasne Ustavu, a kojih je u korpusu neustavnih normativnih rešenja u Zakoniku o krivičnom postupku mnogo više od onih prethodno navedenih odredbi koje se sasvim jednostavno mogu „kasirati“ odlukom Ustavnog suda, a tu se radi o brojnim neustavnostima Zakonika o krivičnom postupku, koje su po svom karakteru takve, da bi zahtevale drugačija normativna rešenja, odnosno „dopisivanje“ novih i sada nepostojećih normi u Zakoniku o krivičnom postupku, što naravno, ne može da (u)čini Ustavni sud koji nema zakonodavnu funkciju, tj. ne može delovati kao „pozitivni zakonodavac“, niti bi to mogao postići čak ni upuštanjem u za njega ipak nesvojstveno direktno/direktnije „interpretativno delovanje“, koje je po logici stvari, prilično limitiranog karaktera.

U Zakoniku o krivičnom postupku je znatno manje odredbi prve objašnjene kategorije neustavnih normativnih rešenja, što onda značajno otežava mogućnost Ustavnog suda da svojom odlukom otkloni takve neustavnosti, jer praktično tada Ustavni sud „nema šta da kasira“, a ne može, jer on nije zakonodavac, sam da „na- piše novu/nedostajuću“ zakonsku normu.

Naime, iz prethodnog objašnjenja koje se tiče druge vrste očigledno ili potencijalno neustavnih odredbi Zakonika o krivičnom postupku proizlazi i da pokretanje postupka za utvrđivanje njihove nesaglasnosti sa Ustavom, ne bi u krajnjoj liniji / krajnjem ishodu, moglo da rezultira i odlukom Ustavnog suda kojom bi se takve neustavnosti otklonile iz pravnog sistema Srbije, ali bi se ipak na takav način, samom zakonodavcu sasvim jasno skrenula pažnja na neophodnost velikih izmena

i dopuna Zakonika o krivičnom postupku, ili pak na potrebu donošenja novog Zakonika o krivičnom postupku, a u kojem ne bi bila sadržana neustavna, ali i uopšte, neadekvatna normativna rešenja.

Odredbe Zakonika o krivičnom postupku koje su potencijalno neustavne

Prilično su brojne odredbe Zakonika o krivičnom postupku koje su potencijalno neustavne, ovom prilikom će se pažnja skrenuti samo na one koje se čine posebno značajnim, naročito sa stanovišta delovanja načela pravičnog krivičnog postupka.

Prava okrivljenog – član 68. stav 1. tačka 1) ZKP

Prema pravilima sadržanim u članu 68. stav 1. tačka 1. ZKP, okrivljeni ima pravo da u najkraćem roku, a uvek pre prvog saslušanja, podrobno i na jeziku koji razume bude obavешten o delu koje mu se stavlja na teret, o prirodi i razlozima optužbe, kao i da sve što izjavi može da bude korišćeno kao dokaz u postupku.

Međutim, Ustav u članu 33. stav 1. garantuje svakom ko je okrivljen za krivično delo, da ima pravo da u najkraćem roku, u skladu sa zakonom, podrobno i na jeziku koji razume, bude obavешten o prirodi i razlozima dela za koje se tereti, kao i o dokazima prikupljenim protiv njega.

Nije zaista isto, obavestiti okrivljenog o *razlozima optužbe* i obavestiti ga o *dokazima koji su prikupljeni protiv njega*, a veliko je pitanje da li u istrazi, zaista i postoji „optužba“, jer se ta faza krivičnog postupka vodi ne na osnovu bilo kojeg optužnog akta, već na osnovu (formalni uslov), naredbe javnog tužioca, pa i iz toga proizlazi da je sporna ustavnost odredbe sadržane u članu 68. stav 1. tačka 1) ZKP, odnosno nije izvesno da li ZKP obezbeđuje okrivljenom, sva prava koja su mu garantovana Ustavom.

Prava uhapšenog – član 69. stav 1. tačka 1. ZKP

Prema članu 29. stav 1. Ustava, licu lišenom slobode bez odluke suda, odmah se saopštava da ima pravo da ništa ne izjavljuje i pravo da ne bude saslušano bez prisustva branioca koga samo izabere ili branioca koji će mu besplatno pružiti pravnu pomoć ako ne može da je plati.

Čini se da je pokretanjem postupka za ocenu ustavnosti u odnosu na član 69. stav 1. tačka 1) ZKP, trebalo proveriti da li uhapšeni, a to je praktično lice lišeno slobode prema ustavnopravnoj terminologiji (član 29. stav 1. Ustava), zaista ima

sva prava koja mu se Ustavom garantuju, a čini se da su mu ta prava u pogledu informisanosti o jednom delu svog prava na odbranu, nešto sužena.

Naime, prema članu 69. stav 1. tačka 1) ZKP, uhapšeni ima pravo da odmah na jeziku koji razume bude obavešten o razlogu hapšenja i o nizu drugih prava u skladu sa ostalim odredbama člana 69. ZKP, ali se tu ne navodi da ima pravo (iz člana 29. stav 1. Ustava), da mu se odmah saopšti da ima pravo da ništa ne izjavljuje i pravo da ne bude saslušano bez prisustva branioca koga samo izabere ili branioca koji će mu besplatno pružiti pravnu pomoć ako ne može da je plati.

*Pretpostavke za pretresanje i postupak pretresanja – član 156. stav 3.
i član 156. stav 7. ZKP*

Prema članu 156. stav 3. ZKP, pretresanju se može pristupiti bez predaje naredbe, upozorenja na branica/advokata i *bez prisustva svedoka*, ne samo kada se radi o „klasičnim razlozima“ za takav postupak, poput pretpostavljanja oružanog otpora, druge vrste nasilja itd., već i ako je držalac stana ili drugih prostorija *nedostupan*.

U pitanju je realno izrazito „kaučuk“ norma, čime se stvara veoma širok prostor za zloupotrebe, jer organ postupka, odnosno ovde bi se po logici stvari, praktično uvek, radilo o policiji, ukoliko je maliciozan (a *zakonodavac ne sme apriorno pretpostaviti „dobronamernost“*), može namerno da vrši pretresanje baš onda kada vlasnik, odnosno držalac stana izvesno nije u kući, odnosno u svojim prostorijama, tj. svakako je nedostupan, jer se, na primer, tačno zna da je u to vreme na službenom putu, odmoru i sl. Ovo je potencijalno neustavno, jer takvu vrstu izuzetka ne poznaje Ustav (član 40).

Stan je prema članu 40. stav 1. Ustava nepovrediv, a određeni izuzeci od njegove nepovredivosti su mogući, ali samo kada su striktno propisani samim Ustavom, što se potom u ZKP-u, može ponoviti/konkretizovati, ali ne i proširivati, te stvarati uslove za veoma ekstenzivna tumačenja u praksi.

Naime, prema članu 40. stav 2. Ustava, niko ne može bez pismene odluke suda ući u tuđi stan ili druge prostorije protiv volje njihovog držaoca, niti u njima vršiti pretres, a držalac stana i druge prostorije ima pravo da sam ili preko svoga zastupnika i uz još dva punoletna svedoka prisustvuje pretresanju. Ako držalac stana ili njegov zastupnik nisu prisutni, pretresanje je dopušteno u prisustvu dva punoletna svedoka.

Dakle, pretresanje je dopušteno u takvom slučaju (član 40. stav 2. Ustava), kao *izuzetak bez prisustva držaoca stana*, ali u prisustvu dva punoletna svedoka, samo *ako držalac stana ili njegov zastupnik nisu prisutni*, a ne i kada *držalac stana nije dostupan*, ali su i tada *neophodni svedoci pretresanja*, a to isključuje ZKP

u članu 156. stav 3, čime ZKP potencijalno „proširuje ustavnu normu“ iz člana 40. stav 3. Ustava, kojom je propisano da su bez odluke suda, ulazak u tuđi stan ili druge prostorije, izuzetno i pretresanje bez prisustva svedoka, dozvoljeni ako je to neophodno radi neposrednog lišenja slobode učinioca krivičnog dela ili otklanjanja neposredne i ozbiljne opasnosti za ljude ili imovinu, na način predviđen zakonom. Ovde ne postoji kao razlog „nedostupnost držaoca stana“. Iz ovoga proizlazi potencijalna neustavnost i člana 156. stav 7. ZKP, u kojim se upućuje na član 156. stav 3. ZKP.

*Prisustvo dokaznim radnjama – pozivanje i obaveštavanje određenih lica
– član 300. stav 1. ZKP*

Prema članu 300. stav 1. ZKP, javni tužilac je dužan da braniocu osumnjičenog uputi poziv da prisustvuje saslušanju osumnjičenog, odnosno da osumnjičenom i njegovom braniocu uputi poziv, a oštećenog obavesti o vremenu i mestu ispitivanja svedoka ili veštaka.

Nije isto ni u jednom formalnom postupku, a kamoli u krivičnom postupku – „uputiti poziv“ i „pozvati“, te je stoga, sasvim jasno da se na ovaj način potencijalno povređuje Ustavom garantovano pravo na odbranu u krivičnom postupku.

*Prisustvo dokaznim radnjama – ispitivanje svedoka bez pozivanja
okrivljenog i branioca – član 300. stav 2. ZKP*

Odredbama člana 300. stav 2. ZKP, omogućava se javnom tužiocu da ispita svedoka u postupku za određena krivična dela, ne samo bez prisustva odbrane, već i bez pozivanja okrivljenog i branioca, ako javni tužilac oceni da bi njihovo prisustvo „bilo štetno“, tj. moglo uticati na davanje iskaza (ovde je posebno problematično što javni tužilac tako svog kolegu advokata kao branioca, praktično „posmatra kao potencijalnog kriminalca“, spremnog da svedoka zastrašuje i sl.), a što drugim rečima objašnjeno, u praksi omogućava čak i potpunu arbitrarnost.

Ovde je ključno pritom, što takav iskaz dat javnom tužiocu, dakle, subjektu u funkciji krivičnog gonjenja / optužbe, a koji je svojom slobodnom ocenom „isključio odbranu“, kasnije tj. u daljem toku postupka može da bude dokaz, bez obzira što se presuda ne može zasnivati samo na takvom iskazu. U praksi, uvek ima i drugih dokaza, to čak može da bude i izvod iz kaznene evidencije i slično, pa je ovakva „restrikcija“, suštinski besmislena, a suprotna je i inače, u ZKP-u prihvaćenoj dokaznoj koncepciji o „plodovima otrovnog drveta“.

Prethodno objašnjen problem sadržan u članu 300. stav 2. ZKP, je suštinski povezan i sa izrazito preširoko definisanim ciljem javnotužilačke istrage u važećem

Zakoniku o krivičnom postupku, koji je i u ovom pogledu relevantan, jer iz tako (pre)široko formulisanih ciljeva javnotužilačke, što znači „jednostranačke“ istrage, proizlazi između ostalog i zaključak o potencijalnoj neustavnosti odredbe člana 300. stav 2. ZKP.

Naime, u istrazi se u skladu sa članom 295. ZKP, prikupljaju sledeći dokazi i podaci: 1) oni koji su potrebni da bi se moglo odlučiti da li će se podići optužnica ili obustaviti postupak; 2) dokazi koji su potrebni da se utvrdi identitet učinioca, što se odnosi samo na „varijantu“ istrage koja se vodi u pogledu krivičnog dela sa nepoznatim učiniocem, tj. kada se u vreme pokretanja istrage ne zna ko je osumnjičeni; 3) dokazi za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano, kao i 4) drugi dokazi koji mogu biti od koristi za postupak, a čije se izvođenje, s obzirom na okolnosti slučaja, pokazuje celishodnim.

Suštinski je nelogično i besmisleno da onda kada je istraga stranačkog karaktera, u njene ciljeve bude svrstano i *obezbeđivanje dokaza*, jer to samo izuzetno može činiti sud u određenom obliku funkcionalne nadležnosti, poput nekadašnjeg istražnog sudije ili eventualno sudije za istragu, odnosno sudije za prethodni postupak i sl. To bi mogao biti jedan od ciljeva istrage, samo i jedino, ako bi takve dokaze obezbeđivao sud, koji je načelno nepristrasan u krivičnom postupku.

Cilj tipične javnotužilačke istrage bi moralo biti isključivo pribavljanje dokaza potrebnih za podizanje optužnice ili eventualno za odluku da se odustane od krivičnog gonjenja, a nikako ne i dokaza za koje postoji opasnost da neće moći da se kasnije izvedu na glavnom pretresu i sl. Takav cilj istraga ima u većini savremenih krivičnoprocesnih sistema, čak bez obzira da li se radi o anglosaksonskim pravnim sistemima, gde je istraga pretežno policijska i neformalna (takva je svrha istrage, na primer u Engleskoj i Velsu, SAD i Kanadi), ili je u pitanju kontinentalna Evropa, kao što je to slučaj sa državnotužilačkom istragom u Nemačkoj i Austriji. Ovo je povezano i sa faznom konstrukcijom koja je immanentna svakom savremenom krivičnom postupku, bez obzira na to da li je on po svojoj konstrukciji adverzijalan, kao što je to krivični postupak SAD, ili se radi o mešovitom tipu krivičnog postupka, kao što su to klasični kontinentalnoevropski krivični postupci.⁶⁰

U mnogim zemljama, kao na primer, u Nemačkoj i u Austriji,⁶¹ onda kada javni (državni) tužilac tokom svoje istrage, smatra da je potrebno izvesti određeni

⁶⁰ Više o tome, *Europaeen Criminal Procedures*, (reprinted) (Eds. Mirelille Delmas-Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 5-6.

⁶¹ Stefan Seiler, *Strafprozessrecht*, 10. überarbeitete Auflage, Facultas. wuv, Wien, 2009, 332-333.

dokaz za koji postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu i sl., on ne može takav dokaz sam izvesti, već zahteva da to učini određeni oblik sudske funkcionalne nadležnosti, poput sudije za istragu u Nemačkoj (*Ermittlungsrichter*),⁶² što onda naravno, uvek podrazumeva i odgovarajuću ulogu odbrane.⁶³

Mogućnost javnog tužioca da tokom svoje istrage izvodi praktično sve moguće dokaze, što je potom kombinovano i sa mogućnošću iz člana 406. ZKP, kojim se omogućava da se i takvi nesudski dokazi, potom koriste na glavnom pretresu, je izuzetno značajan *inkvizitorski i nedemokratski element* krivičnog postupka Srbije. Dovoljno je ovo ilustrovati i time, što se čak može, umesto neposrednog ispitivanja svedoka na glavnom pretresu, samo čitati zapisnik o njegovom ranijem ispitivanju (što je po pravilu, u istrazi) i onda, kada svedok bez zakonskog razloga odbija da da iskaz na glavnom pretresu.

Potom, u tom kontekstu veoma širokog mogućeg odstupanja od načela neposrednosti na glavnom pretresu propisanog u članu 406. ZKP, naročito upada u oči kao potencijalna neustavnost u odnosu na Ustavom garantovano pravo na odbranu i pravičan postupak, takva mogućnost koja je propisana u članu 300. stav 2. Zakonika o krivičnom postupku, jer se i takav iskaz svedoka, može čitati na glavnom pretresu i potom, koristiti kao dokaz, bez obzira što to ne može biti ekskluzivan (jedini) dokaz. Naime, kao što je već objašnjeno, ne samo što u postupku praktično uvek ima i drugih dokaza, već takav dokaz može i dalje dalekosežno da deluje, time što sud i inače, dokaze ceni kako pojedinačno, tako i u vezi s drugim dokazima, čime se praktično omogućava neka vrsta „infekcije“ i drugih dokaza.

Prisustvo dokaznim radnjama – neobaveštavanje osumnjičenog koji ima branioca – član 300. stav 4. ZKP

Prema članu 300. stav 4. ZKP ako osumnjičeni ima branioca, javni tužilac će, po pravilu, pozivati odnosno obaveštavati samo branioca. Ako je osumnjičeni u pritvoru, a dokazna radnja se preduzima van sedišta suda, javni tužilac će odlučiti da li je potrebno prisustvo osumnjičenog.

Ovo je potencijalno sporno jer je stranka okrivljeni, a ne njegov branilac, isto kao što ustavno pravo na odbranu izvorno ima okrivljeni, a branilac mu u tome samo pomaže, pa je ustavnopravno „sumnjivo“ što se pozivanjem branioca (čak po pravilu), „konvalidira“ nepozivanje osumnjičenog.

⁶² C. Roxin (1998), op. cit., 274–275.

⁶³ Claus Roxin, Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2016, 285–286.

Pored toga, davanjem prava javnom tužiocu da potpuno arbitrarno odlučuje da li će osumnjičenom u pritvoru omogućiti realizaciju jednog aspekta njegovog prava na odbranu, potencijalno se limitira Ustavom garantovano pravo na odbranu.

Prisustvo dokaznim radnjama ispitivanje svedoka bez upućivanja poziva osumnjičenom i njegovom braniocu – član 300. stav 6. ZKP

Prema članu 300. stav 6. ZKP, ako poziv osumnjičenom i njegovom braniocu nije dostavljen u skladu sa odredbama Zakonika o krivičnom postupku, odnosno ako se istraga vodi protiv nepoznatog učinioca, javni tužilac može preduzeti ispitivanje svedoka ili veštaka samo po prethodnom odobrenju sudije za prethodni postupak.

Dovoljno je objasniti da se svaki iskaz ovako ispitivanog svedoka u istrazi, a bez mogućnosti da takvom ispitivanju prisustvuje odbrana, može kasnije kao izuzetak od načela neposrednosti, koristiti na glavnom pretresu, pa je ovakva mogućnost očigledno potencijalno, ali i teško kršenje Ustavom garantovanog prava na odbranu u krivičnom postupku.

Prisustvo dokaznim radnjama – ispitivanje svedoka bez prisustva lica kojem je upućen poziv/obaveštenje – član 300. stav 7. ZKP

Ova norma je povezana sa prethodnim objašnjenjem, koje se tiče odredbe iz člana 300. stav 6. ZKP, jer prema članu 300. stav 7. ZKP, kada se radi o ispitivanju svedoka u istrazi od strane javnog tužioca, ako lice kome je upućen poziv, odnosno obaveštenje o dokaznoj radnji, nije prisutno, radnja se može preduzeti i u njegovom odsustvu.

Kao što je već objašnjeno u prethodnom tekstu, nije isto u bilo kojem regularnom postupku „uputiti poziv“, odnosno „uputiti obaveštenje“ i *pozvati*, odnosno *obavestiti*, čime se praktično omogućava kršenje Ustavom garantovanog prava na odbranu.

Problem tzv. paralelne istrage – član 301. stav 3. i član 303. stav 3. ZKP

Odredbama člana 301. uvedena je veoma kontroverzna i u stvari, potpuno besmislena, neka specifična vrsta „paralelne istrage“. Naime prema članu 301. st. 1. i 2. ZKP, osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze i materijal u korist odbrane, a u cilju ostvarivanja tog ovlašćenja osumnjičeni i njegov branilac imaju pravo: 1) da razgovaraju sa licem koje im može pružiti podatke

korisne za odbranu i da od tog lica pribavljaju pisane izjave i obaveštenja, uz njegovu saglasnost, osim kada se radi o oštećenom ili o licima koja su već ispitana od strane policije ili javnog tužioca; 2) da ulaze u privatne prostorije ili prostore koji nisu otvoreni za javnost, u stan ili prostore povezane sa stanom, uz pristanak njihovog držaoca; kao i 3) da od fizičkog ili pravnog lica preuzmu predmete i isprave i pribave obaveštenja kojima ono raspolaže, uz njegovu saglasnost, kao i uz obavezu da tom licu izdaju potvrdu sa popisom preuzetih predmeta i isprava.

Pisana izjava i obaveštenje koje je određeno lice dalo osumnjičenom ili braniocu, *nemaju sami po sebi nikakav posebni dokazni značaj*, što znači da se odluka suda ne može zasnivati na takvoj izjavi, odnosno obaveštenju, niti taj oblik komunikacije sa određenim lice koje daje izjavu ili obaveštenje osumnjičenom ili braniocu, ima značaj svedočenja, odnosno iskaza svedoka. Radi se o potpuno neformalnom „materijalu“, bez neposrednog dokaznog značaja, koji se od strane okrivljenog i njegovog branioca može koristiti jedino u krajnje limitirane svrhe: 1) u toku ispitivanja svedoka ili 2) radi provere verodostojnosti iskaza svedoka, odnosno 3) za donošenje odluke o ispitivanju određenog lica kao svedoka od strane javnog tužioca ili suda.

Treba imati u vidu i da se formalnim propisivanjem mogućnosti da osumnjičeni i branilac u toku istrage prikupljaju dokaze i materijale u korist odbrane, u stvari, *ništa posebno nije uvelo* što i do sada u našem krivičnom postupku, tj. i dok je istraga u nadležnosti istražnog sudije, nije bilo moguće. Nikada nije ni jedan zakon ili bilo koji drugi opšti pravni akt, sprečavao bilo koga da sam prikuplja dokaze, odnosno određene informacije koje mu idu u prilog, ali ni ranije, kao ni sada, sama odbrana ili bilo ko drugi, osim organa postupka, nije mogao vršiti formalne dokazne radnje.

Naime, odbrana, iako to na prvi pogled, deluje drugačije, praktično ipak nije dobila neko novo pravo u istrazi. Naime, radi se s jedne strane, o neformalnim aktivnostima, za koje je s druge strane kao *conditio sine qua non*, neophodna saglasnost lica od kojeg se dobijaju konkretni dokazi, odnosno „materijali“, a sve se to i inače, može činiti, jer na primer, svaki građanin, pa to važi i za osumnjičenog, može da sa drugim građaninom razgovara, ili čak od njega uzima/dobija određenu pisanu izjavu i sl., pod uslovom naravno, da građanin koji služi kao „izvor“ informacija, na to pristaje. Takvi podaci ni nekada, tj. u normativnom ambijentu ZKP iz 2001. godine (kao i prema svim zakoni(ici)ma o krivičnom postupku koji su kod nas važili decenijama), a isto je i po pravilima važećeg Zakonika o krivičnom postupku, sami po sebi nisu dokaz, odnosno do njih se ne dolazi dokaznim radnjama. Dokazi u ovom slučaju mogu da budu jedino materijalni dokazi, koji se i inače, bez obzira da li je istraga sudska ili javnotužilačka, te da li je to striktno propisano

u Zakoniku o krivičnom postupku (kao donekle formalizovana aktivnost odbrane u istrazi), ili nije, svakako mogu podnositi organu krivičnog postupka i od strane subjekata koji su u funkciji odbrane.

U stvari, ono što je ovde novo, to je pravilo, da odbrana o rezultatima svojih „istražnih“ aktivnosti tokom istrage javnog tužioca, mora da u određenom procesnom obliku *obavesti samog javnog tužioca* (član 303. stav 3. ZKP), što do sada, tj. u sistemu sudske istrage, naravno, nije bio slučaj i iz čega proizlazi zaključak da nije sasvim jasno da li ove „nove mogućnosti“ za odbranu tokom istrage, treba shvatiti kao vid „prava“ odbrane ili u stvari, „dužnosti“ subjekata u funkciji odbrane, odnosno specifičnog procesnog „tereta“.

Takvo primoravanje odbrane na *saradnju sa javnim tužiocem* (iako je u praksi, praktično reč o instruktivnoj normi), potencijalno je protivustavno, jer je odbrana samo *pravo*, a ne sme se ni na koji način pretvarati u *dužnost*, a iz dužnosti propisane u članu 303. stav 3. ZKP, proizlazi da bi *odbrana bila dužna da javnog tužioca obavesti* čak i o dokazima koji joj idu na štetu, što je suprotno članu 33. stav 7. Ustava.

*Predlaganje dokaza na pripremnom ročištu i mogućnost odbijanja dokaznih predloga koji nisu predloženi na pripremnom ročištu
– član 350. stav 1. ZKP, član 395. stav 4. tačka 1) ZKP*

Prema članu 350. stav 1. ZKP, predsednik veća će pozvati stranke, branioca i oštećenog da obrazlože predložene dokaze koje nameravaju da izvedu na glavnom pretresu, pri čemu će ih upozoriti da se neće izvesti oni dokazi koji su im bili poznati, ako ih bez opravdanog razloga na pripremnom ročištu nisu predložili. Ovo je vrlo sporna norma sa stanovišta njene ustavnosti, jer je u očiglednoj kontradikciji sa Ustavom garantovanim pravom na odbranu.

Ovo pitanje je neposredno povezano i sa članom 349. stav 4. ZKP, prema kojem, ako optuženi osporava navode optužbe, predsednik veća će ga pozvati da se izjasni koji deo optužnice osporava i iz kojih razloga, i upozoriće ga da će se na glavnom pretresu izvoditi samo dokazi u vezi sa osporenim delom optužnice. Ova odredba je veoma sporna sa aspekta delovanja Ustavom propisane pretpostavke nevinosti (član 34. stav 1. Ustava), a njen domet u praksi može biti izuzetno dalekosežan u pravcu stvaranja uslova za ispoljavanje drastičnih nepravichnosti u krivičnom postupku.

Umesto da ovlašćeni tužilac pred sudom na glavnom pretresu dokazuje sve ono što navodi u svojoj optužnici, ovde se *polazi od pretpostavke tačnosti optužnice*, pa se dokazuje samo ono što optuženi osporava. Kako sud ni inače, prema pravilima

važeceg Zakonika o krivičnom postupku, nema dužnost utvrđivanja istine, sasvim je jasno kakva sudbina može da snađe okrivljenog koji ne bi bio dovoljno „snalažljiv“ na pripremnom ročištu. Optuženi koji nemaju branioca i koji ponekad, ako su izrazito neuki (a zna se kakva je obrazovna struktura većine tipičnih okrivljenih u našim krivičnim postupcima), maltene ne znaju ni šta znači reč *osporavati*, na ovaj se način potencijalno dovode u veoma loš položaj, jer ako ništa ne osporavaju, to znači da tužilac ništa ne mora ni da dokazuje, i sam glavni pretres praktično postaje nepotreban, a osuda okrivljenog „zagarantovana“.

Ostavljanje mogućnosti da se na glavnom pretresu ne izvode dokazi za koje je odbrana znala, ali ih na pripremnom ročištu nije predložila (član 350. stav 1. ZKP), kao i davanje prava predsedniku veća da iz tog razloga odbije dokazne predloge odbrane (član 395. stav 4. tačka 1. ZKP), potencijalno su suprotne Ustavom garantovanom pravu na odbranu (član 33. stav 2. Ustava), koje podrazumeva slobodni izbor načina odbrane, pa čak i mogućnost potpune pasivnosti okrivljenog, odnosno apsolutni izostanak i iole aktivne odbrane – tzv. odbrana ćutanjem.

Suprotno Ustavom garantovanom pravu okrivljenog da se brani na bilo koji način koji smatra adekvatnim, pa čak i da se faktički ni „ne brani“, te da se ponaša potpuno pasivno u krivičnom postupku, zakonodavac pravilima o obaveznom predlaganju dokaza za koje je odbrana znala na pripremnom ročištu, okrivljenog primorava na „dokaznu saradnju“ sa sudom u krivičnom postupku. Ovo je povezano i sa značajnim limitiranjem načela istine u krivičnom postupku, iako u isto vreme, što je veoma paradoksalno, kao i decenijama ranije, zakonodavac omogućava podnošenje žalbe i zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, što znači i zbog u presudi sadržane neistine ili nepotpuno utvrđene istine.

Izuzetak od načela neposrednosti u objektivnom smislu – iskaz saoptuženog prema kojem je krivični postupak razdvojen ili je već okončan pravnosnažnom osuđujućom presudom – član 406. stav 1. tačka 5) ZKP

Već je prethodno spomenuto da je u Zakoniku o krivičnom postupku preširoko definisan niz razloga za odstupanje od načela neposrednosti, što je posebno sporno u kontekstu činjenice da se tu radi primarno o dokazima koje je javni tužilac prikupio u svojoj javnotužilačkoj istrazi, a već je objašnjeno da je potencijalno neustavno što u nekim situacijama, ZKP omogućava javnom tužiocu da veoma jednostavno izbegne učešće odbrane prilikom izvođenja određenih dokaza u istrazi. To ipak ne znači da je kompletan član 406. ZKP neustavan, jer većina krivičnih postupaka, pa i onih koji se smatraju veoma „demokratskim“, propisuje i određene izuzetke od načela neposrednosti, a to je posebno tipično za kontinentalnoevropske

krivične postupke, a takvih izuzetaka inače, ima veoma malo ili ih čak nema u većini tipičnih adverzijalnih krivičnih postupaka.

Ipak je ustavnopravno sporna zabrana sadržana u članu 406. stav 1. tačka 5) ZKP, kojom je propisano da se, osim u slučajevima posebno propisanim u ovom zakoniku, upoznavanje sa sadržinom zapisnika o iskazima svedoka, saoptuženih ili već osuđenih saučesnika u krivičnom delu, kao i zapisnika o nalazu i mišljenju veštaka, može po odluci veća obaviti shodnom primenom člana 405. ovog zakonika, ako je reč o iskazu saoptuženog prema kojem je krivični postupak razdvojen ili je već okončan pravnosnažnom osuđujućom presudom. Naime, time se uvodi formalna ocena dokaza, što znači da na takav način sama presuda ili iskaz saoptuženog koji je on dao suočen sa krivičnim gonjenjem, postaje „krunski“ i praktično *neborivi dokaz*, što je onda, potencijalno suprotno pravu na odbranu okrivljenog u drugom krivičnom postupku, u kojem bi lice prema kojem je postupak razdvojen ili koje je osuđeno u drugom krivičnom postupku, moglo da bude svedok. Ovim je zakonodavac pokušao da prilično nevesto reši određene praktične probleme, ali je time potencijalno povredio Ustavom garantovano pravo na odbranu okrivljenog.

Održavanje glavnog pretresa u skraćenom postupku bez prisustva optuženog – član 507. stav 2. ZKP

Kada je reč o mogućnosti propisanoj u članu 507. stav 2. ZKP, ona se mora povezati sa jednom drugom načelnom normom Zakonika o krivičnom postupku. U jednoj od ključnih načelnih odredbi Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine, koja se tiče izvođenja dokaza i tereta dokazivanja u krivičnom postupku, napravljena je ozbiljna greška koncepcijske prirode. Naime, u članu 15. stav 3. utvrđeno je da sud izvodi dokaze *na predlog stranaka*, iz čega bi proizišlo da dokaze ne izvode stranke, već to čini sud, ali samo po njihovom predlogu, kao što je slično bilo i u ZKP iz 2001. godine,⁶⁴ odnosno u našem prethodnom tradicionalnom krivičnoprocesnom sistemu, što naravno, ipak pretežno nije slučaj, što se posebno upadljivo uočava kada se radi o ispitivanju svedoka na glavnom pretresu, koje je stranačkog karaktera, uz samo ostavljanje mogućnosti sudu da postavlja pojedina pitanja.

Dakle, čitavim nizom odredbi Zakonika promovisana je izrazita dokazna pasivnost suda, a izvođenje dokaza je ne samo primarno, već skoro isključivo povereno strankama, što je u potpunosti kontradiktornosti sa odredbom člana 15. stav 3.

⁶⁴ Više o tome, Tihomir Vasiljević, Momčilo Grubač, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, dvanaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2011, 61–63.

U istom članu Zakonika, tj. već u narednom stavu člana 15. ZKP, navodi se da sud može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno *sam odredi da se takvi dokazi izvedu*, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni te da je to neophodno kako bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio. Dakle, čak se ni u ovoj odredbi *ne daje sudu mogućnost da sam izvede dokaze*, već samo da izda nalog da se dokazi izvedu.

Očigledna je intencija da se sud – što je više moguće i po svaku cenu – *dokazno pasivizira*. Iako u Zakoniku nije sasvim jasno rečeno, ovo podrazumeva da bi takve dokaze morala izvesti određena stranka, odnosno lice koje (pot)pomaže ostvarivanje stranačke funkcije, poput branioca kada je reč o okrivljenom. Odredba člana 15. stav 4. stoga je direktno i očigledno suprotstavljena odredbi člana 15. stav 3. Zakonika o krivičnom postupku, što ni u kom slučaju ne predstavlja usamljen primer postojanja međusobno protivrečnih odredbi u novom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije.

Ovde treba imati u vidu i da prema odredbi člana 32. stav 1. Ustava Republike Srbije (pravo na pravično suđenje), svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i optužbama protiv njega. Dakle, ustavno je pravo građanina, tj. okrivljenog protiv kojeg se vodi krivični postupak da sud raspravi o osnovanosti sumnje, odnosno o optužbi protiv njega, a ne da se o tome pred sudom raspravlja, kao što je to u osnovi rešeno u novom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije.

Mogućnost održavanja glavnog pretresa u skraćenom postupku i bez prisustva optuženog je postojala i prema ranije važećem ZKP,⁶⁵ ali ona tada nije bila suštinski sporna (iako ni onda nije bila „idealna“), jer ne samo što je istraga u to vreme bila u sudskoj nadležnosti (u skraćenom postupku samo vršenje određenih istražnih radnji od strane istražnog sudije, pre podnošenja optužnog predloga), već je i sud (sudija pojedinac), na glavnom pretresu, bio dokazno aktivan/aktivniji, što sve sada (u skladu sa prethodno objašnjenim članom 15. ZKP), uopšte nije slučaj, već je naprotiv, koncept dokazivanja potpuno suprotan.

Kada nema okrivljenog na glavnom pretresu, odnosno kada se glavni pretres održava u njegovom *odsustvu* (a ovde nije propisana ni obavezna stručna odbrana, što znači da na glavnom pretresu ne mora da bude prisutan ni branilac), tada se radikalno, prema pravilima sadašnjeg dokaznog sistema, koji izrazito

⁶⁵ Zagorka Jekić, *Krivično procesno pravo*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Štamparija „Dimitrije Davidović“, Beograd, 2003, 362.

favorizuje stranačko izvođenje dokaza na glavnom pretresu, umanjuje mogućnost za odbranu u krivičnom postupku, što je potencijalno protivno Ustavom garantovanom pravu na odbranu, a pritom, brojni slučajevi ESLJP ukazuju na neophodnost da krivičnoprocesne mogućnosti budu načelno delotvorne, a ne da postoje samo „formalno“, pa i „kozmetički“, pri čemu odbrana, kada se radi o slučaju iz ustavnopravno osporenog člana 507. stav 2. ZKP, čak ni formalno ne može da se ni iole efikasno realizuje.

Ovo je inače, posebno upadljivo na primeru nemogućnosti da se bez prisustva stranke u funkciji odbrane na glavnom pretresu, realizuje vrlo tipična kontradiktorno ustrojena dokazna radnja, a to je ispitivanje svedoka na glavnom pretresu, koje se obavlja prema pravilima osnovnog/unakrsnog/dodatnog ispitivanja, uz načelno, pasivnu ulogu krivičnog suda.

Ustavno je pravo okrivljenog da mu se sudi u njegovom prisustvu (član 33. stav 4. Ustava), a izuzetak koji se odnosi na suđenje u odsustvu, ne samo što podrazumeva da tada okrivljeni mora imati branioca, koji mu se postavlja po službenoj dužnosti, već i da okrivljeni, onda kada postane dostupan, veoma jednostavno može izdejstvovati ponavljanje krivičnog postupka, koji se tada, što je ustavnopravno prihvatljivo, vodi u njegovom prisustvu. Sve to nije slučaj, kada se radi o odredbi iz člana 507. stav 2. ZKP, pa se stoga, svakako može oceniti da postoji njena potencijalna neustavnost.

*„Jedna zemlja dva sistema“ – eksperimentalna primena novog
Zakonika o krivičnom postupku u pogledu određene kategorije
okrivljenih i određene vrste krivičnih dela kao predmeta
krivičnog postupka – član 608. ZKP*

Još odavno je kod nas (tokom prve dekade 21. veka), u normativnoj sferi, prihvaćen jedan veoma čudan pravno-tehnički „manir“, da usvojeni zakon stupa na snagu u jednom trenutku (najčešće prema redovnom pravilu – 8 dana od dana objavljivanja).

Takvo razdvajanje *dva relevantna vremena* – 1) *momenta stupanja na snagu zakona*, od 2) *trenutka njegove primene*, je bilo motivisano isključivo krajnje besmislenim pragmatičnim razlozima, da se pojedini ministri mogu „pohvaliti“ vrednoćom u vidu broja zakona koji su već stupili na snagu, a proizišli su iz predloga ministarstava na čijem su čelu, ispunjavanjem ciljeva formulisanih u različitim „strategijama“, kao i sličnim razlozima, poput ispunjavanja „projektnih zadataka“, onda kada su neki zakoni proizlazili iz određenih projekata, finansiranih donacijama, ili su na tekstu zakona intenzivno radili savetnici ambasada nama prijateljski

nastrojenih država, koji su se na taj način, ali i kroz finansiranje aktivnosti radnih grupa, intenzivno trudili da unaprede naš pravni sistem i slično.

Ovo je bilo uvek loše u normativnom pogledu, pa i u jednom „čisto“ pravno-tehničkom smislu, ali to ipak nije po pravilu, nikada prouzrokovalo neke veće probleme, pa je i pitanje, da li bi se takva, inače svakako loša normativna praksa, sama po sebi, mogla smatrati neustavnom. Sasvim drugačije stoje stvari sa članom 608. ZKP, koji je omogućio da za jednu kategoriju krivičnih dela, kao predmeta krivičnih postupaka, pa samim tim i za jednu kategoriju okrivljenih za takva krivična dela, ali i druge subjekte/aktere tih krivičnih postupaka, primena ZKP, koji je radikalno promenjen u odnosu na do tada važeći ZKP, počne čak 2 godine ranije.

Time što su kreirana dva različita „krivičnoprocesna ambijenta“ u istoj državi i u okviru istog pravnog sistema, takvi okrivljeni, ali i drugi subjekti i učesnici tih krivičnih postupaka, u pogledu kojih je primena novog Zakonika, započela ranije, pretvoreni su u neku vrstu „zamorčica“, što svakako može da bude i neustavno, a naročito kada se ima u vidu član 196. Ustava, koji govori samo o stupanju na snagu zakona, a ne poznaje opciju odlaganja primene zakona, koji je već stupio na snagu. Ovde naravno, suštinski osim tog člana Ustava, treba imati u vidu i odredbe Ustava, koje se odnose na ravnopravnost građana, a i okrivljeni je građanin, jer se tako jednoj kategoriji građana, okrivljenih za jednu vrstu krivičnih dela, bitno menja pravni položaj u odnosu na drugu kategoriju građana, koji se krivično gone za druge vrste krivičnih dela. Stoga se u pogledu ovog zakonskog mehanizma postavlja i pitanje (ne)delovanja ustavne zabrane diskriminacije (član 21. Ustava).

Iako se ovde radi o normi koja je sada već „istorijska“, jer je primena ZKP, koji je stupio na pravnu snagu 2011. godine, te godine i započela u krivičnim postupcima za određena krivična dela, a potom je 2013. godine, taj ZKP, počeo da se primenjuje i u ostalim krivičnim postupcima, što znači da već oko osam godina, važi jedan ZKP u Srbiji, a da su „samo“ dve godine, paralelno važila dva Zakonika u krivičnom postupku, što je kao jedna čudna „varijanta“ poznate floskule o „jednoj zemlji, a dva sistema“, potencijalno i ustavnopravno sporno.

Ključne odredbe Zakonika o krivičnom postupku koje su potencijalno protivustavne i nemogućnost Ustavnog suda da deluje kao „pozitivan zakonodavac“

Ključne potencijalno neustavne odredbe Zakonika o krivičnom postupku tiču se kako jednog „nedostajućeg elementa“ javnotužilačke istrage u domenu Ustavom

garantovanog delotvornog pravnog sredstva, tako i dominantnog procesno-tehničkog načina uređenja održavanja glavnog pretresa, što se svodi na:⁶⁶

1) pokretanje istrage odlukom javnog tužioca (naredba), protiv koje nije dozvoljena žalba, u čemu se ispoljava nemogućnost *podnošenja žalbe protiv odluke o sprovođenju istrage*, što je suprotno članu 32. stav 1. Ustava, kao i

2) preteranu „adverzijalizaciju“ glavnog pretresa, koja krivični sud čini suviše pasivnim u odnosu na izvođenje dokaza, do čega je došlo usled uvođenja *stranačkog raspravljanja pred sudom, umesto raspravljanja od strane suda*, kao što je to propisano u članu 32. stav 1. Ustava, a što je na relevantan način povezano i sa dometima načela istine u krivičnom postupku.

Pokretanje istrage javnotužilačkom odlukom protiv koje žalba nije dozvoljena – član 296. ZKP

Prema članu 296. stav 1. ZKP, istraga se pokreće naredbom javnog tužioca i naravno, kao i inače, kada se radi o naredbama u krivičnom postupku, protiv ove odluke, ne postoji mogućnost ulaganja žalbe, pa je ona stoga, kako pravnosnažna, tako i izvršna, već momentom donošenja.

Žalba protiv odluke o sprovođenju istrage naravno, ne bi ni imala smisla, kada se radi o varijanti istrage, koja se vodi protiv nepoznatog učinioca (što je inače, prilično besmisleno, jer zašto bi se formalna istraga i vodila protiv nepoznatog lica/osumnjičenog (tzv. NN lice), kada i inače, postoji predistražni postupak, veoma slično oblikovan, kao i nekadašnji pretkrivični postupak?), ali je ustavnopravno potencijalno veoma sporno što se odluka kojom se pokreće istraga protiv poznatog osumnjičenog, ne može pobijati žalbom, tj. ne daje se mogućnost da sud odluči o osnovanosti sumnje na temelju koje je pokrenut krivični postupak protiv konkretnog lica.

Naime, javni tužilac u toku istrage samostalno raspravlja i odlučuje o postojanju/nepostojanju sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, iako srpski Ustav u članu 32. stav. 1, utvrđuje da „svako ima pravo da nezavisan, nepristrastan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, kao i o *osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka*.“

Dakle, Ustav garantuje da svako ima pravo da o osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka protiv njega, odluči sud, a protiv naredbe o sprovođenju

⁶⁶ Ove odredbe Zakonika o krivičnom postupku u kombinaciji sa značajnim limitiranjem načela istine, praktično „diktiraju“ i suštinski karakterišu karakter celokupnog krivičnog postupka / krivičnoprocesnog ambijenta Srbije.

istrage, koja se donosi na nivou određenog/najnižeg procesno relevantnog stepena sumnje (osnovi sumnje), što svakako podrazumeva i određeni „nivo osnovanosti“, ne postoji pravo žalbe, čime bi se omogućilo sudsko odlučivanje, koje je nedvosmisleno Ustavom zajemčeno, a iz čega proizlazi da je ustavnopravno veoma „sumnjiv“ član 296. Zakonika o krivičnom postupku, u kojem su inače, sadržane neke od ključnih odredbi tog Zakonika. Radi se očigledno o neustavnoj odredbi, čija se neustavnost praktično ne može „ispraviti“ odlučivanjem Ustavnog suda, koji nije zakonodavac,⁶⁷ te naravno, ne može da rešava problem tzv. nedostajućih normi, što u konkretnom slučaju znači da Ustavni sud ne može da propiše mogućnost ulaganja žalbe sudu protiv odluke o sprovođenju istrage, iako inače Ustav garantuje svakom da nezavisan, nepristrastan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, kao i o *osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka*.

Inače, za kontinentalnoevropske krivične postupke karakteristično je da u istrazi postoje relativno jaki inkvizitorski elementi, ali uz poštovanje prava na odbranu i u toj fazi krivičnog postupka. U ovom tipu postupka su osnovne krivičnoprocesne funkcije strogo odvojene, ali javni (državni) tužilac ipak nije prava, odnosno tipična stranka, jer je on, kao državni organ, dužan da osim stranačkih interesa utemeljenih na funkciji optužbe, štiti i opšte interese, a pre svega interes koji proizlazi iz načela istine,⁶⁸ pa shodno tome, na primer, on mora osim dokaza koji terete okrivljenog, prikupljati i dokaze u prilog njegovoj odbrani, odnosno mora ih imati u vidu. Pored toga, sam sud je dokazno izuzetno aktivan, on po pravilu

⁶⁷ U teoriji, ali i praksi samog Ustavnog suda, često se objašnjava da Ustavni sud kao specifičan „oblik sudovanja“, koji „sudi zakonima / pravnim normama“, kada se radi o njegovoj normativnoj nadležnosti, može delovati *samo/isključivo* kao „negativni zakonodavac“, tako što ima „moć“ da svojim odlukama iz pravnog sistema, ukloni određene neustavne odredbe i na taj način konkretni zakon praktično „skrati“ eliminisanjem takvih neustavnih odredbi iz njegovog sadržaja, te time na specifičan način „kreira zakone“. Međutim, čak i ako bi se prihvatilo takvo teorijsko obeležavanje Ustavnog suda kao specifičnog „zakonodavca“, čija je „legislativna“ funkcija limitirana na poništavanje/uklanjanje iz pravnog poretka neustavnih normi (negativni zakonodavac), on svakako nije dominantno u zakonodavnoj funkciji, naročito stoga što Ustavni sud i onda kada smatra da za tim postoji potreba ili kada to proizlazi iz njegovih odluka koje su povezane sa tim/relevantnim pitanjima, ne može da „dopiše“ nedostajuće zakonske norme, koje bi s obzirom na delovanje ustavnopravnih odredbi, trebalo da postoje u određenom zakonu. Pored toga, u nekim situacijama (što je tipično za neke ustavnopravne sisteme u uporednom pravu), ustavni sudovi imaju mogućnost i za tzv. interpretativna tumačenja određenih zakonskih odredbi kojima se bave u postupku utvrđivanja njihove neustavnosti, odnosno ocene ustavnosti odredbi čija je ustavnost pred ustavnim sudom osporena, ili sa čijom se primenom sreću u postupcima odlučivanja po ustavnim žalbama.

⁶⁸ Više o tome, Milan Škulić, „Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine u krivičnom postupku“, *Pravni život*, tom I, br.9, Beograd, 2010, 587–611.

sam izvodi sve dokaze tokom suđenja, uz davanje manje ili veće dokazne uloge i samim strankama, a nije ograničen dokaznim predlozima stranaka, već ima pravo i dužnost sopstvene dokazne inicijative. Naš krivični postupak je do nedavno, tj. do donošenja, stupanja na snagu i potpune primene ZKP iz 2011. godine, slično kao i na primer, krivični postupci Nemačke i Francuske, ali i niza drugih evropskih država, pripadao ovom tipu postupka.⁶⁹

*Stranačko raspravljanje pred sudom, umesto raspravljanja od strane suda
– povezano sa delovanjem načela istine u krivičnom postupku*

Prema odredbi člana 32. stav 1. Ustava Republike Srbije (*pravo na pravično suđenje*), *svako ima pravo da nezavisan, nepristrastan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i optužbama protiv njega.*

Dakle, ustavno je pravo građanina, a pre svega, okrivljenog protiv kojeg se vodi krivični postupak da sud raspravi o osnovanosti sumnje, odnosno o optužbi protiv njega, a *ne da se o tome* pred sudom raspravlja, kao što je to u osnovi rešeno u važećem Zakoniku o krivičnom postupku Srbije. Stoga su potencijalno neustavne sve ključne odredbe Zakonika o krivičnom postupku kojima je konstruisan striktno adverzijalni krivični postupak.

Pored toga, u članu 32. stav 1. Ustava Srbije se čak u vezi prava koja se garantuju, a koja se u ovom kontekstu svode na raspravljanje *od strane suda*, te *sudsko odlučivanje* o osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, navodi *svako*, te iako se tu primarno misli na okrivljenog protiv kojeg se vodi krivični postupak, u obzir bi mogao doći i oštećeni,⁷⁰ čiji je procesni položaj drastično pogoršan, time što je radikalno limitirana mogućnost da oštećeni postane tzv. supsidijarni tužilac u krivičnom postupku.⁷¹

⁶⁹ Reforma našeg krivičnog procesnog zakonodavstva, bez obzira na usvajanje novog Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine, još uvek traje, jer ne samo da su nedavno usvojene veoma male izmene tog zakonika, već je izvesno da će taj zakonik, pre ili kasnije doživeti i druge, značajno veće promene. Više o tome, Milan Škulić, Goran Ilić, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – jedan korak napred, dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca Srbije, Pravni fakultet u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012. Adresa za preuzimanje teksta sa sajta: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>

⁷⁰ Milan Škulić, Tatjana Bugarski, *Krivično procesno pravo*, drugo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2019, 171.

⁷¹ O ovome je šire izlagano u *izdvojenom mišljenju autora ovog teksta na rešenje Ustavnog suda broj IUz-62/2018*. Ovo izdvojeno mišljenje sudije Ustavnog suda prof. dr Milana Škulića, objavljeno je u *Službenom glasniku RS*, broj 37, od 29. maja 2019, 56–66.

Konačno, limitirana dokazna aktivnost suda na glavnom pretresu shodno pravilima Zakonika o krivičnom postupku, što je potencijalno suprotno ustavno-pravnom zahtevu *raspravljanja od strane suda*, a ne *raspravljanja pred sudom*, se u funkcionalno-logičkom smislu, povezuje sa delovanjem načela istine u krivičnom postupku. Naime, načelo istine sada formalno ne egzistira u striktnom smislu u odredbama važećeg Zakonika o krivičnom postupku, kojima se *više ne utvrđuje dužnost* suda i drugih državnih organa da istinito i potpuno utvrđuju činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke (kao što je to bilo decenijama),⁷² što je inače, suprotno pravilima koja važe u većini savremenih kontinentalnoevropskih krivičnih postupaka i to najčešće kao načelo materijalne istine. To ne znači da sud uvek realno mora da utvrdi istinu, već da sud mora da stekne uverenje da je utvrdio istinu, odnosno da u toku celog postupka, teži da utvrdi istinu i mimo dokazne inicijative stranaka, kao i bez postojanja formalnih zakonskih pravila kako se i koje činjenice mogu/moraju odnosno smeju/ne smeju dokazivati, čime se ovo načelo povezuje sa načelom slobodne ocene dokaza. Dakle ovde se ne radi o tome da sud uvek i poštoto mora utvrditi istinu (jer to nekada realno i nije moguće), već da sud ima dužnost da i mimo dokazne inicijative stranaka, onda kada sam oceni da je to potrebno, izvede dokaze za koje smatra da su neophodni radi potpunog i tačnog utvrđivanja činjeničnog stanja. Ovo se stoga i svodi na *raspravljanje od strane suda*, kao što je to i propisano u članu 32. stav 1. Ustava, a ne *raspravljanje pred sudom*, kao što je to koncepcijski „projektovano“ u važećem Zakoniku o krivičnom postupku, ali naravno, nije i konsekventno sprovedeno.

I inače se može primetiti da problem u vezi sa domašajem načela istine prema pravilima važećeg Zakonika o krivičnom postupku, neposredno proizlazi iz mešanja pravila i neophodnosti da se odluka suda zasniva na istinitim činjenicama, odnosno uverenosti suda u njihovu istinitost, sa postojanjem ili nepostojanjem dužnosti suda da oficijelno *istražuje činjenice*, odnosno da i mimo stranačke inicijative izvodi dokaze koji su potrebni za utvrđivanje potpunog i tačnog činjeničnog stanja. Kada je sud apsolutno dokazno neaktivan, on samo može vrednovati dokaze koje su izvele stranke, te steći ili ne steći uverenje u njihovu istinitost, ali nema sam mogućnost da izvodi dokaze koji su potrebni da bi on kao takav, utvrdio istinu. Samo onda kada sud ima mogućnost da bude dokazno aktivan, on i može zaista utvrđivati celovitu istinu, odnosno težiti da se istina utvrdi, a samo tada sud i može raspravljati kao što je to i propisano u članu 32. stav 1. Ustava (segment prava na pravično suđenje).

Prema članu 15. st. 3. i 4. Zakonika o krivičnom postupku teret dokazivanja optužbe je na tužiocu, a sud izvodi dokaze na predlog stranaka, pri čemu sud može

⁷² Više o tome, Branko Petrić, *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, I knjiga, Službeni list SFRJ, Beograd, 1986, 37 – 38.

dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio.

Pitanje je zašto bi stranka predlagala da sud izvede neki dokaz, umesto da sama to učini. Takođe, nije jasno ni da li je sud u svakom slučaju dužan da izvede dokaz koji predloži stranka. Čini se da sud ipak nema takvu dužnost, jer nije propisana nikakva konsekvencija za odbijanje takvog predloga, niti postoji procesni mehanizam kojim bi se sud „prinudio“ da postupi u skladu sa stranačkom dokaznom inicijativom. Konačno, dokazni predlog stranke može biti i apriorno sasvim besmislen ili čak nemoguć, pa nije logično da se smatra da sud svakako mora izvesti svaki dokaz koji je stranka predložila. S druge strane, sud svakako može, iako *izuzetno*, sam da odredi izvođenje određenih dokaza, ako je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio, ali je pitanje zašto bi sud to činio ako nije formalno dužan da istinito i potpuno utvrđuje činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke.

Ovakvo dokazno limitiranje dokazne uloge suda u pozitivnom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije, ipak nije konsekventno sprovedeno, pa tako, na primer, sud ima mogućnost da aktivno učestvuje u ispitivanju svedoka na glavnom pretresu, te svojim pitanjima može da se „umeša“ bilo u osnovno bilo u unakrsno ili dopunsko ispitivanje svedoka, bez obzira na to što te vidove ispitivanja primarno sprovode stranke, odnosno druga lica koja postupaju u okvirima stranačkih funkcija, kao što su to, branilac u okviru funkcije odbrane, odnosno punomoćnik oštećenog kao tužioca ili privatnog tužioca.

Može se pretpostaviti da će u praksi krivični sud ipak težiti da se koliko je moguće, pa možda i mimo striktnih zakonskih pravila, „približi“ istini ili čak pokuša da utvrdi istinu u krivičnom postupku, jer se kao i ranije, i u odredbama važećeg Zakonika o krivičnom postupku omogućava podnošenje žalbe i zbog *pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja*, a šta je drugo – pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, nego neistina, odnosno *neistinito utvrđeno činjenično stanje*. Kako sud „odgovara“ za svoju presudu, te predstavlja subjekta krivičnog postupka koji načelno raspolaže *pravom kažnjavanja (ius puniendi)*, odnosno ima pravo krivičnog sankcionisanja, on je načelno zainteresovan da njegova presuda, odnosno druga odluka u okviru koje je utvrđivao činjenično stanje, „opstane“ u eventualnom žalbenom postupku. Krivični sud će i zbog toga, po logici stvari, bez obzira što sada više formalno nema takvu celovito formulisanu dužnost, ipak težiti da se u krivičnom postupku utvrdi potpuno i tačno činjenično stanje, odnosno da se, drugim rečima kazano – utvrdi istina. Stoga će, ako ne formalno, onda makar faktički, u našem krivičnom postupku i dalje u praksi delovati načelo istine, ali sada ipak, na bitno limitiran način.

Krivični sud i neki drugi važni izvori prava suštinski i neposredno usmeravaju ka utvrđivanju istine, a druga je stvar, što se to donekle dezavuiše pravilima važećeg Zakonika o krivičnom postupku, koji značajnim limitiranjem mogućnosti suda da i mimo stranačke inicijative, sopstvenom dokaznom aktivnošću utvrđuje činjenično stanje, sudu objektivno poprilično „vezuju ruke“, iako kao što je prethodno objašnjeno, samim tim što ostavlja mogućnost za pobijanje presude žalbom i zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (što je u stvari, samo drugi izraz za *neistinu*), zakonodavac implicitno zadržava načelo istine u limitiranom vidu. To znači da iako sud shodno pravilima važećeg Zakonika o krivičnom postupku nema formalno dužnost da utvrdi potpuno i tačno činjenično stanje, što se svodi na *ustanovljavanje istine u krivičnom postupku* po sopstvenoj dokaznoj inicijativi, sudiju drugi propisi još uvek striktno obavezuju da se rukovodi načelom istine.

Tako, prema odredbi člana 53. stav 1. *Zakona o sudijama*, pre stupanja na funkciju, *sudija polaže zakletvu* pred predsednikom Narodne skupštine, a tekst sudijske zakletve glasi: „Zaklinjem se svojom čašću da ću svoju funkciju vršiti verno Ustavu i zakonu, po najboljem znanju i umeću i služiti samo istini i pravdi“ (član 54. ZS). Dakle, sudija se i formalno, čak u jednom izrazito simboličkom i svečanom obliku, izričito *obavezuje* da služi istini, što se kada je reč o dokaznoj ulozi suda na glavnom pretresu, povezuje i sa ustavnim pravilom o *raspravljanju od strane suda* (član 32. stav 1. Ustava), suprotno intenciji važećeg Zakonika o krivičnom postupku o *raspravljanju pred sudom*.

ZAKLJUČAK

Ustavni sud u ustavnopravnom sistemu Srbije ne može delovati kao „pozitivni zakonodavac“, što znači da on nema ni ustavnopravnu mogućnost, ali ni na Ustavu zasnovano pravo da umesto zakonodavnog organa, a to je Narodna skupština, sam kreira odgovarajuća zakonska rešenja, osim što u izvesnoj meri može ostvarivati i odgovarajuću „interpretativnu funkciju“, u odnosu na određeni ustavnopravno osporeni tekst zakonskih odredbi, ali tako nešto realno nije moguće kada se radi o konkretnom slučaju odredbi Zakonika o krivičnom postupku kojima se ne omogućava žalba sudu protiv odluke o sprovođenju istrage, te se krivični sud, suštinski protivno Ustavu (član 32. stav 1), načelno pasivizira kada je reč o njegovoj dokaznoj funkciji na glavnom pretresu, jer se raspravljanje „fokusira“ na stranke, a ne na sud.

Iz ovoga proizlazi da bi pokretanjem postupka i eventualnom meritornom odlukom odgovarajuće sadržine u odnosu na ta prethodno objašnjenja *ključna*

ustavnopravno relevantna pitanja iz domena Zakonika o krivičnom postupku, Ustavni sud mogao samo da na izvestan način zakonodavcu skrene pažnju da sadašnja zakonska regulativa koja se odnosi na ovo pitanje, nije suštinski adekvatna, odnosno da nije prihvatljiva u ustavnopravnom smislu, ili je bar ustavnopravno sporna, što bi onda naravno, moglo da posluži i kao izvestan „impuls“ za neke buduće novele Zakonika o krivičnom postupku ili donošenje potpuno novog zakonika o krivičnom postupku.

Ipak ni ove relativno „limitirane“ mogućnosti Ustavnog suda, koje inače, potpuno odgovaraju njegovom ustavnopravnom položaju i ustavnopravno legitimnom dometu i efektu odluka Ustavnog suda u srpskom pravnom sistemu, ipak nisu bez značaja, već bi se i njima naprotiv, mogao dati značajan i veoma koristan doprinos Ustavnog suda, te ispoljiti njegov koristan uticaj na jednu veoma važnu oblast pravnog sistema, koja je pritom, izuzetno bitna i u ustavnopravnom smislu. Dakle iako Ustavni sud ne može da u našem ustavnopravnom sistemu deluje kao „pozitivan zakonodavac“, što znači da on sam ne bi mogao da na bilo koji način neposredno svojim odlučivanjem „supstituiše“ određene odredbe Zakonika o krivičnom postupku, drugim „adekvatnijim odredbama“, čak i ukoliko bi ocenio da one nisu u saglasnosti sa Ustavom ili potvrđenim međunarodnim ugovorom (što se posebno odnosi na nemogućnost žalbe protiv odluke o sprovođenju istrage, te dokaznu pasivizaciju suda na glavnom pretresu), bilo je adekvatno da se pokretanjem postupka za utvrđivanje njihove nesaglasnosti sa Ustavom, zakonodavcu na odgovarajući način skrene pažnja i na „nedostajuće“ krivičnoprocesne odredbe u kontekstu odnosa Zakonika o krivičnom postupku i Ustava.

Važeći Zakonik o krivičnom postupku spada u „najkritikovanije“ zakone u našoj zemlji, kada je reč o stavu kako pravne teorije, tako i velikog dela prakse. Mnogo je zaista razloga za oštru kritiku Zakonika o krivičnom postupku, kako u pogledu njegovih brojnih pravno-tehničkih omaški, velikog broja različitih nedostataka i raznoraznih grešaka u zakonskom tekstu, ali tako i u pogledu suštinskog razloga koji se tiče njegove zasnovanosti na lošoj i pogrešnoj koncepciji. Taj zakonik u mnogim aspektima predstavlja potpuno nepotreban i radikalno raskid sa našom višedecenijskom krivičnoprocesnom tradicijom i krajnje je vreme da se ispravi čitav niz njegovih ozbiljnih pravno-tehničkih grešaka, ali i suštinskih nedostataka, naročito onih koji su konceptualne prirode. To je moguće učiniti kako velikim novelama sadržanim u nekom budućem zakonu o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, tako i donošenjem potpuno novog zakonika o krivičnom postupku, koji bi bio veran kontinentalnoevropskoj tradiciji srpskog krivičnog procesnog prava i čijim bi odredbama trebalo stvoriti adekvatne normativne uslove da srpski krivični postupak bude kako efikasan, tako i pravičan.

Prof. Dr. MILAN ŠKULIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade
Vice president of the Constitutional Court

A VIEW AT THE CRIMINAL PROCEDURE CODE - IN THE CONTEXT
OF THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURT AND RELATIONSHIP
BETWEEN CRIMINAL PROCEDURAL LAW/CRIMINAL LAW
AND CONSTITUTIONAL LAW

Summary

In the article are discussed the basic aspects of the relationship between constitutional law and criminal procedural law from the point of view of the grounding of a number of provisions of criminal procedure on the constitution as the basis of the legal system of a state governed by the rule of law. The basic goal of democratic criminal procedure already established in Article 1 of the Criminal Procedure Code, has its solid constitutional basis. That basis is based on the protective function of substantive criminal law/criminal procedural law, from which arises a legitimate aspiration to impose an adequate criminal sanction for the perpetrator in accordance with criminal law, as well as on the extremely important goal of every state characterized by the rule of law, not to expose innocent people to criminal repression.

In the article is especially explained the role of the Constitutional Court in the legal system of Serbia in the field of its evaluation/assessment of the constitutionality of certain provisions of the Criminal Procedure Code, which is illustrated by the text of a separate opinion of the author, who is also a judge of the Constitutional Court. The conclusion emphasizes that the current Criminal Procedure Code of Serbia is rich in provisions that are potentially unconstitutional, and in some important situations of this kind, the Constitutional Court cannot solve this problem, because it cannot be a „positive legislator“. That means that the Constitutional Court has no power in accordance with Serbian Constitution and in the scope of its role in Serbian legal system, to formulate/create the so-called missing criminal procedure provisions. In addition, the author generally points out that the positive Criminal Procedure Code contains numerous technical shortcomings and mistakes, but a number of essential conceptual errors. Because of that, it is necessary in the future to radically amend it with adequate amendments or replace it with a completely new legal text, which would be based on the predominantly continental European tradition of Serbian criminal procedural law.

Key words: Criminal Procedure Code, Constitution, criminal procedure law, constitutional law, Constitutional Court, dissenting opinion, constitutionality, unconstitutionality

Literatura

Beulke W., Swoboda Sabine, *Strafprozessrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2018.

Bajović V., „Slučaj Milenković – *ne bis in idem* u krivičnom i prekršajnom postupku“, *Kaznena reakcija u Srbiji VI deo*, zbornik, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.

- Bovan S., „Metodski potencijali hermeneutičkog pragmatizma u razumevanju i primeni načela *ne bis in idem*“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, br. 2, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Hall D., *Criminal Law and Procedure*, Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers, New York, 1992.
- European Criminal Procedures*, (reprinted) (Eds. Delmas-Marty M., Spencer J. R.), Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Jekić Z., *Krivično procesno pravo*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Štamparija „Dimitrije Davidović“, Beograd, 2003.
- Jeschek H. H., Weigend T., *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Fünfte vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Josipović I., Hrgović K. N., „Načelo *ne bis in idem* u kontekstu prekršajnog, kaznenog i upravnog prava“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, br. 2, Zagreb, 2016.
- King A., *The British Constitution*, „Oxford University Press“, Oxford, 2007.
- Laurin E. J., „Quasi-Inquisitorialism: Accounting for Deference in Pretrial Criminal Procedure“, *Notre Dame Law Review*, Vol. 90, Issue 2, University of Notre Dame, Indianapolis, 2014.
- Marković R., *Ustavno pravo i političke institucije*, 11. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006.
- Miljuš I., „Načelo jednakosti 'oružja' u krivičnom postupku“, doktorska disertacija, odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 13. septembra, 2021. godine, Beograd, 2021.
- Nikolić P., *Ustavno pravo*, Prosveta, Beograd, 1996.
- Outline of the US Legal System* (Eds. Carp A. R., Stidham R.), Bureau of International Information Programs United States Department of State, Washington, 2004.
- Petrić B., *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, I knjiga, Službeni list SFRJ, Beograd, 1986.
- Roxin C., Schünemann B., *Strafverfahrensrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2016.
- Roxin C., Greco L., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band I – Grundlage – Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2020.
- Roxin C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, – *Grundlagen und Aufbau der Verbrechenlehre*, 3. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997.
- Roxin C., *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1998.
- Roxin C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006.
- Seiler S., *Strafprozessrecht*, 10. überarbeitete Auflage, Facultas. wuv, Wien, 2009.
- Shabas A. W., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2001.

- Sheb M. J., Sheb M. J. Jr., *Criminal Law and Procedure*, Wadsworth, Belmont, CA, 2011.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, deveto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2019.
- Stojanović Z., *Krivično pravo – opšti deo*, dvadeset sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Strafgesetzbuch – Kommentar* (Hrsg. Schönke A., Schröder H.), 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019.
- Turner I. J., „Transparency in Plea Bargaining“, *Notre Dame Law Review*, Vol. 96, Issue 3, University of Notre Dame, Indianapolis, 2021.
- Škulić M., Ilić G., *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – jedan korak napred, dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca Srbije, Pravni fakultet u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012.
- Škulić M., Bugarski T., *Krivično procesno pravo*, drugo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2019.
- Škulić M., „Landesbericht – Serbien und Montenegro“, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen (National Prosecution of International Crimes)* (Hrsg. Albin Eser, Ulrich Sieber und Helmut Kreicker), Teilband III, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und Duncker & Humblot, Berlin, 2004.
- Škulić M., *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dosije, Beograd, 2005.
- Škulić M., „Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine u krivičnom postupku“, *Pravni život*, tom I, br. 9, Beograd, 2010.
- Škulić M., „Načelo zakonitosti u krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, br.1, Beograd, 2010;
- Škulić M., „Osnovi uporednog krivičnog procesnog prava i osnovi problemi reforme krivičnog postupka Srbije“, *Kaznena reakcija u Srbiji*, zbornik, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011.
- Škulić M., „Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reformu srpskog krivičnog postupka“, *Crimen – časopis za krivične nauke*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Institut za uporedno pravo, Beograd, 2013.
- Škulić M., „Objektivna odgovornost u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih država“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* i *Crimen – časopis za krivične nauke*, zajednički broj, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2016.
- Škulić M., „Načelo *ne bis in idem* – normativno rešenje i neka sporna pitanja“, *Pravni život*, br.9, Beograd, 2016.
- Škulić M., „Uloga Ustavnog suda u krivičnopravnom segmentu pravnog sistema Republike Srbije“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 2, Beograd, 2018.

- Škulić M., *Organizovani kriminalitet – pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Škulić M., *Krivično procesno pravo*, 10. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Škulić M., *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Škulić M., *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, edicija „Crimen“, Beograd, 2021.
- Vasiljević T., Grubač M., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, dvanaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2011.
- Vuković I., *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 04.10.2021.

Prihvaćen: 24.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

VANJA BAJOVIĆ

PRITVOR U VREME PANDEMIJE

U radu se razmatra pitanje osnovanosti pritvora određivanih tokom vanrednog stanja proglašenog usled pandemije virusa COVID-19, zbog kršenja mera samoizolacije. Iako čak i sama pretnja pritvorom deluje kao efikasna mera za zastrašivanje građana i primoravanje na poštovanje karantinskih propisa, predmet analize je pitanje zakonitosti i osnovanosti ovako određenih pritvora, kao i posledica ovakve mere po zdravlje građana. Posebno se, i to iz ugla ustavom zagarantovanih prava na slobodu i bezbednost i kao i prava na slobodu kretanja, razmatra položaj najstarijih sugrađana za koje je važila dvomesečna zabrana napuštanja svojih domova, te su se mimo sudske odluke ali de facto nalazili u „kućnom pritvoru“. Navedena pitanja se analiziraju uz poseban osvrt na praksu ESLJP.

Ključne reči: pandemija, vanredno stanje, pritvor, kućni pritvor

U V O D

Pandemija virusa COVID-19 nametnula je „novu normalnost“ zasnovanu na socijalnom distanciranju, zabrani okupljanja, globalnom „zaključavanju“, pojačanim apelima za ličnom higijenom, obaveznom nošenju zaštitnih maski, prelasku na „online“ poslovanje, školovanje, studiranje, kupovanje, druženje, funkcionisanje... Od „globalnog sela“ svet je postao poprilično zatvoreno mesto u kome se funkcioniše virtuelno a živi lokalno, sa zatvorenim granicama, praznim ulicama i aerodromima, policijama i vojskama koje kontrolišu poštovanje policijskog časa i zabrane kretanja.

Dr Vanja Bajović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: bajovic@ius.bg.ac.rs. Rad je rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Epidemija. Pravo. Društvo“.

Svetska zdravstvena organizacija je 11. marta 2020. godine zvanično proglasila pandemiju virusa COVID 19. U Srbiji je vanredno stanje usled pandemije bilo proglašeno 15. marta 2020. godine i trajalo je do 6. maja 2020. Tokom vanrednog stanja su čak i najuzorniji građani, a posebno oni najstariji kojima je napuštanje svojih domova maltene u potpunosti bilo zabranjeno, imali priliku da osećaju kako izgleda život u kućnom pritvoru. U takvim okolnostima malo je pažnje poklanjano penitencijarnim ustanovama, gde je održavanje „socijalne distance“ i samoizolacije bilo maltene nesprovodljivo, a sredstva za ličnu higijenu i uslovi za njeno održavanje neretko manjkaju i u redovnim okolnostima, a kamoli u vreme „zdravstvene krize“.

Mnoge države su određene kategorije pritvorenika i zatvorenika otpuštale na kućno služenje mera (kućni pritvor, kućni zatvor), ali suprotno tome, u Srbiji je Republičko Javno tužilaštvo, sledeći preporuku Ministarstva pravde, izdalo obavezujuće upustvo svim tužilaštvima da zahtevaju određivanje pritvora prema licima koja bi prekršila mere samoizolacije, čime bi im bilo stavljeno na teret izvršenje krivičnog dela iz člana 248. KZ (nepostupanje po zdravstvenim propisima za vreme epidemije).

Ovakva situacija nametnula je niz pitanja. Prvo, opravdanost određivanja pritvora zbog „kršenja mera samoizolacije“. Drugo, praktičan značaj zakonske norme da se pritvor određuje kao „krajnja mera“ ako se ista svrha ne može postići blažim merama. Treće, osnovanost pritvora u vremenu kada su se propisi menjali na „dnevnom nivou“ a od građana je zahtevano da usklade svoje ponašanje sa njima. Četvrto, razlikovanje pojmova lišenja slobode i ograničenja slobode kretanja uz poseban osvrt na položaj najstarijih sugrađana kojima je bilo u potpunosti zabranjeno da napuštaju svoje domove, što *de facto* podrazumeva kućni pritvor, bez bilo kakve sudske odluke u tom smeru. Navedena pitanja biće razmatrana kako u kontekstu domaće prakse, tako i sa osvrtom na stavove Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava.

„VANREDNA PRAVILA“ U VREME VANREDNOG STANJA

U Srbiji je 6. marta 2020. zvanično zabeležen prvi slučaj zaraze virusom COVID-19, da bi vanredno stanje usled pandemije bilo proglašeno 15. marta,¹ i trajalo je do 6. maja 2020. godine.² U vreme vanrednog stanja doneto je i niz „vanrednih propisa“, što je i najuzornijim građanima otežavalo da usklade svoje ponašanje

¹ Odluka o proglašenju vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS*, br. 29/20.

² Odluka o ukidanju vanrednog stanja, *Službeni glasnik RS*, br. 65/20.

sa pravom koje je u nekim slučajevima menjano i na dnevnom nivou.³ Jedna od primarnih mera bila je usmerena na to da se ograniči kretanje u cilju sprečavanja širenja zaraze. U tom smislu, ograničen je ulazak i kretanje licima na teritoriji Republike Srbije, lica koja dolaze iz inostranstva bi se stavljala u karantin, a na teritoriji Srbije, kao i u većini drugih zemalja, uveden je policijski čas koji je podrazumevao i apsolutnu zabranu kretanja u određenom periodu.

Odlukom o proglašenju bolesti COVID-19 izazvane virusom SARS-CoV-2 zaraznom bolešću, donetom 10. marta 2020, nadležnim organima je data mogućnost da privremeno zabrane, odnosno ograniče ulazak i kretanje licima koja dolaze iz taksativno nabrojanih zemalja. Izmenama odluke od 16.03.2020. napravljena je razlika u pogledu toga da li se dolazi iz zemlje koja je žarište epidemije ili ne, pa se u zavisnosti od toga lice stavlja pod nadzor i kućnu izolaciju u trajanju od 28 odnosno 14 dana. Dopunom odluke od 18. marta 2020. određena je obavezna izolacija u kućnim uslovima u trajanju od 14 dana. Izmenom odluke od 28. marta 2020. licima koja se nalaze u samoizolaciji ista je produžena za još 14 dana. Izmenom odluke od 31. marta 2020, karantin je ponovo zamenjen kućnom izolacijom, a lica kod kojih se uočava zaraza virusom COVID-19 se upućuju u odgovarajuću zdravstvenu ustanovu.⁴

Prekršajna odgovornost za kršenje ovih mera predviđena je Zakonom o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti (ZZSZB).⁵ Članom 85. ovog Zakona predviđeno je kažnjavanje fizičkog lica koje se ne pridržava mera izolacije, karantina ili karantina u kućnim uslovima, novčanom kaznom od 50.000 do 100.000 dinara.⁶

³ Primera radi, Uredba o merama za vreme vanrednog stanja (*Službeni glasnik RS* br. 31/20) je menjana i dopunjavana 12 puta za manje od dva meseca.

⁴ Odluka o proglašenju bolesti COVID-19 izazvane virusom SARS-CoV-2 zaraznom bolešću, *Službeni glasnik RS*, br. 23/2020, 24/2020, 27/2020, 28/2020, 30/2020, 32/2020, 35/2020, 37/2020, 38/2020, 39/2020, 43/2020, 45/2020, 48/2020, 49/2020, 59/2020, 60/2020, 66/2020, 67/2020, 72/2020, 73/2020, 75/2020, 76/2020, 84/2020, 98/2020, 100/2020, 106/2020, 107/2020, 108/2020, 116/2020.

⁵ Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službeni glasnik RS*, br. 15/2016, 68/2020 i 136/2020.

⁶ Po ZZSZB *kućna izolacija* je „protivepidemijska mera izdvajanja, u kućnim uslovima, inficiranih osoba bez simptoma ili sa manifestnom bolešću koja ne zahteva lečenje u bolnici, tokom perioda zaraznosti, na način da se spreči ili ograniči direktni, odnosno indirektni prenos, odnosno mogući prenos infektivnog agensa na druge osobe.“ Ova mera uvedena je izmenama ZZSZB, donetim u vreme pandemije virusa Covid-19 (*Službeni glasnik RS*, br. 136/2020 od 13.11.2020). Za razliku od ove mere koja podrazumeva da je lice već zaraženo, *karantin* je usmeren ka zdravim licima, odnosno podrazumeva ograničavanje slobode kretanja i obavezne zdravstvene preglede zdravim licima koja su bila ili za koja postoji sumnja da su bila u kontaktu sa zaraženim licima. Mera *kućnog karantina* je takođe uvedena pomenutim izmenama u vreme pandemije i za razliku od „klasičnog karantina“

Kretanje unutar granica RS je ograničeno naredbom ministra unutrašnjih poslova, donetom na osnovu člana 2. Uredbe o merama za vreme vanrednog stanja i člana 15. stav 1. Zakona o državnoj upravi.⁷ Ovom naredbom je, između ostalog, licima starijim od 65 godina (odnosno 70 godina u mestima do 5000 stanovnika) u potpunosti zabranjeno napuštanje svojih domova, dok je ostalima kretanje bilo zabranjeno od 17h do 05h radnim danima kao i tokom vikenda. Par dana kasnije (21. marta 2020. godine) doneta je Uredba kojom je kršenje zabrana iz navedene Naredbe proglašeno prekršajem za koji se može izreći novčana kazna od 50.000 do 150.000 dinara.⁸

Pored pomenute prekršajne odgovornosti, *nepostupanje po zdravstvenim propisima za vreme epidemije* predstavlja i krivično delo propisano čl. 248. KZ RS. Reč je o krivičnom delu nečinjenja čija se radnja izvršenja sastoji u nepostupanju po propisima, odlukama ili naredbama kojima se određuju mere za suzbijanje ili sprečavanje neke opasne zarazne bolesti. Posledica je apstraktna opasnost po život i zdravlje ljudi, a na subjektivnom planu zahteva se umišljaj, odnosno svest učinioca o tome da krši zdravstvene propise i volja odnosno pristajanje na to.⁹ U slučaju nastupanja posledice koja se ogleda u prenošenju zarazne bolesti, radilo bi se o krivičnom delu iz člana 249. KZ (Prenošenje zarazne bolesti).¹⁰ Za oba krivična dela predviđena je zatvorska kazna do tri godine, s tim da je za delo iz člana 248. KZ alternativno predviđena i novčana kazna. Za postojanje oba krivična dela se na subjektivnom planu zahteva umišljaj, a u slučaju nehata radilo bi se o prekršaju.¹¹

koji se sprovodi u posebnim objektima za tu namenu, podrazumeva sprovođenje u u kućnim uslovima. Po zakonskoj definiciji, „karantin u kućnim uslovima je mera ograničavanja aktivnosti radi praćenja zdravstvenog stanja kontakata, tj. zdravih osoba koje su bile izložene slučaju zarazne bolesti tokom perioda njegove zaraznosti, sa ciljem da se spreči širenje zarazne bolesti.“ (čl. 2. ZZSZB).

⁷ Naredba o ograničenju i zabrani kretanja lica na teritoriji Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 34/2020, 39/2020, 40/2020, 50/2020.

⁸ Uredba o prekršaju za kršenje Naredbe ministra unutrašnjih poslova o ograničenju i zabrani kretanja lica na teritoriji Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 39/2020, 126/2020 (US).

⁹ O tome više, Zoran Stojanović, *Komentar krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2019, 832-833.

¹⁰ U teoriji je sporno da li prenošenje zarazne bolesti treba smatrati posledicom krivičnog dela, što podrazumeva da mora biti obuhvaćena umišljajem učinioca ili objektivnim uslovom inkriminacije koji podrazumeva da se u odnosu na prenošenje bolesti ne zahteva umišljaj učinioca već zahtev da je bolest prenet na drugo lice. Ipak priklanjamo se stavu da neku okolnost ne treba smatrati objektivnim uslovom inkriminacije ako ju je moguće smatrati bitnim obeležjem krivičnog dela, te da se ovde ipak radi o posledici. Z. Stojanović, op. cit., 834.

¹¹ Z. Stojanović, op. cit., 832-834.

Ova krivična dela, koja su se do skora nalazila „na marginama“ sudske prakse, odjednom su izbila u prvi plan. Uprkos činjenici da je reč o lakšim krivičnim delima, koje se rešavaju u skraćenom postupku i u pogledu kojih je moguća primena uslovnog oportuniteta ili odlaganja krivičnog gonjenja, pojava epidemije je zahtevala pooštrenu kaznenu reakciju u cilju jačeg apela na građane da poštuju zdravstvene propise, ali se nameće pitanje do koje mere pravo dozvoljava tu „oštrinu“ a gde su granice koje se ne smeju prelaziti ni u „vanrednim okolnostima“.

Primeru radi, pomenutom Uredbom o prekršaju za kršenje Naredbe ministra unutrašnjih poslova o ograničenju i zabrani kretanja lica na teritoriji Republike Srbije, je predviđeno da se prekršajni postupak može voditi i u slučaju da je protiv učinioca pokrenut ili je u toku krivični postupak za krivično delo koje obuhvata obeležja tog prekršaja, bez obzira na zabranu iz člana 8. st. 3. ZOP-a (čl. 2. Uredbe). Ovakvom formulacijom direktno je prekršena zabrana ponovnog suđenja u istoj stvari (načelo *ne bis in idem*) što je konstatovao i Ustavni sud Srbije.¹²

Pravno „interesantna“ je i preporuka Ministarstva pravde kojom se javnim tužilaštvima „preporučuje“ da obavezno traže određivanje pritvora za sva lica koja prekrše meru samoizolacije koja im je određena od strane nadležnih institucija (Ministarstva zdravlja ili Ministarstva unutrašnjih poslova). Republičkom javnom tužiocu je preporučeno da podnese disciplinsku prijavu protiv javnog tužioca odnosno njegovog zamenika koji ne postupi po navedenim uputstvima.¹³

Formalno posmatrano ovakve preporuke su suprotne Ustavu RS koji javnim tužiocima garantuje samostalnost u radu, kao i Zakonu o javnom tužilaštvu¹⁴ koji izričito zabranjuje svaki uticaj na rad javnog tužioca od strane izvršne i zakonodavne vlasti. Članom 5. ovog zakona je propisano da su „javni tužilac i zamenik javnog tužioca samostalni u vršenju svojih ovlašćenja. Zabranjen je svaki uticaj na rad javnog tužilaštva i na postupanje u predmetima od strane izvršne i zakonodavne vlasti, korišćenjem javnog položaja, sredstava javnog informisanja ili na bilo koji drugi način kojim može da se ugrozi samostalnost u radu javnog tužilaštva. Javni tužilac i zamenik javnog tužioca dužni su da odbiju svaku radnju koja predstavlja uticaj na samostalnost u radu javnog tužilaštva.“ U vezi sa tim, osnovano se ističe da preporuka Ministarstva pravde nije mogla da derogira zakonske ni ustavne

¹² Odluka Ustavnog suda Srbije broj IUo- 45/2020 od 17. septembra 2020.

¹³ Republika Srbija, Ministarstvo pravde, „Pooštavanje sankcija za lica koja prekrše mere samoizolacije“ <https://www.mpravde.gov.rs/sr/obavestenje/29543/pooštavanje-sankcija-za-lica-koja-prekrse-mere-samoizolacije-.php>, 15.09.2021.

¹⁴ Zakon o javnom tužilaštvu, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – dr. zakon, 101/2011, 38/2012 – odluka US, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – odluka US, 117/2014, 106/2015 i 63/2016 – odluka US.

propise, odnosno da „za takve preporuke ne postoji striktan pravni osnov jer u pravosudnom sistemu Srbije nije formalno propisano da Ministarstvo pravde ima takvu vrstu prerogativa u odnosu na javno tužilaštvo, koje je članom 156. stav 1. Ustava definisano kao samostalan državni organ... I iz ovog proizilazi da su preporuke Ministarstva pravde usmerene na postupanje javnog tužilaštva u vreme vanrednog stanja u formalnopravnom smislu imale potpuno neobavezujući karakter.“¹⁵

Sadržinski posmatrano iako pretnja pritvorom u vanrednim okolnostima naizgled deluje kao efikasna mera za zastrašivanje građana i primoravanje na poštovanje karantinskih propisa, postavlja se pitanje zakonitosti i osnovanosti ovako određenih pritvora, kao i posledica ovakve mere po zdravlje građana, posebno u vreme pandemije.

PRITVOR ZBOG KRŠENJA MERA SAMOIZOLACIJE

Kao što je već pomenuto, kršenje mera karantina ili samoizolacije predstavlja prekršaj iz člana 85. ZZSZB kao i krivično delo iz čl. 248. KZ, odnosno, u slučaju nastupanja posledice koja se ogleda u prenošenju zarazne bolesti iz čl. 249. KZ. Za postojanje oba krivična dela zahteva se umišljaj, a u slučaju nehatnog izvršenja radiće se o prekršaju.¹⁶ U teoriji se ističe da odluke i naredbe nadležnih organa kojima se proglašava epidemija i naređuje preduzimanje određenih mera u cilju njenog suzbijanja po pravilu isključuju mogućnost pozivanja na stvarnu zabludu u pogledu bitnih obeležja dela, kao što su epidemija i opasna zarazna bolest.¹⁷ Međutim, hipertrofija propisa i odluka u vreme vanrednog stanja i njihova svakodnevna izmena dovela je do toga da ih je bilo teško pratiti.

Prema članu 5. st. 1. EKLJP lišenje slobode mora biti zakonito, odnosno u skladu sa nacionalnim pravom i međunarodnim pravnim standardima koji podrazumevaju vladavinu prava, pravnu sigurnost i zaštitu od arbitrarnog postupanja. Načelo pravne sigurnosti zahteva da zakonodavstvo bude dovoljno precizno kako bi omogućilo licu da predvidi, u meri u kojoj je to razumno u datim okolnostima, posledice koje određena radnja može proizvesti.¹⁸

¹⁵ Milan Škulić, Ivana Miljuš, „Učešće procesnih subjekata u krivičnom postupku putem tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka“, *Adekvatnost državne reakcije na kriminalitet i upotreba tehničkih sredstava u krivičnom postupku* (ur. M. Simović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu Beograd, 2021, 144.

¹⁶ Z. Stojanović, op. cit., 832-834.

¹⁷ *Ibidem*, 833.

¹⁸ *Creangă protiv Rumunije*, br. 29226/03, od 23. februara 2012, par. 120; *Dragin protiv Hrvatske*, br. 39446/06 i 33849/08, od 24. Jula 2014, par. 90.

Suprotno tome, pojedina lica kojima je određen pritvor su isticala da nikad nisu dobila ni pismeno ni usmeno rešenje o obaveznom karantinu u kućnim uslovima. „Žarišta epidemije su se menjala pa je bilo slučajeva da lica, koja su dolazila iz zemalja koja ne predstavljaju žarišta epidemije ipak dobiju krivičnu prijavu iako nisu znala da imaju obavezu kućne izolacije.“¹⁹ Takva situacija ne isključuje, *a priori*, pozivanje na stvarnu zabludu koja, ako je neotklonjiva, isključuje krivicu učinioaca, dok se u slučaju otklonjive stvarne zablude može govoriti samo o nehatnom izvršenju krivičnog dela, a KZ za krivična dela iz člana 248. i 249. ne predviđa kažnjavanje za nehat. Shodno tome, u takvim slučajevima je moguće govoriti samo o prekršajnoj odgovornosti.

Uprkos tome, izvršna vlast je tužiocima „preporučivala“ da u ovim slučajevima zahtevaju određivanje pritvora, a zabrinjava podatak da su sudovi mahom ove predloge usvajali.²⁰ Pritvor je mahom određivan iz preventivnih razloga, odnosno zbog opasnosti da će lice u kratkom vremenskom periodu ponoviti krivično delo ili dovršiti pokušano krivično delo ili učiniti krivično delo kojim preti.

Preventivni razlozi kao osnov za određivanje pritvora, generalno se u teoriji kritikuju usled činjenice da više služe nekim drugim ciljevima, nego obezbeđenju prisustva okrivljenog u krivičnom postupku. Tako se ističe da ovaj pritvorski osnov „praktično predstavlja jednu vrstu naglašeno preventivnog lišenja slobode okrivljenog, praktično u cilju određene i na konkretno lice (okrivljenog) usmerene specijalne prevencije.“²¹ Slično tome, navodi se i da „opasnost od daljeg vršenja krivičnih

¹⁹ YUCOM, Ljudska prava i COVID-19, https://www.yucom.org.rs/wp-content/uploads/2020/11/Yucom_Covid_layout_SRP_all.pdf, 07.09.2021.

²⁰ Tako jedno istraživanje pokazuje da je u periodu od 15. marta 2020. godine do 6. maja 2020. godine Prvo osnovno javno tužilaštvo u Beogradu podnelo 7 predloga za određivanje pritvora zbog sumnje da je izvršeno krivično delo iz člana 248. KZ, a da je Prvi osnovni sud u Beogradu usvojio svih 7 predloga, dok je u istom periodu Osnovni sud u Novom Sadu usvojio 14 od 16 predloga javnog tužilaštva za određivanje pritvora zbog sumnje na ovo krivično delo. Broj usvojenih zahteva tužilaštva za određivanje pritvora zbog sumnje na krivično delo iz člana 248. KZ je nešto manji u Kragujevcu i Nišu. V. M. Vasić i S. Mandić, *Rad sudova tokom epidemije zarazne bolesti COVID-19 – analiza i preporuke*, OEBS Misija u Srbiji, januar 2021, <https://www.osce.org/files/f/documents/4/d/484163.pdf>, 08.09.2021. Drugo istraživanje pokazuje da nisu svim licima izrečene mere pritvora. Po izveštaju YUCOM-a, 6. Aprila 2020. godine Osnovni sud u Novom Sadu je izvestio da su protiv 46 lica podneti optužni predlozi zbog nepostupanja po zdravstvenim propisima za vreme epidemije, od kojih je 14 zbog kršenja mera samoizolacije. Protiv 37 lica je određena mera za brane napuštanja stana, dok je protiv 9 lica određen pritvor. V. YUCOM, op. cit., 37.

²¹ Milan Škulić, „Pritvor kao mera obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije-norma i praksa)“, *Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena)* (ur. Stanko Bejatović), Beograd, 2019, 52.

dela kao razlog za određivanje pritvora jeste legitiman u kontekstu specijalne prevencije, mada u izvesnoj meri otvara pitanje povezanosti ovog razloga i potrebe da se pritvaranjem obezbedi prisustvo okrivljenog u krivičnom postupku.²² I u ranijoj teoriji je isticano da je ovaj osnov „više mera obezbeđenja javne bezbednosti no mera krivičnog postupka. Sa krivičnim postupkom ima veze samo utoliko što se određuje u okviru krivičnog postupka, povodom krivičnog dela...Izuzetan karakter ovog osnova upućuje na najuže tumačenje i opreznu primenu.“²³

Uprkos tome, ovaj pritvorski osnov je zastupljen u mnogim zakonodavstvima, a prihvatljiv je i u praksi ESLJP, koja zahteva da je opasnost od ponovnog vršenja krivičnog dela „realna“ i da je pritvor prikladna mera, posebno u svetlu okolnosti dela i ranijeg ponašanja i ličnosti okrivljenog.²⁴ U tom smislu se navodi da „ranije osude mogu da predstavljaju osnov za opravdani strah da bi optuženi mogao da izvrši novo krivično delo“,²⁵ ali da se „ne može zaključiti da je neko lice sklono da izvrši nova krivična dela zato što nema posao ili porodicu.“²⁶ Pojedine države zakonski limitiraju primenu ovog pritvorskog osnova na opasnost od vršenja „težih“ krivičnih dela. Primera radi, u Nemačkoj se pritvor iz preventivnih razloga može odrediti jedino ako se okrivljeni tereti za određena, taksativno nabrojana krivična dela (seksualni delikti, razbojništva, teške krađe, trgovina opojnim drogama i sl.) dok je u pogledu tzv. „lakših krivičnih dela“ pritvor moguć samo zbog opasnosti od bekstva i to uz ispunjenje dodatnih uslova.²⁷

Naše pravo ne sužava ovaj pritvorski osnov u zavisnosti od težine krivičnog dela, ali u skraćenom krivičnom postupku pritvor, uslovno rečeno ima karakter izuzetka i za posledicu ima pokretanje krivičnog postupka u situaciji kada je rešenje o pritvoru doneto pre podnošenja optužnog predloga (član 7. tač. 3. ZKP). Uprkos činjenici da krivična dela iz člana 248. i 249. KZ spadaju u „lakša“ krivična dela (imajući

²² Stanko Bejatović, „Mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (pojam, ratio legis, predviđanja, vrste, opšta pravila primene i iskustva u primeni država regiona“, *Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena)* (ur. Stanko Bejatović), Beograd, 2019, 30.

²³ Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1981, 386.

²⁴ *Clooth protiv Belgije*, od 12. decembra 1991, Serija A br. 225., par. 40., *Tiron protiv Rumunije*, br. 17689/03, od 7. aprila 2009, par. 37; *Piruzyan protiv Jermenije*, br. 33376/07, od 26. juna 2012, par. 94.

²⁵ *Selçuk protiv Turske*, br. 21768/02, od 10. januara 2006, par.34; *Matznetter protiv Austrije*, od 10. novembra 1969, Serija A br. 10., par. 9.

²⁶ *Sulaoja protiv Estonije*, br. 55939/00, od 15. februara 2005, par. 64.

²⁷ Više o tome, M. Škulić, op. cit., 62-65.

u vidu maksimalnu zaprečenu kaznu zatvora od tri godine), da se o njima odlučuje u skraćenom krivičnom postupku, a moguća je i primena uslovnog oporiteta odnosno odlaganja krivičnog gonjenja, pritvori su određivani prema licima koja su prekršila mere samoizolacije. Svrha ovako određenih pritvora nije bila samo specijalna prevencija u odnosu na konkretnog okrivljenog, već i generalna prevencija i „zastrašivanje“ svih građana ne bi li se time naterali da poštuju naredbe nadležnih organa. U prilog tome govore i izjave zvaničnika izvršne vlasti da „ako posle ulaska jedne osobe u pritvor posle nedelju dana uđe neko za koga postoji sumnja da ima koronavirus, može se računati na to da će se u tom slučaju produžiti boravak prvog lica i praktično svi oni koji su završili u pritvorskim jedinicama u takvim situacijama neće izaći iz pritvora do kraja epidemije, pa čak i u danima kasnije.“²⁸ Na taj način pritvor je, umesto procesne mere za „obezbeđenje prisustva okrivljenog i nesmetano vođenje krivičnog postupka“ poprimio karakter kazne sa preventivno retributivnom svrhom.

Ovakvim postupanjem doveden je u pitanje i ultimativni karakter pritvora, kao najteže mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog, koja se primenjuje tek ako se ista svrha ne može postići nekom od blažih mera (čl. 210. st. 1. ZKP). Vrhovni kasacioni sud je posebno naglasio značaj ovog pravila u skraćenom krivičnom postupku istakavši da „kada se vodi postupak za krivično delo po pravilima skraćenog postupka, pritvor treba da bude poslednje procesno rešenje za obezbeđenje prisustva okrivljenog, tek ako druge mere ne mogu da ostvare tu svrhu, a ako je pritvor ipak određen, uvek tokom trajanja postupka treba razmotriti određivanje blaže mere.“²⁹

Na pritvoru kao „krajnjoj meri“ koja se primenjuje tek nakon razmatranja svih njegovih alternativa, posebno se insistira u strazburškoj praksi. Navodi se da je „zatvaranje osobe toliko teška mera, da je ona opravdana samo ukoliko su druge, blaže mere bile razmatrane, ali je ustanovljeno da su one nedovoljne kako bi se zaštitio lični ili javni interes koji bi mogao zahtevati da osoba o kojoj je reč bude lišena slobode. To znači da nije dovoljno da lišenje slobode bude u skladu sa domaćim zakonom, već ono mora biti i neophodno u datim okolnostima.“³⁰

Član 5. stav 1.(e) EKLJP dozvoljava lišenje slobode lica u cilju sprečavanja širenja zaraznih bolesti. Osnovni kriterijumi prilikom procene „zakonitosti“ lišenja slobode po ovom osnovu su postavljeni kumulativno i podrazumevaju procenu da li je širenje zarazne bolesti opasno po javno zdravlje i bezbednost i da li je lišenje

²⁸ Vlada Republike Srbije, Pritvor za sva lica koja prekrše mere samoizolacije, <https://www.srbija.gov.rs/vest/452883/pritvor-za-sva-lica-koja-prekrse-meru-samoizolacije.php>, 16.09.2021.

²⁹ Zaključak usvojen na sednici Krivičnog odeljenja VKS dana 10.03.2011. godine.

³⁰ Stanev protiv Bugarske br. 36760/06, 17. Januar 2012, par. 143, *Hadžimejlić i drugi protiv Bosne i Hercegovine*, br. 3427/13, 74569/13 i 7157/14, od 3. novembra 2015, par. 52.

slobode inficiranog jedina mera kojom se može sprečiti širenje bolesti jer su razmotrene blaže mere i zaključeno je da nisu dovoljne da zaštite javni interes.³¹

Iako nema dileme da je COVID 19 zarazna bolest, opasna po javno zdravlje i bezbednost, upitna je ispunjenost navedenih kriterijuma kod pritvora određivanih zbog kršenja mera samoizolacije. Kao prvo, pritvor je određivan licima za koja po povratku iz inostranstva nije bilo sigurno da li su prenosioci virusa, odnosno da li su zaražena, pa se ona i ne mogu podvesti pod kategoriju „inficiranih lica“ na koja se ovaj pritvorski osnov odnosi.³² Drugo, blaže mere uopšte nisu razmatrane kao alternativa pritvoru, pa se čini da je „preporuka“ izvršne vlasti odnela primat nad članom 201. st. 1. ZKP.

PANDEMIJA U ZATVORIMA I PRITVORSKIM JEDINICAMA

Sporna preporuka Ministarstva pravde i određivanje pritvora zbog kršenja mera samoizolacije suprotno je i Smernicama UN-a u pogledu vanrednih mera i COVID-19, u kojima je navedeno da države, prilikom lišenja slobode posebno treba da obrate pažnju na javnozdravstvene implikacije pretrpanosti ustanova u kojima se nalaze lica lišena slobode i na posebne rizike po lica lišena slobode koje su posledice COVID-19. Države treba da koriste lišenje slobode samo kao krajnju meru, u skladu sa osnovama utvrđenim zakonom i uz odgovarajuće procesne garancije. Lišenje slobode mora da bude primereno, neophodno i srazmerno u datim okolnostima, čak i u vanrednom stanju.³³

Prebukiranost se maltene uvek navodi kao jedan od osnovnih problema penitencijarnih ustanova. Po izveštajima Saveta Evrope, Srbija je na vrhu liste najpunijih zatvora, sa 107 zatvorenika na 100 raspoloživih mesta, i sa 4,5 zatvorenika po ćeliji, što je daleko iznad evropskog proseka koji iznosi 1,4. Dok je u Evropi prosečno 103 zatvorenika na 100.000 stanovnika, Srbija znatno premašuje taj prosek sa 160 zatvorenika na 100.000 stanovnika.³⁴ Međutim, to nije samo naš, „domaći

³¹ *Enhorn protiv Švedske*, par. 44.

³² „Iako je ovaj osnov mogao da bude jednostavno isključen testiranjem pritvorenika, prema dostupnim informacijama to nije učinjeno, a u pojedinim slučajevima se tužilaštvo žalilo na odluke o ukidanju pritvora čak i nakon isteka roka za obaveznu izolaciju u kućnim uslovima, odnosno kada je već bilo izvesno da pritvorenik nije bio zaražen.“ YUKOM, op. cit., 9.

³³ United Nations, Emergency Measures and COVID-19: Guidance, https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19.pdf, 10.09.2021.

³⁴ Najveći broj zatvornika ima Turska – 357 lica na 100.000 stanovnika a iznad Srbije na ovoj „neslavnoj“ listi našle su se Rusija, Gruzija, Litvanija, Poljska, Crna Gora i Albanija. V. Marcelo F. Aebi, Melanie M. Tiago, *Prisons and Prisoners in Europe in Pandemic Times: An evaluation of the*

problem“ već se sa njime suočavaju i dosta razvijenije države, širom sveta,³⁵ te po nekim procenama u 118 država broj zatvorenika premašuje raspoložive zatvorske kapacitete.³⁶ U takvim okolnostima ne iznenađuje da su zatvori, i mimo vremena epidemija prave „tempirane bombe“ za prenošenje zaraznih bolesti, imajući u vidu broj zatvorenika, higijenske uslove i (ne)adekvatnost medicinske zaštite.

Globalno „zaključavanje“, odnosno uvođenje policijskog časa širom Evrope, doprinelo je smanjenju vršenja krivičnih dela a samim tim i broja pritvorenika.³⁷ U martu 2020. godine skoro sve Evropske države su uvele zabranu kretanja u cilju sprečavanja pandemije izazvane virusom SARS COVID-19. Takva mera je po logici stvari uticala i na stopu kriminaliteta a samim tim i na broj zatvorske populacije. Po određenim kriminološkim teorijama „pogodna meta“ je jedan od elemenata koji utiče na stopu kriminala, ili narodski rečeno „prilika čini lopova“,³⁸ pa se tako, po logici stvari, ulični kriminalitet smanjuje ako ljudi provode manje vremena na ulicama a više u kući i za kompjuterom.³⁹

Po izveštaju Saveta Evrope broj zatvorske populacije u Srbiji u periodu od 31.01.2020. do 15.09.2020. smanjen je za 4 %. Preciznije govoreći 31.01.2020. Srbija je imala 159,4 zatvorenika na 100.000 stanovnika, dok je 15.09.2020. taj broj iznosio 153.⁴⁰ U tom pogledu, Srbija se nalazi negde na nivou evropskog proseka. Tome je doprineo ne samo manji broj krivičnih dela u vreme vanrednog stanja i ograničenog kretanja, već i mere usmerene na otpuštanje određenih kategorija zatvorenika usled pandemije. Tako je u Srbiji od 15. marta do 15. aprila otpušteno 626 zatvorenika, primenom instituta uslovnog otpusta, čime se Srbija svrstala među dvadeset država članica Saveta Evrope

medium-term impact of the COVID-19 on prison populations, https://wp.unil.ch/space/files/2021/02/Prisons-and-the-COVID-19_2nd-Publication_201109.pdf, 02.09.2021.

³⁵ O prebukiranosti zatvora u SAD-u v. Jocelyn Simonson, „Bail Nullification“, 115 *Michigan Law Review*, 585, 2017, pp. 599-606.

³⁶ Penal Reform International, *Global Prison Trends 2021*. <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2021/05/Global-prison-trends-2021.pdf>, 02.09.2021.

³⁷ Izuzetak u tom pogledu je Švedska u kojoj nije bilo uvođenja policijskog časa, u kojoj je broj zatvorenika od sredine marta do sredine aprila 2020. godine povećan za više od 4 %. V. M. F. Aebi, M. M. Tiago, op. cit., 3.

³⁸ Reč je o teoriji rutinske aktivnosti čiji su osnivači Lawrence Cohen i Marcus Felson. O tome, Đorđe Ignjatović, *Kriminologija*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, 195-196.

³⁹ O tome, Amy E. Nivette i drugi, *A global analysis of the impact of COVID-19 stay-at-home restrictions on crime*, <https://www.nature.com/articles/s41562-021-01139-z.pdf>. Drugo istraživanje navodi da to sa druge strane dovodi do porasta kompjuterskog kriminaliteta i porodičnog nasilja. V. Reports on Crime in COVID-19 Pandemic: <https://data.europa.eu/data/datasets/europol-and-covid-19-reports-on-crime?locale=es>, 01.09.2021.

⁴⁰ M. F. Aebi, M. M. Tiago, op. cit., 8.

koje su oslobađale zatvorenike u sklopu vanrednih mera zbog epidemije, radi sprečavanja širenja zaraze u zatvorima.⁴¹ Međutim, po broju zaraženih virusom COVID-19 u zatvorima, Srbija se nalazi na neslavnom četvrtom mestu iza Španje, Azerbejdžana i Italije.⁴² U zatvorima širom sveta dolazilo je do masovnih pobuna usled neadekvatnih uslova koji pospešuju širenje virusa,⁴³ pa ni naša država nije bila izuzetak u tom pogledu, uzевši u obzir štrajk glađu zatvorenika niškog KPZ i protest njihovih porodica.

U takvim okolnostima sveprisutnih apela za samoizolacijom i socijalnim distanciranjem, bilo je za očekivati da se smanji i broj pritvorenika odnosno da se u što većem broju slučajeva umesto „klasičnog“ određuje kućni pritvor, ali realnost je videli smo, opovrgla očekivanja. Iako su za smeštaj lica koja bi prekrila mere samoizolacije obezbeđena tri posebna objekta u Vršcu, Požarevcu i Pirotu, time se nije smanjivao rizik od prenošenja zaraze. Po izveštaju YUKOM-a 24. marta 2020. godine u ovim jedinicama je bilo sedamdeset i pet pritvorenika, da bi se 4. aprila iste godine taj broj popeo na stotrideset i devet.⁴⁴ Imajući to u vidu, ovakva mera posebno paradoksalno zvuči u vreme vanrednog stanja čija je svrha bila da se što više ograniči i smanji broj kontakata. Istovremeno se kod najstarijih sugrađana u pogledu smanjenja broja kontakata, otišlo u potpuno drugu krajnost, pa se postavlja pitanje da li su se oni faktički nalazili u dvomesečnom kućnom pritvoru i bez formalne sudske odluke.

POLOŽAJ NAJSTARIJIH SUGRAĐANA U VREME VANREDNOG STANJA – KUĆNI PRITVOR ILI OGRANIČENJE SLOBODE KRETANJA?

U Srbiji je od 18. marta 2020. godine licima starijim od 65 godina (odnosno 70 godina u mestima sa manje od 5.000 stanovnika) bilo zabranjeno da napuštaju svoje domove, tačnije bilo im je zabranjeno kretanje „van stanova, prostorija i objekata

⁴¹ Ove mere primenjivane su i van Evrope. Tako je Vrhovni Sud Indije preporučio otpuštanje zatvorenika osuđenih za krivična dela za koje se kao maksimalna kazna može izreći 7 godina zatvora, a pojedine Indijske države su proširile ove kriterijume i na otpuštanje onih kojima je bilo dodeljeno jemstvo ali nisu mogli da ga plate, lica starija od 65 godina i trudnice. V. Sakshat Bansal, Shruti Sahni, *Bail, prisons and COVID-19: An Indian perspective*, <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1037969X211038636>, 21.09.2021. SAD nisu imale ujednačenu federalnu politiku po tom pitanju. Dok su pojedine američke države otpuštale određene kategorije zatvorenika (Njujork, Čikago, Severna Karolina, itd...), druge su se protivile donošenju ovakvih mera. O tome, Jenny E. Carroll, „Pre-trial Detention in the Time of COVID-19“, *Northwestern University Law Review Online*, https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1291&context=nulr_online, 02.09.2021.

⁴² M. F. Aebi, M. M. Tiago, op. cit., 21.

⁴³ Tako su u pobuni u kolimbijskom zatvoru poginula 23 osuđenika, štrajkovali su zatvorenici u Iranu, Brazilu, Šri Lanci, Italiji, Australiji...

⁴⁴ YUCOM, op. cit., 31.

za stanovanje u stambenim zgradama i izvan domaćinstava (okućnica)“, da bi im par dana kasnije bilo dozvoljeno kretanje subotom, od četiri do sedam časova ujutru. Ovaj režim važio je skoro dva meseca, tačnije do 07. maja 2020. godine, s tim da je najstarijim sugrađanima od 24. aprila bilo dozvoljeno kretanje svakoga dana po 60 minuta u periodu od 18 časova do 1 čas posle ponoći, u prečniku od 600 metara udaljenosti od mesta prebivališta odnosno boravišta.⁴⁵

Nesporno je da se ova mera, kao i niz drugih mera donetih u vreme vanrednog stanja smatra ograničenjem ustavne garancije na slobodu kretanja, koja se po Ustavu može ograničiti, između ostalog i u ciju sprečavanja širenja zaraznih bolesti (čl. 39. st. 2. Ustava RS), no postavlja se pitanje može li se ova mera koja je najstarijim sugrađanima, maltene pa u potpunosti zabranjivala napuštanje svog doma u periodu od dva meseca, smatrati lišenjem slobode? U vezi sa tim neopohodno je napraviti razliku između lišenja slobode i ograničenja slobode kretanja.

Pravo na slobodu kretanja regulisano je članom 39. Ustava RS i podrazumeva pravo svakoga da se slobodno kreće i nastanjuje u Republici Srbiji, da je napusti i da se u nju vrati. Član 2. Četvrtog protokola uz Evropsku konvenciju daje ovo pravo svim državljanima država članica Saveta Evrope. Pravo na slobodu i bezbednost regulisano je članom 27. Ustava RS i čl. 5. st. 1. EKLJP i podrazumeva odsustvo lišenja slobode, odnosno zaštitu od svakog arbitrarnog zadiranja u tu slobodu.⁴⁶

Po shvatanju ESLJP reč je o pojmovima koji se međusobno razlikuju samo po stepenu ili intenzitetu, a ne po prirodi ili suštini ograničenja.⁴⁷ Član 5. EKLJP ima u vidu fizičku slobodu nekog lica i cilj mu je da spreči proizvoljno ili neopravdano lišenje slobode, dok su ograničenja slobode kretanja uređena članom 2. Četvrtog protokola. Zbog toga prilikom njihovog razgraničenja treba poći od konkretne situacije i uzeti u obzir okolnosti kao što su vrsta, trajanje, posledice i načini izvršenja razmatrane mere.⁴⁸ U tom smislu, da bi se radilo o lišenju slobode u smislu člana 5. EKLJP nije neopohodno „fizičko zatvaranje“ u ćeliju, već može imati različite oblike kao što su smeštanje lica u psihijatrijsku ili socijalnu ustanovu,⁴⁹ zadržavanja

⁴⁵ Naredba o ograničenju i zabrani kretanja lica na teritoriji Republike Srbije, *Sl. Glasnik RS*, br. 34/20, 39/20, 40/20, 46/20 i 50/20.

⁴⁶ Goran P. Ilić, „Ustavni osnov ograničenja prava na slobodu i bezbednost“ u *Kaznena reakcija u Srbiji IV deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, 71.

⁴⁷ *Guzzardi protiv Italije*, od 6. Novembra 1980, Serija A, par. 93; *Stanev protiv Bugarske*, br. 36760/06, od 17. januara 2012, par. 115.

⁴⁸ *Nielsen protiv Danske*, od 28. novembra 1988, Serija A br. 144 par. 67; *Creangă protiv Rumunije*, br. 29226/03, od 23. februara 2012, par. 91.

⁴⁹ *A. i drugi protiv Bugarske*; br. 51776/08, od 29. novembra 2011; *Stanev protiv Bugarske*, br. 36760/06, od 17. januara 2012.

u tranzitnoj zoni aerodroma,⁵⁰ ispitivanja u policijskoj stanici,⁵¹ zaustavljanja i pretresanja od strane policije,⁵² primena mera za kontrolu mase u cilju zaštite javnog reda,⁵³ kućni pritvor.⁵⁴ Sa druge strane, povredom prava na slobodu kretanja se u strazburškoj praksi smatralo zahtevanje od pojedinca da traži dozvolu suda kako bi napustio mesto prebivališta i oputovao na drugo mesto,⁵⁵ situacija kada je lice sprečeno da pređe unutrašnje granice države u kojoj živi,⁵⁶ kada joj je zabranjeno da uđe u određene delove grada,⁵⁷ kada joj je zabranjeno da napusti državu i sl.⁵⁸

Da bi se radilo o „lišenju slobode“ potrebno je naime zadovoljiti objektivni kriterijum koji podrazumeva da je lice zatvoreno u određenom ograničenom prostoru određeno vreme i subjektivni kriterijum koji podrazumeva da lice na to nije pristalo ili nije bilo u stanju da pristane.⁵⁹ Prilikom odlučivanja da li je ispunjen objektivni kriterijum, treba razmotriti mogućnost napuštanja određenog prostora, stepen nadzora i kontrole kretanja lica, vreme trajanja mere i mogućnost da ostvari društvene kontakte. U teoriji se ističe da odlučujući značaj od ovih kriterijuma

⁵⁰ *Shamsa protiv Poljske*, br. 45355/99 i 45357/99, od 27. novembra 2003; *Mogoş i drugi protiv Rumunije*, br. 20420/02, od 6. maja 2004; i *Riad i Idiab protiv Belgije*, br. 29787/03 i 29810/03, od 24. januara 2008.

⁵¹ *I.I. protiv Bugarske*, br. 44082/98, od 9. juna 2005; *Osypenko protiv Ukrajine*, br. 4634/04, od 9. novembra 2010; *Salayev protiv Azerbejdžana*, br. 40900/05, od 9. novembra 2010; *Farhad Aliyev protiv Azerbejdžana*, br. 37138/06, od 9. novembra 2010.

⁵² U vezi sa tim je ESLJP istakao da element prinude prilikom vršenja ovlašćenja policije da zaustavlja i pretresa lica ukazuje na lišenje slobode, bez obzira na kratkotrajnost mere. V. *Krupko i drugi protiv Rusije*, br. 26587/07, od 26. juna 2014. par. 36; *Foka protiv Turske*, br. 28940/95, od 24. juna 2008. par. 78; *Shimovolos protiv Rusije*, br. 30194/09, od 21. juna 2011. par. 50; i *Brega i drugi protiv Moldavije*, br. 61485/08, od 24. januara 2012. par. 43

⁵³ *Austin i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 39692/09, 40713/09 i 41008/09, od 15. marta 2012.

⁵⁴ U vezi sa kućnim pritvorom M. Škulić osnovano objašnjava da nije neophodno pozivati se na praksu ESLJP kako bi se dokazala izjednačenost kućnog pritvora sa „klasičnim“ pritvorom, imajući u vidu da su oni već izjednačeni po odredbama ZKP, te duhovito zaključuje da je jedina svrha posebnog ilustrovanja izjednačenosti kućnog i klasičnog pritvora prema praksi ESLJP da se „dodatno objasni nešto što uopšte nije ni sporno a to je zaista besmisleno, te u stvari liči na kucanje na otvorena vrata“. M. Škulić, op.cit., 70.

⁵⁵ *Antononkov i drugi protiv Ukrajine*, br. 14183/02, od 22. novembra 2005.

⁵⁶ *Timishev protiv Rusije*, br. 55762/00 i 55974/00, od 13. decembra 2005.

⁵⁷ *Landvreugd i Oliveira protiv Holandije*, br. 37331/97 i 33129/96, od 4. juna 2002.

⁵⁸ *Milen Kostov protiv Bugarske*, br. 40026/07 br. 40026/07 br. 40026/07, od 3. septembra 2013.

⁵⁹ *Stanev protiv Bugarske*, op. cit., par. 117.

po pravilu ima vremensko trajanje mere ograničenja slobode, a da najviše nedoumica izazivaju slučajevi prinudnog dovođenja, policijskog zadržavanja osumnjičenog ili lica zatečenih na mestu izvršenja krivičnog dela i sl.⁶⁰

Pojam „određenog vremena“ koje je neophodno da bi se lice smatralo „lišenim slobode“ ESLJP je procenjivao od slučaja do slučaja. Tako je u predmetu *De Tomaso protiv Italije* istakao da se zabrana licu da napušta svoj dom u period od 22h uveče do 5 h ujutru ne može smatrati lišenjem slobode imajući u vidu mogućnost podnosioca predstave da tokom dana napušta svoj dom i ostvaruje društvene kontakte.⁶¹ U predmetu *Trijonis protiv Litvanije* je navedeno da šesnaestomesečni režim u kome policijski čas radnim danima traje 12 sati i na snazi je preko celog vikenda ne predstavlja lišenje slobode.⁶²

Slično tome i mere preduzete tokom vanrednog stanja izazvanog pandemijom virusa COVID 19 poput zabrane boravka na ulicama tokom policijskog časa, ograničavanja unutrašnjih i međunarodnih putovanja, sprečavanje putovanja iz određenih gradova i država i slično, nesumnjivo predstavljaju zadiranje u pravo na slobodu kretanja koje i po Ustavu RS i po Četvrtom protokolu EKLJP može biti ograničeno zbog zaštite zdravlja. Položaj najstarijih sugrađana bio je drugačiji jer je njima u potpunosti bilo zabranjeno da napuštaju svoje domove, a pravo na „šetnju“ imali su jednom nedeljno u ranim jutarnjim časovima.

Specifičan „režim“ zabrane kretanja za najstarije sugrađane su uvele samo Srbija i BiH, pa ne iznenađuje da se ovo pitanje našlo pred Ustavnim sudovima ove dve države.

Ustavnom inicijativom, odnosno „apelacijom“ pred Ustavnim sudom BiH je osporavano kako pravo na slobodu iz bezbednost iz člana II/3.d. Ustava BiH (čl. 5. st. 1. EKLJP), tako i pravo na slobodu kretanja iz čl. II/3.m. Ustava BiH (čl. 2. Protokola 4 uz EKLJP), ali je Ustavni sud BiH smatrao da sve navode treba ispitati s aspekta prava na slobodu kretanja, uz neuverljivo obrazloženje da se ne može raditi o lišenju slobode zato što je „starijim od 65 godina dopušteno kretanje, između ostalog, radi preuzimanja penzija u vremenu od 8 do 12 sati od ponedeljka 6. aprila do petka 10. aprila 2020. godine. Uz to, Ustavni sud zapaža da ne postoji stvarna fizička prisila niti su propisane drastične novčane kazne ili prisilno zatvaranje zbog

⁶⁰ „Premda se navedeni slučajevi smatraju lišenjem slobode, to ne bi trebalo uzeti kao pravilo, već bi odlučujuće merilo za određivanje karaktera određene mere morala da bude svrha zbog koje se ono preduzima.“ Aleksandar Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima Komentar*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006, 123.

⁶¹ *De Tommaso protiv Italije*, br. 43395/09, od 23. februara 2017.

⁶² *Trijonis protiv Litvanije*, br. 2333/02, 15. decembar 2005.

nepoštovanja ovih mera, što su takođe faktori koji se moraju ceniti.“⁶³ Sa druge strane Ustavni sud BiH je našao da se radilo o povredi prava na slobodu kretanja jer „osporene mere ne ispunjavaju zahtev proporcijonalnosti“ iz člana 2. Protokola broj 4 uz Evropsku konvenciju, zato što se iz osporenih naredbi ne vidi na čemu su zasnovane procene da grupe na koje se mere odnose nose veći rizik da će se zaraziti ili preneti zarazu COVID-om 19, nisu razmatrane mogućnosti uvođenja blažih mera, nisu striktno vremenski ograničene, niti je utvrđena obaveza njihovog redovnog preispitivanja kako bi se osiguralo da traju samo onoliko koliko je to neophodno u smislu člana 2. Protokola broj 4 uz EKLJP.⁶⁴

Ustavni sud Srbije je, u skladu sa podnetom inicijativom, pitanje razmatrao iz ugla lišenja slobode i povrede člana 27., 29. i 36. Ustava RS i zauzeo je stav da se nije radilo o lišenju slobode, već o merama koje su bile neophodne radi suzbijanja i sprečavanja širenja zarazne bolesti COVID-19 i zaštite stanovništva od te bolesti za vreme vanrednog stanja, te da nije došlo do povrede Ustavom zagarantovanog prava na slobodu i ličnu bezbednost iz člana 27. Ustava, odnosno da nije došlo do povrede dopunskih prava u slučaju lišenja slobode bez odluke suda iz člana 29. Ustava RS. U obrazloženju odluke je, između ostalog navedeno da:

„Propisane mere zabrane kretanja određenih kategorija lica ne predstavljaju lišenje slobode ni prema svojoj svrsi niti prema njihovoj sadržini. Naime, svrha tih mera nije bila da se lica na koje se mere odnose liše slobode u određenom vremenskom periodu, već da se u konkretnim okolnostima posebno ugrožena lica, kao što su to ljudi starijeg životnog doba, dodatno i efikasno zaštite od mogućnosti oboljevanja od opasne zarazne bolesti.

Slično kao što se pacijenti koji efektivno boluju od određenih bolesti, koje prema pravilima medicinske struke zahtevaju lečenje u bolnici, što u nekim situacijama podrazumeva i duži boravak u jednoj bolničkoj prostoriji ili čak uključivanje na određene aparate u funkciji lečenja, održavanja vitalnih funkcija ili dijagnostike, radi preduzimanja odgovarajućih medicinskih intervencija, koje takođe nekada podrazumevaju i duži boravak u bolnici radi oporavka i sl., svako ne smatraju osobama koje su lišene slobode, tako se i ljudi u odnosu na koje su se u cilju njihove zaštite od opasne i u kontaktu sa drugim osobama veoma lako prenosive infektivne bolesti, kao potencijalni i pri tom posebno zdravstveno ugroženi pacijenti od za njih veoma opasne bolesti, ne mogu smatrati licima lišenim slobode.“⁶⁵

⁶³ Ustavni sud BiH, Predmet broj AP 1217/20, par. 45.

⁶⁴ Ustavni sud BiH, Predmet broj AP 1217/20, par. 63.

⁶⁵ Odluka Ustavnog suda Srbije broj IUo- 45/2020 od 17. septembra 2020.

Analogija sa bolničkim lečenjem nije najadekvatnija, imajući u vidu da je jedno od osnovnih prava pacijenata pravo na pristanak, koji između ostalog podrazumeva i pravo pacijenta koji je sposoban za rasuđivanje da predloženu medicinsku meru odbije, čak i u slučaju kada se njome spasava ili održava njegov život (čl. 16.-19. Zakona o pravima pacijanata).⁶⁶ Za razliku od toga, ne samo da se pristanak najstarijih sugrađana nije zahtevao za ovaj specifičan vid kućne izolacije, već su oni, u slučaju kršenja navedenih zabrana bili suočeni sa prekršajnom i krivičnom odgovornošću.

Ako se posmatra sadržinski, režim kome su bili podvrgnuti najstariji sugrađani se *de facto* ni po čemu se ne razlikuje od kućnog pritvora, sa tim da je kućni pritvor još i blaži, imajući u vidu da ZKP pritvorenima garantuje svakodnevno kretanje na slobodnom vazduhu u trajanju od dva časa (čl. 218. st. 2. ZKP).

Na kraju, jasno je da svrha navedenih mera nije bila da se najstariji sugrađani liše slobode već da se „dodatno i efikasno zaštite od mogućnosti oboljevanja od opasne zarazne bolesti“, međutim kao što je neretko „put do pakla popločan dobrim namerama“ isto tako su i najdobronamernije mere mogle imati (a ostaje pitanje i da li su imale) kontraefekte po zdravstveno stanje najstarijih, kojima se svakodnevno savetuje „umerena fizička aktivnost i boravak na svežem vazduhu“. Ova lica su, bez svog pristanka bila neprekidno zatvorena u svojim domovima skoro dva meseca, čime su ispunjeni i objektivni i subjektivni kriterijum za lišenje slobode, u smislu tumačenja ESLJP. Pored toga, ne treba zaboraviti i stav ESLJP da „čak i mere nametnute u cilju zaštite sigurnosti ili zaštite lica čija je sloboda ograničena, mogu predstavljati lišenje slobode.“⁶⁷

ZAKLJUČAK

Pritvori određivani u vreme vanrednog stanja zbog kršenja mera samoizolacije sporni su po više osnova. Kao prvo, licima bi se u ovom slučaju na teret stavljalo izvršenje krivičnog dela nepostupanje po zdravstvenim propisima za vreme epidemije, a u hipertrofiji propisa koja je važila u to vreme, sa njihovim svakodnevnom izmenama, nije isključeno pozivanje na stvarnu zabludu. Čak i u slučaju da je stvarna zabluda bila otklonjiva, ona bi isključivala umišljaj, a samim tim i krivičnu odgovornost za ovo krivično delo. U tom slučaju bi se moglo govoriti samo o prekršajnoj odgovornosti koja opet isključuje primenu pritvora.

Drugo, ako su lica već prekršila obavezu samoizolacije a kao razlog za pritvor se navodila bojazan da to ne učine ponovo, logičnije im je bilo izreći meru kućnog

⁶⁶ Zakon o pravima pacijenata, *Sl. glasnik RS*, br. 45/2013 i 25/2019 – dr. Zakon.

⁶⁷ *Khlaifia i drugi protiv Italije*, br. 16483/12 od 15. decembra 2016, par.71.

prитвора посебно у време пандемије и свеопштих апела за социјалном дистанцом коју у притворским јединицама није могуће спроводити.

Треће, оваквим поступањем је прекршена законска обавеза суда да притвор примењује тек као крајњу меру, ако се иста сврха не може постићи применом блажих мера за обезбеђењем присуства окривљеног. На карактеру притвора као „крајње мере“ и обавезном разматрању других, блажих мера, посебно се insistira у пракси ESLJP, јер супротно поступање притвор чини arbitrarnim и незаконитим.

Четврто, у овим случајевима се не може говорити о лишењу слободe у циљу спречавања ширења заразних болести, које је изричито дозвољено чл. 5. ст. 1.(e) EKLJP, будући да се овај изузетак односи на лишење слободe лица која су инфицирана, а наши судови уопште нису знали да ли су лица којима је одређиван притвор заражена вирусом COVID-19 јер ова лица нису ни тестирана.

У таквим околностима, а посебно имајући у виду препоруке и изјаве представника извршне власти, чини се да је притвор служио пре као ефикасна мера за „заstrašивање“ грађана у циљу поштовања карантинских прописа, него што је имао своју процесну сврху. Time је притвору индиректно дат карактер кривичне санкције чији је циљ да се „утиче на учиниоца и на друге да не чине кривична дела“, umesto да служи обезбеђењу присуства окривљеног у кривичном поступку.

Dr. VANJA BAJOVIĆ
Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

DETENTION IN THE PANDEMIC TIME

Summary

The state of emergency in Serbia due to the COVID-19 pandemic was declared on March 15, 2020 and lasted until May 6, 2020. During the state of emergency, a number of „emergency regulations“ were passed, which made it difficult for the citizens to harmonize their behaviour with the law, which in some cases was changed on a daily basis. One of the primary measures was aimed at restricting movement in order to prevent the spread of the infection. In that sense, the entry and movement of persons on the territory of the Republic of Serbia was limited, persons coming from abroad were placed in quarantine, and on the territory of Serbia, as in most other countries, an absolute ban on movement in a certain period was introduced. In such circumstances, the Ministry of Justice recommended to public prosecutors to request detention for all persons who violate the measure of self-isolation, and the Republic Public Prosecutor was recommended to file a disciplinary report against a prosecutor who does not act in accordance with this instruction. The paper discusses the issue of the validity of the detentions ordered during the state of emergency, due to the violation of self-isolation measures. Although even the threat of detention itself acts as an effective measure for

intimidating citizens and forcing them to comply with quarantine regulations, the subject of analysis is the question of legality and justification of such detention, as well as the consequences of such a measure for citizens' health. In particular, from the point of view of the constitutionally guaranteed rights to freedom and security, as well as the right to freedom of movement, the position of the oldest citizens is considered. They were banned from leaving their homes for almost two months, what placed them, de facto, in house arrest, even without a court decision and effective legal remedy. These issues are analysed with special reference to the practice of the ECHR.

Key words: pandemic, state of emergency, detention, house arrest

Literatura

- Aebi M. F., Tiago M. M. , *Prisons and Prisoners in Europe in Pandemic Times: An evaluation of the medium-term impact of the COVID-19 on prison populations*, https://wp.unil.ch/space/files/2021/02/Prisons-and-the-COVID-19_2nd-Publication_201109.pdf.
- Bansal S., Sahni S., *Bail, prisons and COVID-19: An Indian perspective*, <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1037969X211038636> .
- Bejatović S., „Mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (pojam, ratio legis, predviđanja, vrste, opšta pravila primene i iskustva u primeni država regiona)“, *Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena)* (ur. Stanko Bejatović), Beograd, 2019.
- Carroll J. E., „Pretrial Detention in the Time of COVID-19“, *Northwestern University Law Review Online*, https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1291&context=nulr_online.
- Data Europa EU., *Reports on Crime in COVID-19 Pandemic*: <https://data.europa.eu/data/datasets/europol-and-covid-19-reports-on-crime?locale=es>.
- Ignjatović Đ., *Kriminologija*, Službeni glasnik, Beograd, 2006.
- Ilić G. P., „Ustavni osnov ograničenja prava na slobodu i bezbednost“, *Kaznena reakcija u Srbiji IV deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.
- Jakšić A., *Evropska konvencija o ljudskim pravima Komentar*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006.
- Nivette A. E., *A global analysis of the impact of COVID-19 stay-at-home restrictions on crime*, <https://www.nature.com/articles/s41562-021-01139-z.pdf>.
- Penal Reform International, *Global Prison Trends 2021*, <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2021/05/Global-prison-trends-2021.pdf>.
- Simonson J., „Bail Nullification“, 115 *Michigan Law Review*, 2017.
- Stojanović Z., *Komentar krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2019.
- Škulić M., „Pritvor kao mera obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije-norma i praksa)“, *Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena)* (ur. Stanko Bejatović), Beograd, 2019.

Škulić M., Miljuš I., „Učešće procesnih subjekata u krivičnom postupku putem tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka“, *Adekvatnost državne reakcije na kriminalitet i upotreba tehničkih sredstava u krivičnom postupku* (ur. M. Simović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu Beograd, 2021.

Vasić M., Mandić S., *Rad sudova tokom epidemije zarazne bolesti COVID-19 – analiza i preporuke*, OEBS Misija u Srbiji, januar 2021, <https://www.osce.org/files/f/documents/4/d/484163.pdf>.

Vasiljević T., *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1981.

YUCOM, Ljudska prava i COVID-19, https://www.yucom.org.rs/wp-content/uploads/2020/11/Yucom_Covid_layout_SRP_all.pdf.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 08.10.2021.

Prihvaćen: 27.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

IVANA MILJUŠ

MEHA ZABRANE NAPUŠTANJA STANA U KRIVIČNOM POSTUPKU

*Zabrana napuštanja stana mera je za obezbeđenje prisustva okrivljenog i za nesmeta-
no vođenje krivičnog postupka. Prema svojoj suštini, stepenu i intenzitetu ograničenja, kao i
efektima oblik je lišenja slobode i alternativna mera lišenja slobode u odnosu na pritvor. Mera
je koja se primenjuje u društvenoj zajednici i obavezuje okrivljenog da poštuje njena organi-
čenja. U radu se objašnjavaju svrhe i značaj mere, ali i rizici pogrešne primene po okrivljenog,
krivični postupak i društvo. Autorka razmatra pravne, procesne i praktične posledice pravne
prirode i osnovnih obeležja mere. Istovremeno, analizira se uticaj prirode i odlika mere na
odlučivanje o meri, njenom trajanju i izvršenju. U radu se izdvajaju stavovi u pravnoj teoriji i
sudskoj praksi, mišljenja stručne javnosti, istražuje razvoj zakonodavstva, standardi i zahtevi
koji proističu iz presuda Evropskog suda za ljudska prava. Nakon višegodišnje primene mere,
u pravnoj nauci, sudskoj praksi i radu povereničke službe prepoznaju se ozbiljnost dilema u
primeni mere i problemi u postupku izvršenja i nadzora.*

*Ključne reči: zabrana napuštanja stana, pritvor, lišenje slobode, krivični postupak,
poverenik*

U V O D

Koreni mere zabrane napuštanja stana uočavaju se u biblijskom tekstu, u No-
vom zavetu, za koji se procenjuje da je napisan između 59. i 63. godine nove ere, u
opisu hapšenja apostola Pavla kome je naređeno da ostane u svom stanu (mestu gde

Dr Ivana Miljuš, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ivana.miljus@ius.bg.ac.rs.

je stanovao) uz nadzor vojnog čuvara zbog njegovih učenja.¹ Razvoj humanizma u okvirima krivičnog pravosuđa doveo je do pitanja kako da se zaštiti društvo, a da se obrazuju „slika i politike koje učinioi doživljavaju humanim i pravednim“.² U Sjedinjenim Američkim državama 60. – tih godina 20. veka studenti psihologije na Harvardu razvili su ideju o načinu elektronskog nadzora kretanja maloletnih učilaca u cilju da se ohrabre da dođu na vreme na određena mesta putem stvaranja sistema u kojima su učinioi nosili radio uređaje koji su prenosili gde se nalaze.³

Zabrana napuštanja stana mera je za obezbeđenje prisustva okrivljenog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka ustanovljena i regulisana odredbama Zakonika o krivičnom postupku⁴ (čl. 188 st. 1 tač. 6, čl. 189, čl. 190 i čl. 208 – 209). Naziv koji se češće koristi od strane nenaučne javnosti, „kućni pritvor“, prihvata Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera⁵ (čl. 17, 17a, 18). U pravnoj teoriji definiše se da je ova mera „preventivno lišenje slobode u kućnim uslovima“, odnosno „vrsta pritvora“ kojom se postiže isti cilj kao i „običnim pritvorom“, ali je od njega neuporedivo racionalniji, humaniji i ekonomičniji.⁶ Prvi put u naše zakonodavstvo mera zabrane napuštanja stana praktično je uvedena Zakonikom o krivičnom postupku od 2006. godine kao mera u okviru „zabrane napuštanja određenog mesta i drugih ograničenja“ (čl. 168 st. 2).⁷ Doktrina je objašnjavala da je mera supstitucija pritvora iz zakonom određenog razloga, da je

¹ Nicola Davis Bivens, „Home Confinement and House Arrest“, *Encyclopedia of Community Corrections* (ed. Shannon M. Barton – Bellessa), Los Angeles – London – New Delhi – Singapore – Washington DC, 2012, 204.

² Yvonne Vissing, „Humanitarianism“, *Encyclopedia of Community Corrections* (ed. Shannon M. Barton – Bellessa), Los Angeles – London – New Delhi – Singapore – Washington DC, 2012, 206.

³ Svrha sistema bila je da se inspirišu učinioi da se bolje ponašaju. Učinioi koji su bili tamo gde treba da budu (npr. lečenje zavisnosti od droga, škola, posao) ispunjavali su uslove za dobijanje jednostavnih nagrada (besplatna frizura, pica, ulaznice za koncerte). O tome: Special Series – Guilty and Charge, The Evolution of Electronic Monitoring Devices, <https://www.npr.org/2014/05/22/314874232/the-history-of-electronic-monitoring-devices>, 14.09.2021. O istorijskom razvoju elektronskog nadzora i kućnog pritvora, Vanja Bajović, „Electronic monitoring and house arrest in the criminal justice systems“, *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja – I deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007, 213 – 215.

⁴ Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019, 27/2021 – YC, 62/2021 – YC.

⁵ Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2014, 87/2018.

⁶ Tihomir Vasiljević, Momčilo Grubač, *Komentar zakonika o krivičnom postupku*, Dvanaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, *Službeni glasnik*, Beograd, 2011, 310.

⁷ Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 46/06.

„neminovno skopčana sa određenim deprivacijama u odnosu na okrivljenog“, ali da „ipak predstavlja daleko bolju soluciju nego pritvor“.⁸

Ratio legis uvođenja mere zabrane napuštanja stana u krivičnoprocesna zakonodavstva je višestruk. Pre svega, odnosi se na tendenciju smanjenja troškova boravka u pritvoru, izbegavanje „prenatrpanosti“ zatvora, obezbeđenje zaštite društva striktnim ograničenjem okrivljenog da napusti prostorije u kojima živi i istovremeno zaštite pretpostavke nevinosti, humanijeg tretmana prema okrivljenom nego u zatvorskim uslovima i nepristrasnosti suda. Opominje se na logičke kontradiktornosti, da je pritvorenik izložen istim uslovima kao osuđeno lice iako može da bude oslobođen od optužbe po okončanju krivičnog postupka.⁹ U literaturi se ukazuje na važne potencijalno negativne efekte klasičnog/običnog/tradicionalnog pritvora na buduće ponašanje okrivljenog (učenje novih oblika kriminogenog ponašanja u zatvorskim uslovima), teškoće u pripremanju odbrane okrivljenog, veću verovatnoću osude, te „značajni podsticaj na brzo izjašnjavanje o krivici bez obzira na krivicu ili nevinost“, što je od uticaja na brojnost zaključenih sporazuma o priznanju krivičnih dela sa okrivljenima u pritvoru.¹⁰

Izvršavanje mere zabrane napuštanja stana uz elektronski nadzor ima praktični značaj, koji se ogleda u olakšavanju nadzora nad poštovanjem određenih ograničenja i povećavanju nivoa bezbednosti pritvorenika i zatvorskog osoblja, vraćanju okrivljenog u zajednicu, u cilju rada i doprinosa zajednici (npr. plaćanjem poreza, doprinosom u domaćinstvu). U doktrini se elektronski uređaj oko nožnog ili ručnog zgloba opisuje kao „virtuelni ključ zatvorske ćelije“, jer je psihička prepreka za onoga ko uređaj nosi da ne krši zabranu napuštanja određenog prostora.¹¹ Merom zabrane napuštanja stana smanjuje se rizik od nastupanja posledica na ličnost (kao što je „prizionizam“), jer omogućava izbegavanje susreta sa penalnom ustanovom ili skraćuje boravak u njoj.¹² U literaturi se zaključuje da boravak u zatvoru, ali i u pritvoru stvara naviku kod lica i javlja se potreba za zatvorom.¹³

⁸ Milan Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, 559 – 560.

⁹ Douglas J. Klein, „The Pretrial Detention ‘Crisis’: The Causes and the Cure“, *Urban Law Annual – Journal of Urban and Contemporary Law*, Vol. 52, 1997, 293.

¹⁰ Više o tome, Samuel R. Wiseman, „Pretrial Detention and the Right to Be Monitored“, *The Yale Law Journal*, Vol. 123, No. 5, 2014, 1354 – 1356.

¹¹ Nataša Mrvić Petrović, „Delotvornost elektronskog nadzora kao sastavnog dela alternativne krivične sankcije ili mere“, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Beograd, 2015, 99.

¹² Petar Cvetković, „Uloga kućnog pritvora i kućnog zatvora u prevenciji prizionizma“, *Crimen*, br. 1, Beograd, 2016, 91.

¹³ *Ibidem*, 97.

Pojava „prizionizam“ ili „institucionalizam“ dovodi do toga da lica nakon puštanja na slobodu vrše krivična dela radi vraćanja u zatvor, zato što se na slobodi još više razočaraju u sebe i svoj život.¹⁴

Primećuje se da je pandemija COVID – 19 dovela i do pojave restriktivnije primene pritvora, brižljivijeg i sveobuhvatnijeg razmatranja potrebe primene drugih blažih mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog i nesmetano odvijanje krivičnog postupka, u cilju zadovoljenja dodatnih/vanrednih potreba, pre svega svestranije ocene zdravstvenog stanja okrivljenog, smanjivanja broja pritvorenika radi rasterećivanja zavoda i pritvorskih jedinica, primene mera sprečavanja širenja pandemije u zavodima i pritvorskim jedinicama.¹⁵ U doktrini se uočava da je problem u našoj praksi bio to što je naročito tokom prvih nedelja vanrednog stanja građanima koji su krivično gonjeni zbog kršenja zdravstvenih propisa tokom pandemije, ponekad čini se bez prave potrebe određivan pritvor, a dominantan razlog za određivanje pritvora bio je opasnost od ponavljanja krivičnog dela u kratkom vremenskom periodu.¹⁶ Preventivni razlog za određivanje pritvora ujedno je razlog za određivanje mere zabrane napuštanja stana. Statistički podaci pokazuju da je tokom 2020. godine prema 1066 okrivljenih izvršavan kućni pritvor.¹⁷

PRAVNA PRIRODA I OSNOVNE ODLIKE ZABRANE NAPUŠTANJA STANA

Zabrana napuštanja stana zakonom je predviđen oblik/vid/vrsta lišenja slobode, kao i hapšenje, zadržavanje, pritvor i boravak u ustanovi koji se uračunava u pritvor (čl. 2 st. 1 tač. 23 ZKP). Svrstava se prema sudskoj praksi ESLJP u „*lišenje slobode mimo formalnog hapšenja i pritvora*“, te se na nju se primenjuje čl. 5 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i jemstva koja se pružaju

¹⁴ Bora Čejović, Mirko Kulić, *Krivično pravo*, Univerzitet Privredna akademija – Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad, 2014, 306.

¹⁵ Ivana Miljuš, „Izazovi i rizici uvođenja video linka u krivični postupak“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, međunarodna naučna konferencija, Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović, tom 2, Beograd, 2020, 7.

¹⁶ O tome, Milan Škulić, Ivana Miljuš, „Učešće procesnih subjekata u krivičnom postupku putem tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka“, *Adekvatnost državne reakcije na kriminalitet i upotreba tehničkih sredstava u krivičnom postupku*, Dvanaesta međunarodna naučnostručna konferencija, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu – Centar za edukaciju sudija i tužilaca Republike Srpske, Bijeljina, 2021, 143 – 144.

¹⁷ Aleksandra Spasojević, *Izvršenje vanzavodskih sankcija i mera – Izveštaj o istraživanju*, Valjevo, 2021, 6.

licima lišenim slobode.¹⁸ Osnov je za obaveznu odbranu koja traje od momenta lišenja slobode do pravnosnažnosti rešenja kojim se mera ukida (čl. 74 ZKP).¹⁹ Zakonsko rešenje saglasno je međunarodnopravnoj obavezi zakonodavca da garantuje i štiti individualno procesno pravo okrivljenog na branioca u krivičnom postupku i ulozi branioca, koja proizlazi iz međunarodnopravnih i evropskopravnih standarda, da pruži zaštitu okrivljenom od nezakonitih i arbitrarnih zatvaranja i uopšte mera kojima se oduzima/ograničava sloboda i da delotvorno ostvaruje svoje pravo da ima dovoljno vremena i mogućnosti da priprema svoju odbranu i iznosi odbranu pred organom postupka. Nezakonito lišenje slobode osnov je za pravo na naknadu štete (čl. 584 ZKP).

Mera zabrane napuštanja stana je, kako se to zaključuje u primeru iz naše sudske prakse, po svojoj specifičnoj pravnoj prirodi mera *direktnog zadiranja u prava na ličnu slobodu*, te se „u pogledu zakonitosti, *ultima ratio* karaktera i hitnosti“, na nju primenjuju iste garancije kao i za pritvor – primenjuje se pod *restriktivnim i preciznim zakonskim uslovima*, njeno obeležje je *naročita hitnost*, smatra se takođe *izuzetkom* i može trajati samo ukoliko postoji *jasno, objektivno i realno opravdanje*, te da se njeno trajanje mora svesti na *razumno trajanje*, a ukida se čim prestanu razlozi zbog kojih je određena.²⁰ Njen cilj je da se obezbedi prisustvo okrivljenog i nesmetano odvijanje krivičnog postupka. Specifičan je oblik ograničenja lične slobode. Jedna je od zakonskih alternativa pritvoru, za koje se formuliše potreba da se upotrebe u što ranijoj fazi postupka.²¹ Izdvaja se da je jedna od *mera u zajednici* obavezivanje osumnjičenog da „stanuje na tačno određenoj adresi, da bude pod nadzorom i da mu pomoć pruža određena ustanova koju posebno navede pravosudni organ“. ²² Za mere u zajednici između ostalog se izdvajaju zahtevi delotvornosti

¹⁸ Savet Evrope/Evropski sud za ljudska prava, Vodič za primenu člana 5 Konvencije – Prava na slobodu i bezbednost, 2014, 6, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_SRP.pdf, 21.09.2021.

¹⁹ Od donošenja Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine, zabrana napuštanja stana uvodi se kao osnov za obaveznu odbranu, uz suđenje u odsutnosti zbog nesposobnost koju je okrivljeni sam prouzrokovao, udaljenje okrivljenog iz sudnice, pregovore o zaključenju stranačkih sporazuma.

²⁰ Iz rešenja Prvog osnovnog suda u Beogradu K broj 1714/16 – Kv broj 1667/16 od 17.10.2016. godine, neposredan uvid u Prvom osnovnom sudu u Beogradu.

²¹ Rezolucija Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 45/110 – Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za mere alternative institucionalnom tretmanu od 14. decembra 1990 (Tokijska pravila) (*United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules)*), 6.2.

²² Preporuka Rec (2000) 22 Komiteta ministara Saveta Evrope državama članicama o unapređenju sprovođenja Evropskih pravila o sankcijama i merama u zajednici od 29. novembra 2000.

primene i obaveštavanja javnosti o koristima (ekonomskim, društvenim) većeg obima primene mera u zajednici u cilju dobijanja podrške javnosti.

Blaža je mera u odnosu na klasičan/običan pritvor (određuje se umesto pritvora odnosno pritvor se tokom postupka zamenjuje ovom merom sa ili bez elektronskog nadzora). Evropski sud za ljudska prava naglašava da „kućni pritvor podrazumeva manje ograničenja i manji stepen patnje ili neugodnosti za pritvorenika od običnog pritvora u zatvoru“.²³ U praksi se ovom merom sprečava predugo trajanje pritvora. Karakteriše je *mogućnost individualizovanja*. Fleksibilnija je i prilagodljivija ličnosti okrivljenog, okolnostima koje se odnose na okrivljenog i okolnostima konkretnog slučaja. U nekim krivičnoprocesnim zakonodavstvima je „sadržinski otvorena mera“, jer konkretan sadržaj određuje sudija kada izriče meru i vremenom može da se menja i biti između režima „izrazitog približavanja pritvoru“ i „opuštenog režima“.²⁴

U pogledu sudske odluke o meri zabrane napuštanja stana i postupka koji prethodi njenom donošenju relevantne su ustavne i zakonske garancije *prava na fizičku slobodu pojedinca*. Prilikom odlučivanja sud treba da primeni posebnu pažnju, zbog značaja koji se pripisuje pravu na fizičku slobodu u demokratskom društvu i uticaja lišenja slobode na položaj okrivljenog u krivičnom postupku. U delu doktrine, u okviru definisanja mere zabrane napuštanja stana, izdvaja se mišljenje da se „okrivljenom privremeno ograničava sloboda, ali da se ne lišava slobode kretanja (i komuniciranja)“ i ne zatvara.²⁵ Definiše se u pravnoj teoriji i kao „specifičan

godine (*Recommendation Rec (2000) 22 on improving the implementation of the European rules on community sanctions and measures*).

²³ Evropski sud za ljudska prava slikovito opisuje: „Pritvor u pritvoru zahteva integraciju pojedinca u novo, ponekad neprijateljsko okruženje, deljenje aktivnosti i resursa sa drugim zatvorenici-ma, poštovanje discipline i podvrgavanje nadzoru različitog stepena autoriteta/vlasti dvadeset četiri sata dnevno. Na primer, zatočenici ne mogu slobodno da izaberu kada idu na spavanje, kada uzimaju obroke, kada će se pobrinuti za lične higijenske potrebe ili kada će izvoditi vežbe na otvorenom ili druge aktivnosti. Stoga, kada se suoče sa izborom između pritvora u pritvorskom objektu i kućnog pritvora, kao u ovom slučaju, većina pojedinaca bi se obično odlučila za ovo drugo. Iz slučaja *Buzadži v. the Republic of Moldova*, ECtHR, App. no. 23755/07, Grand Chamber, 5. July 2016, para 112.

²⁴ Videti primer ZKP Slovenije: Zvonko Fišer, Damijan Florjančič, „Pritvor i pravni sistem Slovenije“, *Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena* (ur. Stanko Bejatović), Misija OEBS – a u Srbiji, Beograd 2019, 99.

²⁵ Vojislav Đurđić, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2014, 379. Ustavni sud Republike Srbije ukazuje da između „fizičke slobode pojedinca (prava na slobodu) i njegovog prava na slobodu kretanja (čl. 39 URS) treba da se pravi razlika. V. Odluka Ustavnog suda broj UŽ-9137/2014 od 21. decembra 2017. godine, tač. 5, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudencija/35/>, 20.09.2021. U literaturi se objašnjavalo da kućni pritvor po svojim obeležjima „ima osobine

oblik ograničenja lične slobode“. ²⁶ Ustavni sud Republike Srbije, pozivajući se na odluku ESLJP nalazi da „između lišenja slobode i ograničenja slobode (kretanja) postoji samo razlika u stepenu ili intenzitetu ali ne i u prirodi i suštini mere“, a da mera zabrane napuštanja stana predstavlja *lišenje slobode, prema stepenu ograničenja* koji kod ove mere postoji, odnosno da se po *intenzitetu ograničenja ne razlikuje od mere pritvora, bez obzira na bolje uslove*.²⁷

Evropski sud za ljudska prava primenjujući i tumačeći čl. 5 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u pogledu konkretnog slučaja nalazi: 1. da je „kućni pritvor“ – posebna preventivna mera koja podrazumeva trajnu zatvorenost u stanu i stavljanje pod nadzor uz formalnu zabranu izlaska, prema stepenu ograničenja slobode kretanja koji je nametnut merom, lišenje slobode; 2. da nije relevantno što su uslovi bolji u kućnom pritvoru nego u zatvoru, jer su „stepen“ i „intenzitet“ ograničenja kriterijumi za primenljivost čl. 5 EKLJP, a ne i razlike „u udobnosti ili zatvorenosti“.²⁸ Izdvajaju se važni stavovi: 1. Ne garantuje čl. 5 st. 1 EKLJP pravo na stavljanje u blaži oblik pritvora od tradicionalnog zatvorskog režima; 2. Konkretna situacija mora da se analizira da bi se utvrdilo da li je pojedinac „lišen slobode“ u smislu čl. 5 Konvencije, te da se uzme u obzir čitav niz kriterijuma kao što su „vrsta, trajanje, efekti i način sprovođenja mere“; 3. Ne postoji suštinska razlika između pritvora i kućnog pritvora, te okrivljeni ima pravo da bude *hitno izveden pred sudiju* ili drugog službenika koji je po zakonu ovlašćen da vrši sudsku vlast.²⁹

ODREĐIVANJE MERE ZABRANE NAPUŠTANJA STANA

Zakonik o krivičnom postupku sadrži upućujuću pravnu normu u pogledu određivanja mere zabrane napuštanja stana. Upućuje se na primenu određenih razloga za određivanje pritvora. Sud može okrivljenom da odredi meru zabrane

i ograničenja i lišenja slobode“, te se opominjalo da je zbog toga potrebno da se polazeći od međunarodnih standarda odredi da li je „predviđen normama kojima se reguliše pritvor ili ograničenje slobode kretanja“. Aleksandar Trešnjev, *Mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka*, doktorska disertacija, odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 70.

²⁶ Stanko Bejatović *et al.*, *Priručnik za primenu zakonika o krivičnom postupku*, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013, 167.

²⁷ Odluka Ustavnog suda broj UŽ-9137/2014 od 21. decembra 2017. godine, tač. 5, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 20.09.2021.

²⁸ *Lavents c. Lettonie*, ECtHR, Requête no 58442/00, 28. novembre 2002, para 63-64.

²⁹ *Mancini v. Italy*, ECtHR, App. no. 44955/98, 2 August 2001, para 16; *Buzadji v. the Republic of Moldova* ECtHR, App. no. 23755/07, Grand Chamber, 5. July 2016, para 103; *Vachev v. Bulgaria*, ECtHR, App. no. 42987/98, 8 July 2004, para 64.

napuštanja stana ako postoji osnovana sumnja da je lice izvršilo krivično delo koje mu se stavlja na teret i neke od okolnosti predviđene čl. 211 st. 1 tač. 1, 3 i 4 ZKP.³⁰ Razlozi se odnose na *obezbeđenje prisustva okrivljenog, preventivne razloge i sprečavanje ometanja krivičnog postupka zbog težine krivičnog dela*.³¹ Propisivanje istih osnova za izricanje više mera smatra se opravdanim i adekvatnim, kao i „razumljivom potrebom zakonodavca“ jer „omogućuje njihovo stepenovanje i efikasnu zamenu strože mere blažom.³²

Zaključuje se da je očigledno da je kod zakonodavca „prevagnulo uverenje da je navedena mera nedovoljna garancija u situaciji kada postoji ozbiljna opasnost po dokazni materijal koja pretil od okrivljenog, te da bi eventualno pogrešna procena suda kod odabira ove mere mogla voditi nenadoknadivim procesnim gubicima (uništenje ili kompromitovanje dokaza)“.³³ Ujedno se poseban značaj ovoj meri pripisuje u pogledu razloga za određivanje pritvora iz čl. 211 st. 1 tač. 4 ZKP. Smatra se da je dobro rešenje što u slučaju ovog pritvorskog osnova postoji mogućnost zamene pritvora merom zabrane napuštanja stana, „upravo zbog same rastegljivosti ove tačke koja kao takva prilikom ekstenzivnog tumačenja može biti zloupotrebljena u političke svrhe“.³⁴ Sudska praksa Ustavnog suda Republike Srbije ceneći ustavnopravno prihvatljivo obrazloženje sudskog rešenja u pogledu

³⁰ Razlozi za određivanje mere zabrane napuštanja stana protiv lica za koje postoji osnovana sumnja da je izvršio krivično delo su osnovi za određivanje pritvora: 1) *opasnost od bekstva*: skrivanja okrivljenog, nemogućnost utvrđivanja istovetnosti okrivljenog, očigledno izbegavanje optuženog da dođe na glavni pretres i druge okolnosti koje ukazuju na opasnost od bekstva (čl. 211 st. 1 tač. 1 ZKP); 2) *opasnost od vršenja krivičnog dela* – postojanje osobitih okolnosti koje ukazuju da će okrivljeni „u kratkom vremenskom periodu“ da ponovi krivično delo, dovrši pokušano krivično delo ili učini krivično delo kojim pretil (čl. 211 st. 1 tač. 3 ZKP); 3) *težina krivičnog dela i uznemirenje javnosti*: a) objektivni uslov – težina krivičnog dela (propisana kazna zatvora preko deset godina/preko pet godina ako se radi o krivičnom delu sa elementima nasilja ili izrečena kazna zatvora presudom prvostepenog suda u trajanju od pet godina ili teža kazna); b) vanprocesni uslov – način izvršenja ili težina posledice krivičnog dela koji su doveli do uznemirenja javnosti koje može da ugrozi nesmetano i pravično vođenje postupka.

³¹ M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Dvanaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2020, 146 – 147. U pravnoj teoriji se takođe ukazuje da su ciljevi mere zabrane napuštanja stana procesni (anuliranje opasnosti od bekstva kako bi se obezbedilo prisustvo okrivljenog) i vanprocesni (sprečavanje interakcijske opasnosti i umirenje javnosti). V. Saša Knežević, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Pravni fakultet u Nišu, Drugo izdanje, Niš 2019, 240.

³² A. Trešnjev, op. cit., 368.

³³ Goran P. Ilić et al., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 553.

³⁴ Petar Cvetković, „Mera zabrane napuštanja stana i njena (ne)primena u kontekstu opštih uslova za određivanje mera“, *Pravo – teorija i praksa*, broj 1–3, Novi Sad, 2016, 39.

ostvarivanja ovog zakonskog razloga ukazuje na neophodnost da iz spisa predmeta i razloga za odluku u pogledu mere zabrane napuštanja stana proizlazi da „nivo uznemirenja javnosti“ *pravda lišenje slobode* i trajanje lišenja slobode u predmetnom periodu.³⁵

U našem ranijem krivičnoprocesnom zakonodavstvu razlog za određivanje mere bio je isključivo vezan za razlog za određivanje mere zabrane napuštanja boravišta, postojanje okolnosti koje ukazuju da *bi* okrivljeni „mogao pobeći, sakriti se, otići u nepoznato mesto ili inostranstvo“. U Zakoniku o krivičnom postupku od 2006. godine,³⁶ imala je prirodu i značaj jedne od osnovnih/primarnih mera uz meru zabrane napuštanja mesta prebivališta/boravišta/određenog područja, u okviru opšte mere „zabrane napuštanja određenog mesta i druga ograničenja“ (čl. 168 ZKP), koja je obuhvatala više pojedinačnih mera.³⁷ Uz ovu meru su se kumulativno mogle odrediti i te druge adhezivne mere. Mera se odnosila na „stan u kojem okrivljeni *živi*“ i obuhvatala je alternativno zabranu okrivljenom da, bez odobrenja napušta stan i nalog okrivljenog da stan napušta samo uz odobrenje određenih lica (čl. 168. st. 2. ZKP), što je bio osnov za širu slobodnu ocenu suda i fleksibilnost u pogledu sadržine mere. Doktrina je naglašavala da je značajan novitet u zakonodavstvu bilo pravilo po kojem se mera mogla dodatno osnažiti jemstvom (čl. 169 st. 2 ZKP), jer direktna povezanost sa jemstvom omogućava veću efikasnost obe mere.³⁸ Jemstvo se moglo odrediti i kao mera koja *obezbeđuje poštovanje ograničenja* u okviru „zabrane napuštanja određenog mesta i druga ograničenja“ iz čl. 168. st. 1. do 3. ZKP.

Pravna doktrina tumačila je da se mera odnosila na „stan u kome okrivljeni *faktički boravi*, tj. *živi, bez obzira da li je on vlasnik stana*, ili samo držalac kao

³⁵ Ustavni sud nalazi da činjenica da je okrivljeni kome se stavljalo na teret krivično delo izazivanje panike i nereda „na svom *facebook* profilu, na kojem ima svega 614 pratilaca“, objavio komentar (koji je po sadržini upozorenje da se tokom večeri u vreme objavljivanja ne pije voda, jer je „prosut neki plin“ sa „kancerogenim“ elementima, što važi za Beograd) koji je njegova majka čula na pijaci, ne predstavlja takav nivo uznemirenja javnosti koji bi opravdao lišenje slobode u navedenom trajanju“. Ceni se da uprkos tome što je nesporno da je društvena mreža *facebook* „dostupna velikom broju ljudi“, nisu navedeni „dovoljni razlozi koji bi doveli do sumnje da je *konkretan komentar bio pročitao od većeg broja ljudi od broja njegovih pratilaca, izazivajući kod njih paniku*“. V. Odluka Ustavnog suda broj UŽ -11708/2018 od 1. oktobra 2020. godine, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 20.09.2021.

³⁶ Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 46/06.

³⁷ Radilo se sledećim merama: zabrana posećivanja određenih mesta, zabrana sastajanja sa određenim licima, povremeno javljanje državnom organu, privremeno oduzimanje putne isprave, privremeno oduzimanje vozačke dozvole i privremena zabrana upravljanjem motornim vozilom.

³⁸ Vanja Bajović, op.cit., 219.

zakupac, odnosno da li je sopstvenik stana neko njemu blisko lice itd.³⁹ Ukazuje se na rizik potencijalne nesaglasnosti stavova teorije i sudske prakse, koja restriktivno tumači pojam stana („stan u kojem okrivljeni ima prebivalište“) i time sužava primenu mere i vodi nejednakosti pred sudom. „Nejednak odnos prema okrivljenima koji bi se suštinski svodio na materijalno stanje okrivljenog“, praktično znači da bi se „prema siromašnom okrivljenom koji nije vlasnik stana primenio pritvor“.40 Škulić objašnjava da je „neophodno da se radi o stanu u kome okrivljeni zaista živi“, a da pojam stana obuhvata „kako klasične stambene jedinice, kao što su kuće, stanovi u zgradama, tako i građevine koje su inače predviđene da budu vikendice, ali da okrivljeni u takvom objektu zaista živi“, da to čak i mogu biti i splavovi u kojima se živi i sl.⁴¹ Meru je mogao da odredi predsednik veća.

Izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. godine, od septembra 2009. godine,⁴² uvodi se istovremeno u naše zakonodavstvo zabrana napuštanja stana, putem proširivanja mere zabrane napuštanja boravišta ovom merom, i „kućni zatvor“, kao način izvršenja kazne zatvora. Mera „zabrana napuštanja stana ili mesta boravišta“ mogla se odrediti takođe ako su postojale okolnosti koje ukazuju da *bi* okrivljeni „mogao pobeći, sakriti se, otići u nepoznato mesto ili inostranstvo“.43 Uz meru zabrane napuštanja stana kao i meru zabrana napuštanja mesta boravišta, formulisane u istom članu, koje su se međusobno isključivale, mogle su da se odrede dodatne/adhezione mere.⁴⁴ Posle podignute optužnice nadležan za određivanje mere bio je predsednik veća ili veće.⁴⁵ Dalje trajanje ispitivalo se

³⁹ M. Škulić (2007), op.cit., 560.

⁴⁰ Veljko Delibašić, „Zabrana napuštanja stana (kućni pritvor)“, *Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena* (ur. Stanko Bejatović), Misija OEBS – a u Srbiji, Beograd, 2019, 322.

⁴¹ M. Škulić (2007), op.cit., 560.

⁴² Zakon o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku od septembra 2009. godine, *Službeni glasnik RS* 72/2009 – 36.

⁴³ Na blaži karakter mere (*apstraktna opasnost od bekstva*) u odnosu na pritvor (*konkretna opasnost od bekstva*) ukazuje da je razlog (osnov) za određivanje pritvora bio postojanje okolnosti koje ukazuju da se okrivljeni krije ili da se ne može utvrditi njegova istovetnost, ili da postoje druge okolnosti koje ukazuju na opasnost od bekstva (čl. 142 st. 1 tač. 1 ZKP, *Službeni list SRJ*, br. 70/2001 i 68/2002 i *Službeni glasnik RS*, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – dr. zakon, 49/2007, 20/2009 – dr. zakon, 72/2009).

⁴⁴ Ove mere su obuhvatale meru zabrane posećivanja određenih mesta ili sastajanje sa određenim licima, ili prilaženje određenim licima, povremeno javljanje nadležnom državnom organu, privremeno oduzimanje putne isprave ili vozačke dozvole.

⁴⁵ Smatramo da je opravdana odluka zakonodavca da nadležnost poveri veću (vanpretresnom ili pretresnom) nakon podizanja optužnice, prema važećem zakonskom rešenju (čl. 209 st. 2 ZKP).

na svaka dva meseca. Ciljevi sistema ovih zakonskih mera svode se na: 1. određivanje umesto „ranijeg, *potpuno neefikasnog obećanja okrivljenog da neće napustiti boravište*“; 2. *izbegavanje određivanja pritvora*.⁴⁶

U pogledu *važecog rešenja o određivanju mere zabrane napuštanja stana*, sudska praksa shodno primenjuje pravila o sadržini rešenja o određivanju pritvora (čl. 213. st. 2. ZKP) i pravila o meri zabrane napuštanja stana (čl. 208, čl. 209 st. 3 i 4 ZKP). Izreka rešenja sadrži: 1. *lične podatke okrivljenog*; 2. *zabranu napuštanja stana* kojom se zabranjuje okrivljenom da bez odobrenja napusti stan u kojem boravi (uz precizno označenje adrese), što se u praksi rigorozno tumači tako da se traži posebno odobrenje u formi naredbe radi obavljanja neodložnih poslova, odlaska kod lekara i sl., ali i kada okrivljeni mora da se odazove na sudski poziv;⁴⁷ 3. *eventualna dodatna uskraćivanja određenih prava* okrivljenog u vezi boravka u stanu – zabrana korišćenja telefona i interneta, ili primanja drugih lica u stan (*uslovi boravka u stanu*);⁴⁸ 4. označenje da se mera *primenjuje bez ili sa elektronskim nadzorom* koji dodatno obezbeđuje sprovođenje mere jer podrazumeva korišćenje uređaja za elektronsko praćenje i lociranje okrivljenog; 5. pouka okrivljenom u kojim slučajevima ima pravo da privremeno *napusti stan bez odobrenja suda* (neophodnost hitne medicinske intervencije u odnosu na okrivljenog ili lice sa kojim živi u stanu, izbegavanja ili sprečavanja ozbiljne opasnosti po život ili zdravlje ljudi, odnosno imovine većeg obima, što okrivljeni mora da dokaže);⁴⁹ 6. dužnost okrivljenog da

Pružna veću zaštitnu garanciju položaja okrivljenog u krivičnom postupku, jer je zabrana napuštanja stana mera preventivnog lišenja slobode. Saglasno je stavovima o trajanju ove mere u praksi Ustavnog suda Republike Srbije, Evropskog suda za ljudska prava i Vrhovnog kasacionog suda.

⁴⁶ T. Vasiljević, M. Grubač, op.cit., 309.

⁴⁷ A. Trešnjev, op. cit., 369. Izmenama Zakona o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera od 2018. godine izričito je uređeno napuštanje prostorija u kojima osuđeni stanuje, kada je u pitanju kućni zatvor u pogledu dobijanja sudskog poziva ili poziva drugog državnog organa (čl. 23 st. 6 ZVSM). Osuđeni tada *može da napusti* prostorije u kojima stanuje, a Poverenik tada poziv dostavlja Povereničkoj službi. U listi praćenja kao i u posebnom dosijeu u elektronskoj formi koji se vodi u Povereničkoj službi, evidentira se vreme koje je osuđeni proveo van prostorija u kojima stanuje.

⁴⁸ Predlaže se da bi osim ovih zabrana, u obzir mogle doći i „zabrana prijema pošte ili pošiljki u stanu bez nadzora suda ili zabrana konzumiranja alkoholnih pića ili narkotika za vreme trajanja ove mere“. G. P. Ilić *et al.*, op.cit., 552.

⁴⁹ Određivanje zabrane napuštanja stana uzrokuje procesne i faktičke posledice da okrivljenom *sud može da odobri da napusti stan* i da *okrivljeni ima pravo da napusti stan* (kada mu nije potrebno formalno odobrenje suda) u taksativno navedenim, limitativnim slučajevima, ali da je istovremeno dužan da bez odlaganja *obavesti poverenika o napuštanju stana, razlogu i mestu na kojem se trenutno nalazi*.

o napuštanju stana, razlogu i mestu na kojem se trenutno nalazi, bez odlaganja obavesti poverenika iz organa uprave nadležnog za izvršenje krivičnih sankcija; 7. trajanje i kontrolu mere (mogućnost trajanja dok za to postoji potreba, a najduže do pravnosnažnosti presude, odnosno do upućivanja okrivljenog na izdržavanje krivične sankcije, koja se sastoji o lišenju slobode, uz označenje da će sud svaka tri meseca ispitati opravdanost daljeg trajanja mere); 8. upozorenje da se protiv okrivljenog može odrediti pritvor ukoliko prekrši izrečenu meru zabrane.

Obrazloženje rešenja treba da sadrži okolnosti iz kojih proizlazi osnovana sumnja da je okrivljeni izvršio krivično delo koje mu se stavlja na teret i okolnosti koje opravdavaju meru (ukazivanje na razloge za određivanje mere zabrane napuštanja stana), što je neophodna garancija da „niko ne bude lišen slobode na arbitran/proizvoljan način“.⁵⁰

Funkcionalna nadležnost za odlučivanje o meri (donošenje rešenja o određivanju, produženju ili ukidanje mere) zavisi od faze postupka. U toku istrage obrazloženo rešenje donosi sudija za prethodni postupak na predlog javnog tužioca, a posle podizanja optužnice veće (vanpretresno/pretresno veće) na predlog javnog tužioca ili po službenoj dužnosti. Iako ZKP ne reguliše sadržaj predloga javnog tužioca, u praksi su predlozi za određivanje mere u istrazi obrazloženi (kao i predlozi za određivanje pritvora) i sadrže označenje krivičnog dela koje se okrivljenom stavlja na teret, predlog za određivanje mere i zakonski razlog/zakonske razloge, koji se obrazlažu navođenjem dokaza i podataka, pri čemu se dostavljaju javnotužilački spisi predmeta radi ocene postojanja osnovane sumnje i zakonskih razloga za određivanje mere. Ukoliko javni tužilac nije predložio meru, sud je dužan da, ako se postupak vodi za krivična dela koja se gone po službenoj dužnosti, pre donošenja odluke zatraži mišljenje javnog tužioca, koje se ceni pre odlučivanja, što se navodi u rešenju kojim se odlučuje o meri.

⁵⁰ Tako se na primer okrivljenom, kome se na teret stavlja da je izvršio produženo krivično delo prevare u saizvršilaštvu u turističkim agencijama, određivanje mere opravdava okolnostima da je okrivljeni direktor i vlasnik privrednih društava koja su i dalje aktivna, da iz spisa predmeta proizlazi da iako je privredno društvo okrivljenog upalo u blokadu, on nastavlja svoje poslovanje i ugovara turističke aranžmane, da nakon saznanja za blokadu stiže vlasništvo nad drugim privrednim društvom i menja mu naziv u turističku agenciju sličnog naziva kao i prvo, koje posluje na istoj adresi kao prvo, da ugovara turističke aranžmane, a da nije moglo da ispuni sve obaveze prema klijentima, da je okrivljeni stručno lice (po struci knjigovođa, direktor i vlasnik knjigovodstvene agencije), prirodu i delatnost privrednih društava (uslužno – trgovinsku), brojnost klijenata u toj vrsti delatnosti, da je u toku turistička sezona. Nalazi se da postoje okolnosti koje u određenoj meru ukazuju da će okrivljeni, u slučaju boravka na slobodi ponoviti krivično delo u kratkom vremenskom periodu. Iz rešenja Prvog osnovnog suda u Beogradu K broj 626/16 – Kv broj 1006/16 od 3.6.2016. godine, neposredan uvid u Prvom osnovnom sudu u Beogradu.

Nesporan je višestruk značaj mere zabrane napuštanja stana, pre svega razlozi ekonomičnosti, srazmernog zadiranja u osnovna prava pojedinca, uračunavanje mere u zatvorsku kaznu (čime se smanjuje vreme provedeno u zatvorskim uslovima i njegovi potencijalni negativni efekti), razlozi zaštite javnog zdravlja, potpunije ostvarivanje elemenata prava na pravično suđenje. Mera zabrane napuštanja stana može se pokazati kao opravdana i efikasna zamena za pritvor kada su okrivljeni lica sa invaliditetom, bolesna i stara lica, trudnice, u slučajevima kada je izvršenje pritvora potencijalno teško zbog posebnih okolnosti (što ne podrazumeva isključivo određivanje mere kao „milost zbog zdravstvenog odnosno fizičkog stanja okrivljenog“), kada se okrivljenom na teret stavljaju „nenasilni zločini“, kada je reč o kategoriji „neopasnih okrivljenih“.⁵¹

Praksa opominje da se „izuzetno, sveobuhvatno, pažljivo i oprezno mora voditi računa kada se pritvor zamenjuje merom zabrane napuštanja stana, da se brižljivo razmotri stanje u spisima predmeta i okolnosti zbog mogućnosti opasnosti koje su se realizovale u praksi skidanja odašiljača i bekstva, odugovlačenje trajanja postupka“.⁵² Bekstvo dodatno generiše opasnost od vršenja krivičnih dela, zbog čega je neophodna naročita obazrivost prilikom ocene okolnosti koje se odnose na okrivljenog (ranija osuđivanost, prekršajna kažnjavanost, ponašanje okrivljenog tokom postupka, da li postoji relevantan stepen sumnje da je okrivljeni pripadnik organizovane kriminalne grupe ili u vezi sa kriminalnim organizacijama), prirode dela i okolnosti dela da bi se ispravno procenilo u konkretnom slučaju da li je pritvor nužan i neophodan ili se ista svrha može ostvariti kućnim pritvorom.

TRAJANJE MERE ZABRANE NAPUŠTANJA STANA

Zakonik o krivičnom postupku izričito definiše da se pod pojmom „lišenje slobode“ podrazumeva i zabrana napuštanja stana. Predviđa iste određene razloge za određivanje pritvora i zabrane napuštanja stana, obaveznu odbranu od trenutka lišenja slobode i istu nadležnost za odlučivanje (sudija za prethodni postupak ili veće, u zavisnosti od faze postupka), ali ne ograničava trajanje mere zabrane napuštanja stana u istrazi (fazi preduzimanja dokaznih radnji pre podnošenja optužnog

⁵¹ Dominik Žugaj, „Elektronički nadzor i mjera istražnog zatvora u domu: Budućnost osiguranja prisutnosti okrivljenika u kaznenom postupku“, *Pravnik : časopis za pravna i društvena pitanja*, Vol.53, No.105, Zagreb, 2019, 82, 91.

⁵² Mladen Nenadić, Milica Vujanić – Đorđević, „Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnim postupcima organizovanog kriminala“, *Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena)* (ur. Stanko Bejatović), Misija OEBS – a u Srbiji, Beograd 2019, 248.

predloga u skraćenom postupku), niti upućuje da se, ako nije drugačije regulisano, primenjuju pravila koja se odnose na pritvor, zbog čega su u sudskoj praksi često bile dileme o primeni ograničenja koja se odnose na maksimalno trajanje pritvora u istrazi i pre podnošenja optužnog predloga. Ocenjujući opravdanost običnog pritvora i kućnog pritvora, Evropski sud za ljudska prava primenjuje iste kriterijume.

Ustavni sud u više odluka tumači trajanje pritvora (čl. 31 Ustava Republike Srbije⁵³), pozivajući se na presude ESLJP: 1. na trajanje mere zabrane napuštanja stana primenjuje se čl. 31 Ustava RS, te se trajanje mere svodi na „*najkraće neophodno vreme*“ s obzirom na *razloge* njenog određivanja, pri čemu u istrazi može da traje najduže tri meseca, a viši sud je nadležan da je prema pravilima ZKP – a produži na još tri meseca; 2. trajanje mere zabrane napuštanja stana ceni se „*zajedno sa trajanjem mere pritvora kao ukupnog perioda lišenja slobode*“, pa dužina ukupnog trajanja lišenja slobode neće da dovede do povrede prava na ograničeno trajanje pritvora; 3. sudovi su dužni da navedu *relevantne i dovoljne razloge* kojima opravdavaju trajanje mere; 4. osnovanost daljeg zadržavanja okrivljenog u kućnom pritvoru se „*pažljivo i svestrano razmatra*“; 5. sudovi su dužni da „*pokazuju posebnu hitnost u vođenju postupka*“;⁵⁴ Istraživanjem sudske prakse Ustavnog suda, uočavaju se slučajevi da sudovi po „*automatizmu*“ u rešenjima kojima se mera produžava ponavljaju (prepisuju) razloge iz rešenja o određivanju pritvora koji je bio osnov za lišenje slobode i tokom postupka zamenjen merom zabrane napuštanja stana ili iz rešenja o određivanju mere zabrane napuštanja stana. Ukazuje se da je neophodno, naročito u slučajevima u kojima se mera zabrane napuštanja stana više puta produžava, da sud navede konkretne okolnosti na kojima zasniva svoju odluku i da na „*zadovoljavajući način*“ objasni zbog čega je lišenje slobode i dalje neophodno.⁵⁵

Vrhovni kasacioni sud usvajao je zahteve za zaštitu zakonitosti podnete zbog povrede zakona na štetu okrivljenog u kojima je isticana povreda pravila o trajanju pritvora u istrazi (čl. 215 ZKP) i oblicima lišenja slobode (čl. 2 st. 1 tač. 23 ZKP), jer je mera zabrane napuštanja stana trajala u istrazi duže od šest meseci, a da optužni akt protiv okrivljenog nije bio podnet. Nalazi se da su pritvor i lišenje slobode u kućnim uslovima „*mere kojima se postiže isti cilj*“. Istraživanjem sudske prakse Vrhovnog kasacionog suda zapaža se da se u pojedinim zahtevima branilac okrivljenog

⁵³ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

⁵⁴ Odluka Ustavnog suda UŽ-11708/2018 od 1. 10. 2020. godine, Odluka Ustavnog suda УЖ-9137/2014 od 21. decembra 2017. godine, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 20.09.2021.

⁵⁵ Odluka Ustavnog suda UŽ 3131/2014 od 26. aprila 2018. godine, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 20.09.2021.

pozivao na povredu krivičnog zakona *primena zakona* koji se ne može primeniti u pogledu krivičnog dela koje je predmet optužbe (čl. 439 st. 1 tač. 2 ZKP). Razlog u zahtevu kontradiktoran je konkretnim pravilima na koji se poziva (pravilima koja uređuju krivični postupak) i može se dovesti u pitanje s obzirom da se navedeni žalbeni osnov odnosi na primenu materijalnog krivičnog zakona,⁵⁶ kao i stavu sudske prakse o dozvoljenim ograničenjima povrede zakona na štetu okrivljenog kada je reč o povredama procesnog zakona (određene bitne povrede odredaba krivičnog postupka).⁵⁷ U pojedinim primerima nalazi se da je osnovan zahtev za zaštitu zakonitosti (o zahtevu za zaštitu zakonitosti se meritorno odlučuje) jer je „primenjen zakon koji se ne može primeniti odnosno nije primenjena odredba čl. 215. ZKP“⁵⁸

⁵⁶ Povrede krivičnog zakona „odnose se na greške u odnosu na materijalne krivičnopravne odredbe sadržane u Krivičnom zakoniku“ i „povrede drugih krivičnih zakona, odnosno zakonskih odredaba koje imaju krivičnopravni karakter“. V. M. Škulić (2020), op.cit., 426.

⁵⁷ Interesantno je zapažanje da se Vrhovni kasacioni sud isključivo poziva na svoju sudsku praksu (pravni stav zauzet u precizno označenim odlukama Vrhovnog kasacionog suda), zatim da nalazi da je: 1. povređen zakon na štetu okrivljenog; 2. pitanje od značaja za pravilnu i ujednačenu primenu prava. Takođe, Vrhovni kasacioni sud nalazi da je povređen zakon na štetu okrivljenog (načelan razlog za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti). Videti presudu Vrhovnog kasacionog suda Kzz 205/2021 od 11.3.2021. godine, <https://www.vk.sud.rs>, 20.09.2021. U ovom predmetu Vrhovni kasacioni sud ne zalazi u detaljniju analizu povrede zakona, bez obzira što sudska praksa zahteva označenje u zahtevu za zaštitu zakonitosti i konkretne povrede zakona i što okrivljeni prema sudskoj praksi Vrhovnog kasacionog suda može da izjavi zahtev samo u pogledu određenih povreda zakona što obuhvata povredu pravila o obaveznoj odbrani, određene apsolutno bitne povrede odredaba krivičnog postupka i zasnivanje presude na nezakonitom dokazu (čl. 438 st. 2 tač. 1 ZKP). O dozvoljenim razlozima za okrivljenog da podnese zahtev za zaštitu zakonitosti zbog povrede zakona prema sudskoj praksi videti presudu Vrhovnog kasacionog suda Kzz 867/2017 od 6.9.2017. godine, <https://www.vk.sud.rs>, 20.09.2021. U pravnoj teoriji ukazivalo se i na drugačije moguće tumačenje ograničenja za okrivljenog da izjavi zahtev za zaštitu zakonitosti u pogledu određenih povreda zakona, različito od prethodno pomenute sudske prakse Vrhovnog kasacionog suda. Zapažanje dela doktrine polazi od jezičkog tumačenja odredbe čl. 485 st. 3 ZKP, da ne postoji prepreka da u slučaju ostalih povreda zakona branilac okrivljenog izjavi zahtev za zaštitu zakonitosti mimo roka za izjavljivanje i korišćenje redovnog pravnog leka. V. Milan Škulić, „Krivičnoprocesno zakonodavstvo Republike Srbije – normativni aspekt adekvatnosti ili neadekvatnosti državne reakcije na kriminalitet“, *Suđenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, LV redovno godišnje savetovanje Udruženja, Zlatibor – Beograd 2016, 66 – 67.

⁵⁸ V. presudu Vrhovnog kasacionog suda Kzz 930/2017 od 26.09.2017. godine, <https://www.vk.sud.rs>, 20.09.2021. Interesantno je da se u izreci pomenute presude usvaja zahtev za zaštitu zakonitosti (branioca jednog od okrivljenih i po službenoj dužnosti u odnosu na tri (sa)okrivljena) i utvrđuje povreda zakona na štetu okrivljenih – čl. 443. tač. 2., jer bi ukidanje predmetnih rešenja bilo bespredmetno. Naime, okrivljenima je bila ukinuta mera zabrane napuštanja stana uz primenu elektronskog nadzora i određena mera zabrane napuštanja boravišta.

(norma procesnog zakona koja uređuje trajanje pritvora u istrazi) i tumači se da je „u širem smislu reči učinjena povreda iz čl. 439. tač. 2. ZKP, jer nije primenjen zakon koji se morao primeniti“.⁵⁹

Određivanje mere zabrane napuštanja stana zahteva, s obzirom da je zabrana napuštanja stana lišenje slobode koja se po svojoj suštini izjednačava sa pritvorom, da se detaljno obrazlože razlozi i da se poštuje postupak lišenja slobode (čl. 27 st. 1 Ustava), da se trajanje svede na *najkraće neophodno vreme* s obzirom na *razloge* određivanja mere, da sud posle podizanja optužnice *trajanje mere* svede na *najkraće neophodno vreme*, da se okrivljeni pusti da se brani sa slobode čim prestanu razlozi zbog kojih je mera određena (čl. 31 URS),⁶⁰ da se postupa po osnovnim pravilima za određivanje pritvora (čl. 210 st. 2 i 3 ZKP), ne primenjuje teža mera ako se svrha može ostvariti blažom merom, a da se mera zabrane napuštanja stana ukida i po službenoj dužnosti kad prestanu razlozi zbog kojih je određena odnosno da se zamenjuje blažom merom kada za to nastupe uslovi (čl. 189 st. 1 i 3 ZKP). Pravilno postupanje zahteva da sud brižljivo razmotri od kada je okrivljeni lišen slobode (trajanje lišenja slobode po osnovu zabrane napuštanja stana i/ili ranijeg pritvora), fazu postupka, da li se mera uspešno sprovodila, te da li je protekom vremena došlo do „*slabljenja intenziteta okolnosti* koje su bile razlog za određivanje mere“, kao i iz kojih okolnosti to proizilazi.⁶¹ Analizom prakse se izvodi zaključak da branilac i okrivljeni ne predlažu ukidanje mere ili zamenu mere, između ostalog „jer se vreme provedeno na izdržavanju ove mere“ uračunava u izrečenu kaznu zatvora.⁶² Nalazi se da je ova praksa naročito opravdana u slučajevima kada je posebni

⁵⁹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz OK 33/2018 od 27.12.2018. godine, <https://www.vk.sud.rs>, 20.09.2021.

⁶⁰ Na temelju norme Ustava, pravilna izreka rešenja kojom se ukida mera zabrane napuštanja stana (bez obzira da li se menja blažom merom) treba da sadrži zahtev da se „okrivljeni ima pustiti na slobodu“.

⁶¹ U sudskoj praksi pronalazi se primer u kojem se ceni da je imajući u vidu period lišenja slobode „okrivljeni bio onemogućen da obavlja poslovno-uslužne trgovinske delatnosti, te uticaja na tržište i delovanja na isto“, što je dovelo do slabljenja intenziteta okolnosti u svojoj međusobnoj zavisnosti koje su bile razlog za određivanje mere i to u toj meri da ne postoji više konkretna opasnost da će okrivljeni boravkom na slobodi ponoviti krivično delo u kratkom vremenskom periodu. Po oceni veća, a pri činjenici da je okrivljeni neosuđivano lice, da ima uredno prijavljeno prebivalište na adresi gde stanuje, te fazu krivičnog postupka, dalje trajanje mere zabrane napuštanja stana sa elektronskim nadzorom po ovom zakonskom osnovu ne pokazuje se kao neophodno i nužno za obezbeđenje prisustva okrivljenog i nesmetano vođenje krivičnog postupka. Iz rešenja Prvog osnovnog suda u Beogradu K broj 1714/16 – Kv broj 1667/16 od 17.10.2016. godine, neposredan uvid u Prvom osnovnom sudu u Beogradu.

⁶² V. Delibašić (2019), op.cit., 320.

minimum viši od godinu dana zatvora i nema mogućnosti da se kazna ublaži.⁶³ Radi izbegavanja da ova mera postane parasankcija u vezi sa uračunavanjem trajanja mere u kaznu zatvora, sugerise se da su poželjne zakonske izmene u pogledu trajanja ove mere (maksimalno tri godine, kao što je u Engleskoj).⁶⁴

O PROBLEMIMA U IZVRŠENJU MERE ZABRANE NAPUŠTANJA STANA

Potpuno i precizno određenje pojma „stana“ i „prostorija u kojima osuđeni stanuje“ u saglasnosti sa tumačenjem pravne teorije, dato je u Pravilniku o načinu izvršenja vanzavodskih sankcija i mera i organizaciji i radu Poverenika⁶⁵ – „kuća ili stan u kojima okrivljeni ima prebivalište, odnosno boravište, bez obzira da li je vlasnik te kuće ili stana“ u kojima postoje tehničke mogućnosti za izvršenje (čl. 5 Pravilnika). Navedeni su uslovi za izvršenje mere u slučaju da okrivljeni nije vlasnik kuće/stana: 1. pismena saglasnosti vlasnika kuće/stana za izvršenje mere; 2. obaveznost overe ove saglasnosti kod nadležnog organa. Ovo je pre svega praktično važno prilikom odlučivanja da li će se odrediti mera. Problemi odnosno potencijalni problemi u izvršenju utiču na opredeljenje suda za koju će se meru za obezbeđenje prisustva okrivljenog i nesmetano vođenje krivičnog postupka opredeliti i smatrati je najprikladnijom.

Kontrolu poštovanja mere zabrane napuštanja stana („kućni pritvor“ ZVSM) vrši Poverenička služba, putem Poverenika (čl. 17 st. 1 ZVSM). U okviru Povereničke službe (*organizzazione jedinice nadležne za alternativne sankcije* Uprave za izvršenje krivičnih sankcija) obrazuju se povereničke kancelarije nadležne za područje teritorijalne nadležnosti jednog/više viših sudova (čl. 3 st. 2 ZVSM). Poverenička služba funkcioniše u okviru Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, odakle stručno lice upravlja uređajem kojim se daljinski prati kretanje i položaj okrivljenog u prostoru gde se mera sprovodi (prijemnik). Uređaj za lociranje – odašiljač postavlja stručno lice na zglob ruke ili noge okrivljenog, odnosno na drugi način ga pričvršćuje (čl. 190 st. 2 ZKP) u cilju izvršenja prethodno određenog elektronskog nadzora kojim se efikasnije kontroliše poštovanje mere. Stručno lice dužno je da saopšti okrivljenom detaljna uputstva u pogledu načina rada uređaja, što je naročito bitno, jer „reagovanje“ uređaja ima uticaj na dalje trajanje mere. U literaturi se izdvaja zaključak da je jedan od razloga za ređu primenu mere u praksi tehničke prirode

⁶³ P. Cvetković (2016), op.cit., 98.

⁶⁴ A. Spasojević, op.cit., 24.

⁶⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 30 od 27. marta 2015.

i u vezi sa uštedom vremena – briga da „proces ispitivanja teničkih uslova“ za primenu mere ne utiče na hitnost postupka.⁶⁶ Zakonik o krivičnom postupku takođe pruža mogućnost da se mera odredi bez elektronskog nadzora. U ovom slučaju, proveru vrši lično poverenik putem telefonskih poziva, najavljenih ili nenajavljenih poseta. Rešenje kojim se mera određuje/produžava obavezno sadrži naznaku da li se mera sprovodi sa ili bez elektronskog nadzora (čl. 17 st. 2 ZVSM). O svakom kršenju mere Poverenik izveštava bez odlaganja sud, policiju i Povereničku službu.

Istraživanje rada povereničke prakse tokom 2017. godine i 2018. godine ukazalo je na osnovne nedostatke u izvršenju mere kućnog pritvora sa elektronskim nadzorom *u pogledu tehničke opreme i sredstava za rad*: 1. nedovoljan broj uređaja za lociranje i kontrolu kretanja okrivljenog; 2. potreba za unapređenjem tehničke opreme; 3. nedovoljan broj službenih vozila kojima su zadužene povereničke kancelarije; 4. učestalost uništenja ili oštećenja tehničkih uređaja od strane okrivljenih; 5. učestali problemi u izvršenju kod okrivljenih koji su kriminološki i penološki povratnici i zavisnici od upotreba droga i alkohola; 6. nerazvijena „preventivna kultura okrivljenih“.⁶⁷ U cilju sprečavanja zloupotreba uređaja zakonskim izmenama i dopunama ZVSM iz 2018. godine regulisano je da postoji dužnost lica prema kojem se sprovodi izvršenje mere da nadoknadi štetu Upravi za izvršenje krivičnih sankcija „za oštećenje ili uništenje uređaja za lociranje koje prouzrokuje namerno ili krajnjom nepažnjom“ (čl. 7 st. 3). Odsustvo detaljnijeg zakonskog regulisanja mere zabrane napuštanja stana bez elektronskog nadzora može da ima za posledicu neefikasan nadzor i problem u pogledu uračunavanja lišenja slobode u kaznu zatvora.⁶⁸

Boravak i kretanje na svežem vazduhu jedno je od pravnih i praktičnih pitanja koje je bilo aktuelno u sudskoj praksi do izmena i dopuna ZVSM od 2018. godine. Zakonik o krivičnom postupku izričito reguliše da postoji dužnost nadležnih organa da obezbede kretanje pritvorenicima na slobodnom vazduhu u trajanju od

⁶⁶ Višnja Randelović, „Problemi u primeni mere zabrane napuštanja stana“, *Reformski procesi i poglavlje 23 (godina dana posle) – krivičnopravni aspekt*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, LVII redovno godišnje savetovanje Udruženja, Zlatibor – Beograd, 2017, 573 – 574.

⁶⁷ Autorka je istraživanje sprovedla kao viši sudijski saradnik u vanpretresnom veću Prvog osnovnog suda u Beogradu sprovođenjem intervjua sa poverenikom, analizom dopisa poverenika dostavljenih ovom sudu i istraživanjem sudske prakse ovoga suda.

⁶⁸ U slučaju da nije određena mera sa elektronskim nadzorom, nadzor nad licem se vrši licno od strane poverenika, dolaskom u iznenadne kućne posete i stalnim telefonskim kontaktom sa licima pod merom. O tome: P. Cvetković (2016), op.cit., 41. Istraživanje ukazuje da je s obzirom na opis poslova i organizaciju povereničke službe, nemoguće obezbediti dvadeset četvoročasovnu kontrolu da li je lice zaista u svom stanu ili krši meru ukoliko nema elektronskog nadzora. V. A. Spasojević, op.cit., 25.

najmanje dva časa dnevno (čl. 218 st. 2 ZKP), kao i da je zabrana napuštanja stana oblik lišenja slobode, a nijednom zakonskom odredbom ne upućuje na shodnu primenu pravila ZKP o pritvorenima.

Različita su gledišta u sudskoj praksi. Izuzetno je restriktivno tumačenje (opšte/nefleksibilno tumačenje koje ne zalazi u probleme izvršenja mere i prava lica lišena slobode) Vrhovnog kasacionog suda izraženo u pravnom stavu: „Okrivljenom kome je izrečena mera zabrane napuštanja stana *ne može se odlukom suda dozvoliti svakodnevno napuštanje stana* radi boravka u određenom vremenu na svežem vazduhu u toku trajanja ove mere“, s obzirom na odsustvo zakonske regulative da sud o tome odlučuje, kao i činjenicu da su odredbom čl. 208 ZKP „taksativno pobrojane situacije kada okrivljeni može izuzetno a bez odobrenja suda napustiti stan“. ⁶⁹ Iako je mera zbog načina i uslova izvršenja blaža mera od pritvora i faktički omogućava okrivljenom da npr. izlazi na terasu/u dvorište (ako ima terasu/dvorište), redovno vertrenje prostorija, ovaj pravni stav osporiv je sa aspekta izvršenja, davanja sudskog odobrenja okrivljenom da napušta stan u slučajevima koji nisu taksativno navedeni, ostvarivanje osnovnih životnih i zdravstvenih potreba (pre svega snadbjevanje osnovnim namirnicama, lekovima). Stavom su suštinski uvažene praktične poteškoće kontrolisanja svakodnevnih boravaka na vazduhu/šetnji okrivljenog. Suprotan stav zauzeli su viši sudovi – okrivljenom kome je izrečena mera zabrane napuštanja stana *može se omogućiti od strane suda kretanje najmanje dva sata dnevno na svežem vazduhu, isključivo uz nadzor poverenika*. ⁷⁰

Predlagane su zakonske izmene u cilju omogućavanja šetnji okrivljenog, upravo zbog konstatovanja pojave da su u pojedinim slučajevima okrivljeni provodili

⁶⁹ Stav krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda oko spornih pravnih pitanja u vezi kojih nije postignuta saglasnost predstavnika apelacionih sudova (Novi Sad – 31.3.2017. godine).

<https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Stavovi%20VKs%20iz%202017.pdf>, 18.08.2019. Ranije tumačenje odredbi čl. 208. st. 1. i 2. ZKP Apelacionog suda da je „u izuzetnim opravdanim situacijama moguće odobrenje za napuštanje stana, ali ne na taj način da se u suštini izmeni izrečena mera, tako da nije u skladu sa ovom zakonskom odredbom posebnim rešenjem dati saglasnost za napuštanje stana svakog dana u trajanju od dva časa radi šetnje i bavljenja sportom“, te da je eventualni boravak na vazduhu u nadležnosti poverenika. V. Odgovori na pitanja nižestepениh sudova dati od strane sudija krivičnog odeljenja Apelacionog suda u Beogradu na sednici održanoj dana 2. marta 2015. godine, *Bilten Apelacionog suda u Beogradu* br. 8, Beograd, 2016, 184.

⁷⁰ Pitanje o kome su se izjašnjavali predstavnici viših sudova bilo je formulisano: „Da li je pravo okrivljenog kome je izrečena ova mera da mu bude omogućeno kretanje najmanje 2 sata dnevno na svežem vazduhu?“ V. *Odgovori na sporna pravna pitanja* u vezi kojih je zauzet zajednički stav na prvom sastanku predstavnika viših sudova sa teritorije nadležnosti Apelacionog suda u Beogradu, a sa kojima se Krivično odeljenje Apelacionog suda u Beogradu u načelu saglasilo. *Bilten Apelacionog suda u Beogradu*, br. 8, Beograd, 2016, 192.

u pritvoru i po dvadeset meseci a da ni jednom nisu izašli u šetnju.⁷¹ Na temelju kvalifikacije da je zabrana napuštanja stana lišenje slobode i pravila o tretmanu nad pritvorenima i *pravu* pritvorenika, kao i faktički neravnopravnog položaja okrivljenog koji žive u kući i stanu, pravna struka je tumačila „da bi postupajući sudija ili sudija zadužen za izvršenje krivičnih sankcija morali da izdaju dozvolu za dvočasovnu svakodnevnu šetnju“.⁷² Doktrina je nalazila da, polazeći od mogućnosti određivanja zabrana u okviru mere, koje određuju uslove za boravke u stanu, „život u stanu liči na pritvorske uslove, te da ima smisla da sud uzme u obzir odredbe o postupku sa pritvorenima kada ih određuje.“⁷³

Zakonskim izmenama i dopunama ZVSM iz 2018. godine uvodi se pravo okrivljenog na boravak van prostorija u kojima se primenjuje mera u trajanju od *najviše jedan čas dnevno* koje je ograničeno na vremenski period od 7 do 17 časova (čl. 17a). Regulisane su procesne posledice zloupotrebe ovog *prava*. Pravo se može oduzeti odlukom suda, na obrazloženi predlog Poverenika, ako se utvrdi njegova zloupotreba. Okrivljeni ima pravo da izjavi žalbu protiv sudske odluke o oduzimanju prava u roku od tri dana od dostavljanja. O žalbi odlučuje vanraspravno veće istog suda. Žalba ne zadržava izvršenje ove odluke. Očigledno je da je zakonodavac pokušao da pomiri pravnu prirodu mere zabrane napuštanja stana (oblik/vid/vrsta lišenja slobode) i blaži način izvršenja kućnog pritvora od običnog pritvora, ali se postavlja pitanje opravdanosti razlike u odnosu na postupanje sa pritvorenima, naročito u slučaju određivanja dodatnih zabrana u sadržinu mere koja se izvršava u stanu (a ne u kući) okrivljenog, pa se time upravo može dovesti u pitanje postojanje osnovne karakteristike ove mere – bolji uslovi izvršenja od uslova u pritvoru.

ZAKLJUČAK

Zabrana napuštanja stana iako ima korene u dalekoj prošlosti, relativno je novija mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka u našem zakonodavstvu. Prema težini blaža je od pritvora, a teža od ostalih mera, a prema svojoj suštini, stepenu, intenzitetu ograničenja, efektima i zakonskoj definiciji je lišenje slobode. Odlike mere proizlaze iz evolucije ideje o zabrani napuštanja stana i službenom nadzoru, te pokreta humanizma. Opšta svrha

⁷¹ Jugoslav Tintor, „Pritvor i drugi oblici lišenja slobode u svetlu prava na slobodu i bezbednost ličnosti“, *Alternativne krivične sankcije (regionalna krivična zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja)* (ur. S. Bejatović i I. Jovanović), Misija OEBS – a u Srbiji, Beograd, 2018, 271.

⁷² P. Cvetković (2016), op.cit., 95.

⁷³ V. Đurđić, op.cit., 379.

mere je da se zaštiti društvo ograničenjem osnovnih prava pojedinca, ali i da se istovremeno ostvare pozitivni efekti na ličnost okrivljenog i pravičan krivični postupak. Okrivljeni se zadržava u porodici, sprečava se veći intenzitet stigmatizacije, pružaju se garancije poštovanja pretpostavke nevinosti, sprečavaju se neprikladni i nedozvoljeni pritisci zatvorskih uslova na izjave okrivljenog, odricanja od prava i uopšte procesne radnje subjekata u funkciji odbrane. Obaveznom odbranom i faktičnim uslovima sprovođenja mere teži se da se pruži zaštita delotvornoj odbrani, pružanju dovoljnog vremena i mogućnosti za pripremu odbrane. Ovo dalje može da ima uticaja na kvalitet odbrane, dokaznu aktivnost odbrane (podnošenje dokaznih predloga, dostavljanje dokaza i izvođenje dokaza), što je naročito važno u procesnom ambijentu u kome se prihvataju elementi stranačkog postupka i pasivizira inicijativa suda u postupku. Time se ujedno doprinosi ravnoteži položaja stranaka u krivičnom postupku i traganju za istinom.

Upravo na temelju važnosti ove mere, ukazujemo na potrebu da se prilikom odlučivanja o meri i njenom trajanju ima na umu da je ova mera lišenje slobode, „direktnog zadiranja u prava na ličnu slobodu“ i da se na nju primenjuju međunarodnopravni i evropskopravni standardi i zahtevi u pogledu lišenja slobode, te shodno garancije odlučivanja o pritvoru i njegovom trajanju. Naročito je potrebno više pažnje usmeriti na procenu adekvatnosti ove mere u uslovima suočavanja sa pandemijom zarazne bolesti. S druge strane, olako određivanje mere umesto pritvora i nepravilna ili neadekvatna procena da je ova blaža mera dovoljna da bi se ostvarili ciljevi koji se postižu pritvorom, pretili da ima značajne negativne posledice kako u konkretnom krivičnom postupku, tako i u društvu otvarajući vrata vršenju krivičnih dela, bekstvu, uticaju na učesnike krivičnog postupka, narušavanju javnog reda i mira, pretnji po bezbednost i javno zdravlje i odugovlačenju krivičnog postupka. Kako bi se pravilno predvidelo buduće ponašanje okrivljenog (poštovanje mere) neophodna je procena svih okolnosti koje se odnose na ličnost okrivljenog, njegovo ponašanje u krivičnom postupku, raniju osuđivanost i prekršajnu kažnjavanost, sumnju u pogledu pripadnosti kriminalnim grupama. Ključno je iskoristiti potencijal fleksibilnosti i prilagodljivosti mere, odnosno mogućnosti njenog sadržinskog modifikovanja (odlučivanjem o eventualnim dodatnim ograničenjima, njihovom dodavanju tokom trajanja ili ukidanju) i dobro proceniti da li će nadzor nad okrivljenim biti dovoljna psihička prepreka da poštuje ograničenja koja su mu nametnuta.

Radi ostvarivanja svrha mere, *ratio legis* – a uvođenja mere i sveobuhvatnog njenog značaja, potrebno je slediti fleksibilnije mišljenje u pravnoj teoriji da se stan ima tumačiti kao stan u kojem okrivljeni *živi/faktički boravi*, što podrazumeva i nadovezuje se na prethodnu ocenu da li mesto stanovanja okrivljenog

pruža dovoljne garancije da se okrivljeni neće dati u bekstvo. Ova ocena nije kompromitovana širim tumačenjem, imajući u vidu zahteve iz podzakonskih pravnih pravila.

Primeri iz sudske prakse nam ukazuju da je neophodno izričito propisati trajanje zabrane napuštanja stana u istrazi/fazi dokaznih radnji pre podnošenja optužnog predloga ili izričito uputiti na određena pravila o trajanju pritvora u istrazi. Ovo naročito dobija na značaju, zbog: 1. stava u sudskoj praksi Vrhovnog kasacionog suda u pogledu *dozvoljenih ograničenja povreda zakona na štetu odbrane*; 2. ukazivanja u doktrini na *adekvatnost i razumnost* propisanih i tumačenih ograničenja prava na pristup sudu radi podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti. Tumačenje obima povreda zakona na koje je okrivljeni ovlašćen da se pozove prema sudskoj praksi zahtevalo bi da okrivljeni odnosno njihovi branioci podnesu inicijativu Republičkom javnom tužiocu ako smatraju da su povređena pravila o trajanju mere u istrazi i uopšte u vezi lišenja slobode.

Faktički problemi u sprovođenju mere (nedovoljan broj službenih lica i vozila, tehnički nedostaci uređaja, nedovoljan broj uređaja) zahtevaju što efikasnije otklanjanje, s obzirom da praksa upućuje da problemi u izvršenju mere imaju direktan uticaj na odlučivanje o meri. Smatramo da bi blažem karakteru mere više odgovaralo propisivanje boravka van prostorija u kojima se primenjuje mera u trajanju od najviše dva časa dnevno (kao kada je reč o pritvorenicima), čije bi se potencijalne zloupotrebe mogle sprečiti osim odvracajućim važećim pravilom o oduzimanju prava i dužnošću naknade štete u slučaju uništenja/oštećenja uređaja, izričitim zakonskim formulisanjem mogućnosti kombinovanja mere i sa drugim adhezionim ograničenjima, po ugledu na rešenja iz ranijih zakona. Time bi mera mogla dobiti širu sadržinu i pružiti veće mogućnosti individualizacije.

Dr. IVANA MILJUŠ
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

MEASURE PROHIBITION OF LEAVING A DWELLING IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

Prohibition of leaving a dwelling is a measure to secure the presence of the defendant and for unobstructed conduct of criminal proceedings. According to its essence, degree and intensity of restrictions for the defendant, as well as effects, it is a form of deprivation of liberty. It is a measure that

is applied in the social community and obliges the defendant to respect its limitations. In this paper, the author analyzes its legal nature, characteristics, purposes and significance. The author discusses the legal, procedural and practical consequences of the legal nature and basic features of the measure. The central issue is the influence of the nature and features of the measure on the decision on the measure, its duration and execution. Examples from case law indicate that it is necessary to explicitly prescribe the duration of the measure prohibition of leaving a dwelling during the investigation stage. Actual problems in the implementation of the measure (insufficient number of officials and vehicles, technical deficiencies of the devices, insufficient number of devices) require the most efficient elimination, since practice shows that problems in the implementation of the measure have a direct impact on deciding on the measure.

Key words: prohibition of leaving a dwelling, detention, deprivation of liberty, criminal proceedings, commissioner

Literatura

- Bajović V., „Electronic monitoring and house arrest in the criminal justice systems“, *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja – I deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007.
- Bejatović S. et al., *Priručnik za primenu zakonika o krivičnom postupku*, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
- Cvetković P., „Uloga kućnog pritvora i kućnog zatvora u prevenciji prizonizma“, *Crimen*, br. 1, Beograd, 2016.
- Cvetković P., „Mera zabrane napuštanja stana i njena (ne)primena u kontekstu opštih uslova za određivanje mera“, *Pravo – teorija i praksa*, broj 1–3, Novi Sad, 2016.
- Čejović B., Kulić M., *Krivično pravo*, Univerzitet Privredna akademija – Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad, 2014.
- Davis Bivens N., „Home Confinement and House Arrest“, *Encyclopedia of Community Corrections* (ed. Shannon M. Barton – Bellessa), Los Angeles – London – New Delhi – Singapore – Washington DC, 2012.
- Delibašić V., „Zabrana napuštanja stana (kućni pritvor)“, *Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku* (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena) (ur. Stanko Bejatović), Misija OEBS – a u Srbiji, Beograd 2019.
- Durđić V., *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2014.
- Fišer Z., Florjančić D., „Pritvor i pravni sistem Slovenije“, *Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku* (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena) (ur. Stanko Bejatović), Misija OEBS – a u Srbiji, Beograd 2019.
- Ilić G. P., et al., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Klein J. D., „The Pretrial Detention ‘Crisis’: The Causes and the Cure“, *Urban Law Annual, Journal of Urban and Contemporary Law*, Vol. 52, 1997.

- Knežević S., *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Pravni fakultet u Nišu, Drugo izdanje, Niš, 2019.
- Miljuš I., „Izazovi i rizici uvođenja video linka u krivični postupak“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, međunarodna naučna konferencija, Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović, tom 2, Beograd, 2020.
- Mrvić Petrović N., „Delotvornost elektronskog nadzora kao sastavnog dela alternativne krivične sankcije ili mere“, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Beograd, 2015.
- Nenadić M., Vujanić – Đorđević M., „Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnim postupcima organizovanog kriminala, Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena (ur. Stanko Bejatović), Misija OEBS – a u Srbiji, Beograd 2019.
- Randelović V., „Problemi u primeni mere zabrane napuštanja stana“, *Reformski procesi i poglavlje 23 (godina dana posle) – krivičnopravni aspekt, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, LVII redovno godišnje savetovanje Udruženja, Zlatibor – Beograd, 2017.*
- Spasojević A., *Izvršenje vanzavodskih sankcija i mera – Izveštaj o istraživanju*, Valjevo, 2021.
- Tintor J., „Pritvor i drugi oblici lišenja slobode u svetlu prava na slobodu i bezbednost ličnosti“, *Alternativne krivične sankcije (regionalna krivična zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja) (ur. S. Bejatović i Ivan Jovanović), Misija OEBS – a u Srbiji, Beograd, 2018.*
- Trušnjak A., *Mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka*, doktorska disertacija, odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Škulić M., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
- Škulić M., „Krivičnoprocesno zakonodavstvo Republike Srbije – normativni aspekt adekvatnosti ili neadekvatnosti državne reakcije na kriminalitet“, *Suđenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, LV redovno godišnje savetovanje Udruženja, Zlatibor – Beograd 2016.
- Škulić M., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Dvanaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2020.
- Škulić M., Miljuš I., „Učešće procesnih subjekata u krivičnom postupku putem tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka“, *Adekvatnost državne reakcije na kriminalitet i upotreba tehničkih sredstava u krivičnom postupku*, Dvanaesta međunarodna naučno-stručna konferencija, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu – Centar za edukaciju sudija i tužilaca Republike Srbije, Bijeljina, 2021.
- Vasiljević T., Grubač M., *Komentar zakonika o krivičnom postupku*, Dvanaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2011.

Vissing Y., „Humanitarianism“, *Encyclopedia of Community Corrections* (ed. Shannon M. Barton – Bellessa), Los Angeles – London – New Delhi – Singapore – Washington DC, 2012.

Žugaj D., „Elektronički nadzor i mjera istražnog zatvora u domu: Budućnost osiguranja prisutnosti okrivljenika u kaznenom postupku“, *Pravnik : časopis za pravna i društvena pitanja*, Vol. 53, No. 105, Zagreb, 2019.

Wiseman R. S., „Pretrial Detention and the Right to Be Monitored“, *The Yale Law Journal*, Vol. 123, No. 5, 2014.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 27.09.2021.

Prihvaćen: 18.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

TROŠKOVI PREKRŠAJNOG POSTUPKA

Rad je posvećen analizi odredaba kojima se uređuje pitanje troškova prekršajnog postupka. Iako se radi o oblasti koja je zakonom detaljno uređena, primena propisa pokazala je da ipak postoje brojne nedoumice u tumačenju, primeni i razumevanju pojedinih odredaba. S tim u vezi, pored analize važeće zakonske regulative, u radu je dat i pregled brojnih odluka sudova Republike Srbije, ukazano je na različite stavove koje su sudovi zauzimali u pogledu pojedinih spornih pitanja, ali i na evoluciju tih stavova tokom vremena. Posebna pažnja je posvećena troškovima koje je okrivljeni imao povodom angažovanja branioca, a kako bi se utvrdilo koji troškovi se (ne)mogu zahtevati po ovom osnovu, ukoliko troškovi postupka padaju na teret budžetskih sredstva suda. Takođe, predmet detaljnije analize su i dva povezana pitanja – ko je titular prava na naknadu troškova i kome se troškovi postupka mogu isplatiti. Dok u pogledu prvog pitanja sudska praksa uglavnom prihvata da je okrivljeni titular prava na troškove, te da se troškovi dosuđuju njemu, a da se mogu isplatiti i braniocu, stav u pogledu toga pod kojim se uslovima oni mogu isplatiti na račun branioca nije jedinstven – ponekad se smatra da je dovoljno da branilac poseduje opšte punomoćje za zastupanje, dok se, posebno u novijim odlukama, zahteva i postojanje specijalnog punomoćja datog samo u tu svrhu.

Ključne reči: troškovi, prekršajni postupak, troškovi branioca, punomoćje

Ivana Radisavljević, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail *ivana.radisavljevic@ius.bg.ac.rs*. Rad je nastao kao rezultat istraživanja u okviru projekta „EPIDEMIJA. PRAVO. DRUŠTVO“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

POJAM TROŠKOVA

Vođenje prekršajnog, ali i svakog drugog postupka, nužno prouzrokuje određene izdatke.¹ Pod ovim pojmom podrazumevaju se pre svega materijalni troškovi koji nastaju u vezi sa vođenjem postupka, mada pojedini autori govore i o nematerijalnim troškovima koje vođenje postupka nužno prouzrokuje.² Troškovi postupka spadaju u sporedni, ali obavezni predmet postupka, budući da sud mora odlučiti i o njima, u odluci o glavnoj stvari ili u posebnoj odluci.³ U teoriji postoji podela na troškove koji nastaju povodom odlučivanja o glavnoj stvari, troškove incidentnih postupaka, troškove posebnih postupaka i postupaka po vanrednim pravnim lekovima.⁴ Može se naći i podela na opšte i posebne troškove, gde bi prvu kategoriju činili troškovi koji se odnose a rad i funkcionisanje suda (npr. plate, troškovi održavanja zgrade i sl.) i koji se nikada ne naplaćuju od stranaka. Posebne troškove činili bi izdaci učinjeni radi izvršenja radnji u konkretnom postupku, i oni se, po pravilu, naplaćuju od stranaka ili drugih učesnika u postupku.⁵

Zakon o prekršajima (u daljem tekstu: ZOP)⁶ definiše troškove prekršajnog postupka kao izdatke učinjene povodom prekršajnog postupka od njegovog pokretanja do završetka (čl. 140, st. 1). Ova definicija daje nam tri ključna elementa pojma troškova. Prvo, reč je o izdacima, odnosno rashodima. Drugo, radi se o izdacima koji su učinjeni povodom postupka, odnosno moraju biti u vezi sa postupkom. Na kraju, radi se o izdacima koji su nastali od pokretanja do završetka postupka. Član 167 ZOP propisuje da se prekršajni postupak pokreće donošenjem rešenja suda o pokretanju postupka, na osnovu zahteva za pokretanje postupka, ili izdatog prekršajnog naloga povodom kog je podnet zahtev za sudsko odlučivanje.⁷

¹ Nataša Delić, Vanja Bajović, *Priručnik za prekršajno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 196.

² Herbert M. Kritzer, Austin Sarat, David M. Trubek, Kristin Bumiller, Elizabeth McNichol, „Understanding the Costs of Litigation: The Case of the Hourly-Fee Lawyer“, *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 9, No. 3, 1984, 560–561.

³ Milan Škuljić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, 166.

⁴ Momčilo Grubač, Tihomir Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, PROJURIS, Beograd, 2014, 480.

⁵ Branko Petrić, „Troškovi krivičnog postupka“, *Glasnik Advokatske komore AP Vojvodine*, br. 12, 1957, 18.

⁶ *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – odluka US, 91/2019 i 91/2019 – dr. zakon.

⁷ Za razliku od krivičnog postupka u kojem su razdvojene sudska i javnotužilačka faza postupka, ZOP ne prepoznaje fazu koja bi prethodila podnošenju optužnog akta (iako neki autori ovu

U tom smislu, sudovi su ranije smatrali da se oštećenom ne mogu priznati troškovi na ime sastava zahteva za pokretanje prekršajnog postupka od strane punomoćnika advokata.⁸ Iako ovakav zaključak proizlazi iz odredaba ZOP, budući da je reč o radnji koja uistinu jeste preduzeta pre pokretanja prekršajnog postupka, sa druge strane, radi se o trošku koji nesumnjivo spada u troškove nastale povodom postupka, tačnije u nagradu i nužne izdatke punomoćnika oštećenog u smislu čl. 140, st. 2, tač. 6 ZOP, i koje će oštećeni morati da snosi. Iz navedenog razloga, u novijim odlukama Vrhovnog kasacionog suda (u daljem tekstu: VKS) može se pronaći stavište da oštećenom treba priznati i troškove na ime sastava zahteva za pokretanje postupka.⁹ Nadalje, kako se prekršajni postupak okončava donošenjem osuđujuće ili oslobađajuće presude, rešenja kojim se postupak obustavlja ili rešenja kojim se maloletnom učiniocu prekršaja izriče vaspitna mera (čl. 246, st. 1 ZOP), „radnje preduzete nakon obustave prekršajnog postupka nisu nužne i troškovi nastali povodom njih neće biti usvojeni“.¹⁰

Zakon o prekršajima poznaje sledeće troškove postupka: 1) troškovi za svedoke i veštake, 2) troškovi uviđaja,¹¹ 3) troškovi prevoza okrivljenog, 4) izdaci za dovođenje okrivljenog, 5) prevozni i putni troškovi službenih lica, 6) nužni izdaci oštećenog kao podnosioca zahteva, odnosno njegovog zakonskog zastupnika i nagrada i nužni izdaci njegovog punomoćnika, 7) nagrada i nužni izdaci branioca, 8) troškovi prevođenja i tumačenja, 9) paušalni iznos, 10) troškovi izvršenja (čl. 140, st. 2 ZOP).

fazu označavaju kao „preprekršajni postupak“, v. Milena Popović, „Dokazni postupak – dileme i nedostaci u praksi“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 2, 2017, 321). U tom smislu, čl. 144 ZOP izričito predviđa da kad je posebnim propisom određeno da će troškove nastale povodom otkrivanja prekršaja snositi učinilac, na predlog podnosioca zahteva obavezaće se okrivljeni da plati te troškove. U suprotnom, ovi troškovi ne bi mogli biti smatrani troškovima postupka.

⁸ „Kako podnošenje zahteva za pokretanje prekršajnog postupka prethodi donošenju rešenja o pokretanju prekršajnog postupka, to izdaci nastali povodom njegovog sačinjavanja ne spadaju u troškove prekršajnog postupka, pa prvostepeni sud okrivljenog, koji je shodno čl. 130, st. 1 ZOP dužan da snosi samo troškove prekršajnog postupka, nije mogao obavezati da na ime nagrade za sastav zahteva za pokretanje prekršajnog postupka od strane punomoćnika oštećenog plati iznos od 9.000,00 dinara“, presuda Višeg prekršajnog suda 312 Prž. br. 3287/13 od 19. februara 2013. godine.

⁹ V. npr. rešenje VKS Przz. br. 48/15 od 12. marta 2015. godine, presudu VKS Przz. br. 3/20 od 27. februara 2020. godine.

¹⁰ Rešenje Prekršajnog apelacionog suda (u daljem tekstu: PAS) 110 Prž. br. 13015/18 od 26. jula 2018. godine.

¹¹ Pod ovim troškovima podrazumevaju se oni koje ima sud kada sprovodi uviđaj, a ne npr. policija koja to čini pre pokretanja postupka, Milorad Vukajlović, „Troškovi prekršajnog postupka“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 1–2, 2007, 32.

Posebno o troškovima branioca

U čl. 140, st. 2, tač. 7 ZOP propisano je da troškove prekršajnog postupka čine i nagrada i nužni izdaci branioca. Članom 119, st. 1 ZOP propisano je da okrivljeni može za branioca uzeti advokata, koga može zameniti advokatski pripravnik, u skladu sa zakonom.¹² Iako to nije izričito propisano odredbama ZOP,¹³ shodna primena odredaba Zakonika o krivičnom postupku (u daljem tekstu: ZKP)¹⁴ omogućava da okrivljeni angažuje jednog ili više branilaca, a najviše pet.¹⁵

Zakon poznaje dve kategorije troškova branioca – prvu čini nagrada čija se visina određuje u skladu sa Tarifom o naknadama i nagradama troškova za rad advokata (u daljem tekstu: AT)¹⁶ koja utvrđuje broj poena za pojedine radnje koje branilac advokat preduzima, kao i vrednost jednog poena. Drugu kategoriju troškova predstavljaju nužni izdaci koje čini naknada za troškove koji su bili potrebni za obavljanje poverenih poslova.

Advokat ima prava na nagradu za procesne radnje koje je u postupku preduzeo.¹⁷ Iako se načelno visina nagrade određuje prema pravilima koje propisuje AT,

¹² Kada je oštećeni sam advokat, sudska praksa smatra da on ima prava na naknadu troškova na ime angažovanja punomoćnika advokata, „jer se ne može prihvatiti stav da to što je oštećeni i sam advokat, da mu zastupanje nije potrebno, naprotiv, zanimanje oštećenog ne podrazumeva da on ne može imati punomoćnika u postupku“, Okružni sud u Beogradu, Kž. br. 1083/00 od 30. avgusta 2000. godine. Isto bi se moglo primeniti i u slučaju da je sam okrivljeni advokat.

¹³ ZOP u pojedinim odredbama na implicitan način predviđa ovu mogućnost. Tako, odredba čl. 161, st.1 ZOP reguliše pitanje dostavljanja kada okrivljeni ima više branilaca.

¹⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – odluka US i 62/2021 – odluka US.

¹⁵ „Po odvojenim zahtevima za naknadu troškova nagrade za sastav pisanih odbrana koje su sastavljene od dva ili više branilaca po urednim punomoćjima datim od strane jednog okrivljenog, okrivljenom pripadaju troškovi za sastav jednog podneska – jedne pisane odbrane uz stručnu pomoć branioca (Tarifni br. 9 Advokatske tarife), jer je u pitanju jedna odbrana u predmetu, bez obzira koliko je branilaca angažovao“ (pravno shvatanje PAS, zauzeto većinom glasova svih sudija na odvojenim sednicama održanim od 01. januara 2019. godine do 31. maja 2019. godine). Takođe, „kada okrivljeni ima više branilaca, troškovi krivičnog postupka iz čl. 265, st. 1 ZKP koji padaju na teret suda, obuhvataju nužne izdatke i nagradu samo za jednog branioca“, presuda VKS Kzz. br. 929/14 od 26. marta 2015. godine.

¹⁶ *Službeni glasnik RS*, br. 121/2012 i 37/2021.

¹⁷ U pojedinim situacijama može biti sporno da li radnje koje je branilac preduzeo treba smatrati jednom radnjom, ili ih, pak, posmatrati odvojeno kao više procesnih radnji. Najčešće se to pitanje postavlja u slučaju da tokom jednog ročišta treba ispitati više svedoka. VKS smatra da „ispitivanje više svedoka preduzeto u toku jednog dana u kontinuitetu predstavlja jednu procesnu radnju, nezavisno od broja ispitanih lica ili od broja sačinjenih i posebno potpisanih zapisnika

okrivljeni može sa braniocem advokatom ugovoriti i drugačiju naknadu, ali ne manju od 50%, odnosno ne veću od petostrukog iznosa propisanog tarifom. Međutim, iako ZOP izričito propisuje da se, ukoliko troškovi padaju na teret budžetskih sredstava suda, samo u pogledu izdataka angažovanog branioca ima procenjivati da li su bili nužni, sudovi se neretko upuštaju u sličnu ocenu i u pogledu pojedinih troškova koje okrivljeni potražuje na ime plaćene nagrade braniocu. Tako, nailazimo na odluke u kojima sud opredeljuje da podnesak kojim se sud obaveštava o nastupanju zastarelosti nije nužan, budući da je reč o pitanju o kojem se vodi računa *ex officio*, te odbija da okrivljenom nadoknadi troškove po tom osnovu.¹⁸ Sa jedne strane, može se postaviti pitanje zakonskog uporišta za ovakvo postupanje, budući da ZOP, ali i drugi zakoni sudovima ne daju prava da procenjuju „nužnost“ preduzimanja radnji za koje braniocu advokatu pripada nagrada u skladu sa važećim propisima. Sa druge strane, suprotno postupanje i nadoknada troškova za svaku radnju koju je branilac preduzeo lako bi bila podložna zloupotrebama, budući da bi branilac mogao da „zatrpara“ sud podnescima koji uistinu nemaju za cilj odbranu okrivljenog, već eventualnu kasniju naplatu tako nastalih troškova ukoliko se postupak okonča odlukom povoljnom za okrivljenog.

Analiza sudskih odluka pokazuje da u pogledu pojedinih vrsta troškova branioca postoje razilaženja u pogledu toga da li ih treba priznati, a upravo zbog načelnog stava da i radnje za koje se potražuje nagrada moraju biti „nužne“. Tako, sporno je da li okrivljenom pripada pravo na naknadu troškova sastavljanja podneska kojim se sud obaveštava o iznosu troškova koji potražuje, tzv. troškovnika. Iako je o tom pitanju bilo drugačijih mišljenja i suprotstavljenih odluka, nakon što se i VKS više puta izjašnjavao o ovom pitanju¹⁹ praksa je zauzela stav da i taj trošak treba priznati okrivljenom.²⁰ Isto vredi i za sastav žalbe na rešenje o troškovima.²¹

u kojima su zabeleženi njihovi iskazi. Pri tome, sačinjavanje zasebnih ili zbirnih – jedinstvenih zapisnika, pitanje je tehničke, a ne suštinske prirode“, presuda VKS Kzz. br. 1288/19 od 04. decembra 2019. godine.

¹⁸ Rešenje PAS u Beogradu 7 Prž. br. 24407/19 od 10. marta 2020. godine i rešenje PAS u Beogradu 10 Prž. br. 6030/20 od 17. marta 2020. godine.

¹⁹ V. npr. presude VKS Kzz. br. 373/17 od 11. maja 2017; Kzz. br. 843/17 od 12. septembra 2017; Kzz. br. 764/17 od 28. septembra 2017; Kzz. br. 1150/17 od 29. novembra 2017; Kzz. br. 1191/17 od 29. novembra 2017; Kzz. br. 150/18 od 07. februara 2018 i Kzz. br. 197/18 od 12. februara 2018. godine.

²⁰ V. npr. rešenje PAS u Beogradu 110 Prž. br. 17381/18 od 13. avgusta 2018. godine.

²¹ V. presudu VKS Kzz. br. 85/20 od 04. februara 2020. godine i presudu VKS Kzz. br. 1401/17 od 25. januara 2018. godine. Suprotno, rešenje Višeg suda u Valjevu Kž1. br. 167/14 od 9. aprila 2015 i rešenje Višeg suda u Valjevu Kv. br. 73/15 od 20. maja 2015. godine.

Lutanja je bilo i u pogledu troškova nastalih na ime razgledanja spisa predmeta. Nakon prvobitnog stava da „branilac principijelno ima pravo na naknadu troškova i nužnih izdataka, ali je na sudu da ceni da li će okrivljenom dosuditi naknadu troškova za rad angažovanog branioca na ime razgledanja i razmatranja spisa predmeta, u zavisnosti od konkretnog slučaja“,²² Prekršajni apelacioni sud zauzeo je stanovište da je „prvostepeni sud povredio materijalno pravo time što je odbio zahteve okrivljenih pravnog i odgovornog lica u pravnom licu za naknadu troškova na ime nagrade braniocima za izvršene uvide u spise predmeta i time postupio suprotno odredbama čl. 141, st. 2 ZOP“.²³

Takođe, ukoliko je okrivljenog u prekršajnom postupku zastupao advokat koji je obveznik poreza na dodatu vrednost, ima prava da mu se naknade troškovi uvećani za iznos poreza na dodatu vrednost, pod uslovom da uz zahtev dostavi i dokaz da je prilikom plaćanja izvršenih advokatskih usluga platio troškove uvećane za iznos poreza.²⁴

Pored nagrade za rad, braniocu advokatu pripada i naknada za stvarne troškove koji su bili potrebni za obavljanje poverenih mu poslova (čl. 8 AT). ZOP ne govori o stvarnim, već o nužnim troškovima branioca, odnosno dodatno sužava mogućnost naknade po ovom osnovu. Advokatska tarifa reguliše samo pitanje naknade za obavljanje poslova izvan sedišta advokatske kancelarije, propisujući da advokatu pripada naknada za prevoz, naknada za smeštaj, naknada za odsustvovanje iz advokatske kancelarije i dnevnice (čl. 9 AT). U tom smislu, sudovi smatraju da okrivljeni može izabrati i branioca čija se kancelarija nalazi van teritorije suda.²⁵

KO SNOSI TROŠKOVE

Prilikom određivanja ko snosi troškove postupka treba napraviti razliku između predujmljivanja određenih troškova, odnosno njihove isplate unapred,

²² Odgovori na pitanja PAS, <http://pkap.sud.rs/prekršajni-apelacioni-sud-pitanja-i-odgovori-troskovi.html>, 17. septembar 2021. godine.

²³ Rešenje PAS u Beogradu 7 Prž. br. 24407/19 od 10. marta 2020. godine.

²⁴ Usvojena pravna shvatanja na Prvoj sednici svih sudija PAS, Beograd, 29. januara 2018. godine; mišljenje sudske prakse Krivičnog odeljenja Apelacionog suda u Beogradu o odgovorima na sporna pitanja Osnovnog suda u Smederevu koja je dalo Krivično odeljenje Višeg suda u Smederevu na sednici održanoj 07. decembra 2015. godine.

²⁵ V. presudu VKS Kzz. br. 925/15 od 26. novembra 2015. godine. Takođe, ukoliko potražuje troškove prevoza, branilac nije u obavezi da sudu dostavi dokaz o tome koju je vrstu prevoza koristio. V. presudu VKS Kzz. br. 1508/18 od 23. januara 2019. godine, kao i stav PAS (<http://pkap.sud.rs/prekršajni-apelacioni-sud-pitanja-i-odgovori-troskovi.html>, 17. septembar 2021. godine).

i pitanja na čiji će teret troškovi konačno pasti. U prvom slučaju, čl. 147 ZOP propisuje da se troškovi prekršajnog postupka za svedoke i veštake kao i troškovi uviđaja isplaćuju unapred iz sredstava prekršajnog suda koji vodi prekršajni postupak, a naplaćuju se kasnije od lica koja su dužna da ih naknade. Odgovor na pitanje ko u krajnjem ishodu snosi troškove postupka zavisi od načina na koji je postupak okončan. Ukoliko je okrivljeni oglašen odgovornim za prekršaj, sud će odrediti da on snosi troškove prekršajnog postupka (čl. 141, st. 1 ZOP).²⁶ Ukoliko je, pak, postupak završen presudom kojom se okrivljeni oslobađa od odgovornosti ili rešenjem o obustavi postupka,²⁷ troškovi će pasti na teret suda (141, st. 2 ZOP). Od osnovnog pravila, međutim, postoji nekoliko izuzetaka.

Najpre, bez obzira na to kako je prekršajni postupak okončan, čl. 146 ZOP predviđa da troškove prevođenja i tumačenja koje nastanu primenom odredaba ustava i zakona kojima se uređuje službena upotreba jezika i pisama, odnosno tumačenja gluvima, slepima i nemima, snosi sud, i oni se ne mogu naplatiti od okrivljenog.²⁸ Ovo pravilo predstavlja realizaciju odredaba čl. 32, st. 2 Ustava kojim se garantuje pravo na besplatnog prevodioca i tumača.²⁹

Nadalje, ako je postupak obustavljen zbog toga što je oštećeni odustao od podnetog zahteva, ili je okrivljeni oslobođen odgovornosti usled neosnovanog zahteva, troškove snosi oštećeni (čl. 141, st. 3 ZOP). U pitanju su dve situacije u kojima će troškovi postupka pasti na teret oštećenog. Ovo pravilo ne važi ukoliko je zahtev za pokretanje postupka podneo javni tužilac ili drugi ovlašćeni organ. Tada troškovi padaju na teret budžetskih sredstava suda. Međutim, ima mišljenja da ovakvo rešenje nije opravdano, te da bi u takvim situacijama, po istom principu, troškove trebalo da snosi organ koji je podneo zahtev za pokretanje postupka.³⁰

²⁶ „Pogrešno data pouka u sudskoj odluci da troškovi postupka padaju na teret budžetskih sredstava suda, ne daje za pravo braniocu da kao advokat i stručno lice traži naplatu troškova mimo važećih zakonskih odredbi“, Opštinski sud u Guči, K. br. 71/95 od 3. oktobra 1996. godine.

²⁷ Tako, troškovi padaju na teret suda ukoliko je postupak obustavljen zbog nastupanja zastarelosti gonjenja. Ali, „neosnovan je zahtev branioca okrivljenog za naknadu troškova krivičnog postupka nastalih povodom zastarelosti izvršenja kazne“ (rešenje Višeg suda u Kragujevcu Kv. br. 166/20 od 07. avgusta 2020. godine). Ukoliko je postupak obustavljen zato što je okrivljeni preminuo tokom postupka, naslednici pokojnog okrivljenog mogu da zahtevaju troškove postupka (presude VKS Kzz. br. 1165/16 od 19. oktobra 2016. godine i Kzz. RZ. br. 2/18 od 07. februara 2017. godine).

²⁸ Rešenje Okružnog suda u Beogradu Kp. br. 18/04 od 12. decembra 2005. godine i rešenje Okružnog suda u Beogradu Kvp. br. 107/06 od 23. maja 2006. godine.

²⁹ N. Delić, V. Bajović, op. cit., 202.

³⁰ O tome detaljnije, Stefan Petrašinić, „Pojedina pitanja troškova krivičnog postupka“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, 2019, 1306.

Naposletku, čl. 141, st. 4 ZOP propisuje da sud neće snositi troškove prekršajnog postupka ukoliko je postupak obustavljen usled vođenja krivičnog postupka za krivično delo koje obuhvata obeležja prekršaja u kome je okrivljeni oglašen krivim. U tom slučaju, okrivljeni će snositi troškove i krivičnog i prekršajnog postupka. Suprotno, ukoliko bi se krivični postupak okončao presudom kojom se okrivljeni oslobađa odgovornosti, troškovi oba postupka padaju na teret sudova koji su vodili postupke.

Skrivljeni troškovi

Članom 263, st. 1 ZKP propisano je da okrivljeni, oštećeni, oštećeni kao tužilac, privatni tužilac, branilac, zakonski zastupnik, punomoćnik, svedok, veštak, stručni savetnik, prevodilac, tumač i stručno lice, bez obzira na ishod krivičnog postupka, snose troškove svog dovođenja, odlaganja dokazne radnje ili glavnog pretresa i druge troškove postupka koje su prouzrokovali svojom krivicom, kao i odgovarajući deo paušalnog iznosa. Zakon o prekršajima, za razliku od ZKP, ne reguliše izričito³¹ kategoriju skrivljenih troškova. Međutim, ZOP u čl. 99 (i u čl. 148) omogućava da se u prekršajnom postupku shodno primene odredbe ZKP, ukoliko ZOP ili neki drugi zakon ne propisuju drugačije. Sudovi ovo tumače kao mogućnost da se u prekršajni postupak uvede kategorija skrivljenih troškova u odnosu na sve učesnike, upravo po ugledu na ZKP, kako bi se, između ostalog „izbegla zloupotreba procesnih prava od strane okrivljenog i njegovog branioca“.³² Primena pravila o skrivljenim troškovima omogućava sudu da u određenim situacijama odbije zahtev za naknadu troškova, npr. ukoliko je ročište odloženo zbog krivice okrivljenog,³³ ukoliko nije blagovremeno stavio predlog za odlaganje ročišta,³⁴ ili ukoliko uz podnesak kojim opravdava odsustvo sa ročišta nije priložio medicinsku

³¹ Članom 216, st. 8 ZOP omogućeno je sudu da, ukoliko je svedok svojim nedolaskom ili odbijanjem svedočenja prouzrokovao troškove, obaveže svedoka da troškove snosi. Sličnu odredbu sadrži i čl. 224, st. 2 ZOP u odnosu na veštake. Sud može svedoka i veštaka u pomenutim situacijama i kazniti novčanom kaznom u iznosu od 10.000 do 50.000 dinara, s tim što ako svedok pristane da svedoči neposredno pošto mu je kazna izrečena, kazna će se opozvati (čl. 216, st. 7 ZOP). Petrić ovde primećuje da bi trebalo omogućiti sudu da opozove ne samo odluku o kazni, već i odluku o obavezni naknade troškova, ukoliko se izostanak sa ročišta naknadno opravda. B. Petrić, op. cit., 21.

³² Odgovori Krivičnog odeljenja VKS na sporna pravna pitanja prekršajnih sudova sa sednice održane 23. novembra 2015. godine.

³³ Rešenje PAS, Odeljenje u Novom Sadu III–309 Prž. br. 754/21 od 19. januara 2021. godine.

³⁴ Rešenje Okružnog suda u Nišu K. br. 98/05.

dokumentaciju,³⁵ dok u nekim situacijama može i naložiti samom okrivljenom da snosi određene troškove.³⁶ Moguća je i obrnuta situacija, naime, da troškove „skriviti“ sam organ postupka, u kom slučaju se, primenom navedenih pravila, okrivljeni ne može obavezati da ih nadoknadi.³⁷

Solidarni troškovi

Članom 143 ZOP regulisano je pitanje troškova u situacijama kada je vođen jedinstveni postupak protiv više učinilaca ili protiv jednog učinioca za više prekršaja. Lice protiv kojeg je vođen jedinstveni prekršajni postupak za više prekršaja neće snositi troškove za prekršaj za koji je prekršajni postupak obustavljen ili je oslobođen odgovornosti, i sud je tada „dužan da utvrdi da li se troškovi koji su nastali za delo za koje je oslobođeno od optužbe mogu izdvojiti iz ukupnih troškova postupka“.³⁸ Ako je, pak, više okrivljenih oglašeno odgovornima, sud će odrediti koliki će deo troškova snositi svaki od njih, a ako to nije moguće, odlučiće da svi okrivljeni solidarno snose troškove. Plaćanje paušalnog iznosa određiće se za svakog okrivljenog posebno.

Oslobođenje okrivljenog od dužnosti naknade troškova

ZOP omogućava da se okrivljeni koji je po zakonu dužan da nadoknadi troškove postupka pod određenim uslovima oslobodi obaveze njihovog plaćanja.

³⁵ Rešenje PAS, Odeljenje u Novom Sadu III-303 Prž. br. 2513/18 od 20. februara 2018. godine.

³⁶ „Okrivljeni se može obavezati da snosi troškove svog dovođenja po izdatoj naredbi, jer je neopravdanim neodazivanjem na poziv suda iste skrivio, pod uslovom da je dovođenje opravdano i da je naredba o dovođenju izdata sa svim propisanim upozorenjima, na osnovu čl. 189, st. 5 ZOP i ZKP koji u čl. 263, st. 1 propisuje ko snosi „skrivljene troškove“, a odluka se u zavisnosti od svakog konkretnog slučaja može doneti ili u toku trajanja postupka – posebnim rešenjem, ili na kraju postupka – meritornom odlukom“, (odgovori na pitanja PAS, <http://pkap.sud.rs/preksajni-apelacioni-sud-pitanja-i-odgovori-troskovi.html>, 18. septembar 2021. godine).

³⁷ „Okrivljeni koji je oglašen krivim ne može se obavezati da snosi troškove krivičnog postupka koji su nastali nepravilnim radom organa postupka“, rešenje Višeg suda u Kragujevcu K. br. 21/19 od 31. jula 2020. godine i rešenje Višeg suda u Kragujevcu Kv. br. 220/20 od 25. avgusta 2020. godine. Suprotno, „u slučaju donošenja oslobađajuće ili odbijajuće presude, troškovi privatnog tužioca ne padaju na teret budžetskih sredstava suda, bez obzira na to da li su isti bili nužni i neophodni, te da li se mogu ili ne pripisati u krivicu privatnog tužioca“, presuda Višeg suda u Novom Sadu Kž1. br. 255/18 od 15. oktobra 2018. godine.

³⁸ Presuda Višeg suda u Užicu K. br. 13/14 od 19. januara 2016. godine i presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž1. br. 650/16 od 30. maja 2016. godine.

Sud može osloboditi okrivljenog od dužnosti da u celosti ili delimično naknadi troškove prekršajnog postupka, ako bi njihovim plaćanjem bilo dovedeno u pitanje izdržavanje okrivljenog ili lica koja je on dužan da po zakonu izdržava (čl. 145 ZOP). U pitanju su razlozi koji se tiču okrivljenog, tačnije njegove nemogućnosti da isplati troškove usled lošeg materijalnog stanja.³⁹ Takođe, iz navedene formulacije proizilazi da je reč tek o mogućnosti, ali ne i obavezi suda.

Uslov za primenu navedene odredbe jeste utvrđivanje činjenica koje se tiču imovine okrivljenog, odnosno pribavljanje podataka o prihodima i rashodima koje poseduju on i članovi njegove porodice koje je po zakonu dužan da izdržava. Međutim, često se u odlukama sudova ova odluka ne obrazlaže na valjan način, ili se pak zaključak o egzistencijalnoj ugroženosti okrivljenog i članova njegove porodice donosi na osnovu nepotpunih podataka, ili na osnovu izjave samog okrivljenog.⁴⁰

KOME SE DOSUĐUJU I ISPLAĆUJU TROŠKOVI

Član 141, st. 2 ZOP propisuje da troškove postupka za prekršaj za koji je postupak obustavljen ili je okrivljeni oslobođen odgovornosti snosi sud. Međutim, ovde se postavljaju dva pitanja: ko je titular prava na naknadu troškova i kome se troškovi konačno isplaćuju (i pod kojim uslovima). Sa jedne strane, okrivljeni je lice koje angažuje branioca, koje sa njim ulazi u ugovorni odnos na osnovu ugovora o zastupanju (punomoćja), te on inicijalno snosi troškove angažovanja stručne pomoći, zbog čega bi trebalo da on bude titular prava na njihovu naknadu ukoliko se postupak okonča u njegovu korist, što većinski prihvata i sudska praksa.⁴¹

³⁹ „Otvaranje stečajnog postupka nad okrivljenim pravim licem nije okolnost zbog koje bi se okrivljeno odgovorno lice u pravnom licu oslobodilo od obaveze plaćanja troškova prekršajnog postupka“, presuda VKS Przz. br. 44/12 od 10. januara 2013. godine.

⁴⁰ Sretko Janković, „Obrazloženje odluke kojom se okrivljeni oslobađa plaćanja troškova krivičnog postupka“, *Pravni informator*, br. 10, 2012, 57–59.

⁴¹ N. Delić, V. Bajović, op. cit., 199. Tako i Apelacioni sud u Nišu naglašava da je „obaveza plaćanja usluga uvek na zastupanom licu, bez obzira na to ko je odlukom suda obavezan da konačno snosi troškove, odnosno ne postoji mogućnost da zastupano lice uputi punomoćnika da se naplati od lica koje je sudskom odlukom obavezano na plaćanje troškova krivičnog postupka, ali se time ne zadire u pravo oštećenog da ove troškove u konačnom naplati od okrivljenog koji je nakon okončanog krivičnog postupka oglašen krivim i obavezan da naknadi troškove krivičnog postupka u koje, prema odredbi čl. 264, st. 2, tač. 8 ZKP, spadaju između ostalog i nagrada i nužni izdaci punomoćnika oštećenog“, presuda Apelacionog suda u Nišu KŽ1. br. 1270/17 od 19. januara 2018. godine. Viši sudi u Pančevu, u odluci Gž. br. 909/11 od 05. oktobra 2011. godine naglašava da, ukoliko je okrivljeni anagažovao branioca, on je titular prava na naknadu troškova, ali da to pravo pripada braniocu ukoliko je postavljen po službenoj dužnosti.

Međutim, nailazimo i na odluke u kojima sud smatra da pravo na naknadu troškova ima branilac, a ne okrivljeni.⁴²

Formulacija čl. 141, st. 5 ZOP unosi nedoumice u pogledu toga kome se pomenuti troškovi isplaćuju, propisivanjem da se zahtev za naknadu troškova branioca *podnosi* u roku od tri meseca od kada *mu* je dostavljena odluka. Član 161, st. 1 ZOP propisuje da ako okrivljeni ima branioca, sve odluke od čijeg dostavljanja teče rok za žalbu dostaviće se samo braniocu, iz čega bi proizlazilo da okrivljeni ima prava da podnese zahtev u roku od tri meseca od dana kada je braniocu odluka dostavljena. Kako je branilac ovlašćen da u korist okrivljenog preduzima sve radnje koje može preduzeti okrivljeni (čl. 119, st. 3 ZOP), proizlazi da zahtev može podneti okrivljeni ili branilac u njegovu korist. U drugom slučaju, može se zahtevati da troškovi budu isplaćeni na račun okrivljenog ili na račun branioca. Međutim, u pogledu potonjeg slučaja, novija sudska praksa⁴³ postavlja dodatne uslove, te zahteva i postojanje specijalnog punomoćja overenog od strane nadležnog organa. Ukoliko branilac ne poseduje specijalnu punomoć, zahteva se da je okrivljenom dostavljeno rešenje o troškovima.⁴⁴ Ukoliko neki od navedenih uslova nije ispunjen, troškovi će biti dosuđeni na račun okrivljenog.⁴⁵ S pravom se postavilo pitanje zakonskog

⁴² „Sud je počinio relativno bitnu povredu odredaba prekršajnog postupka kada je naveo da pravo na naknadu troškova ima okrivljeni, a ne branilac. Naime, odredbom čl. 140, st. 2, tač. 7 ZOP je propisano da su troškovi prekršajnog postupka nagrada i nužni izdaci branioca. Uvidom u spise predmeta je utvrđeno da je okrivljeni dao punomoćje braniocu da ga zastupa u prekršajnom postupku, kao i da je branilac blagovremeno podneo zahtev za priznavanje troškova prekršajnog postupka. Stoga su nejasni i protivrečni razlozi dati u pobijanom rešenju, „da se odbija zahtev branioca okrivljenom M. M. za naknadu troškova postupka, iz razloga što na naknadu troškova postupka pravo ima okrivljeni, shodno čl. 3, st. 1 Pravilnika o naknadi troškova u sudskim postupcima“ (rešenje PAS u Beogradu Prž. br. 16719/17 od 24. novembra 2017. godine).

⁴³ „Nije nužno posebno punomoćje braniocu za prijem troškova odbrane, da bi branilac u ime okrivljenog podneo zahtev za troškove odbrane u prekršajnom postupku“, presuda PAS, Odeljenje u Novom Sadu III-305, Prž. br. 5226/14 od 27. maja 2014. godine. Isti stav izražen je i u odluci VKS Kzz. br. 1534/16 od 19. januara 2016. godine u kojoj se navodi da „za dosuđivanje troškova krivičnog postupka punomoćniku oštećenog nije bilo neophodno postojanje specijalnog punomoćja kojim bi oštećeni ovlastio svog punomoćnika da u njegovo ime i za njegov račun može naplatiti troškove krivičnog postupka koji mu pripadaju kao oštećenom u postupku na ime angažovanja punomoćnika“, budući da „u spisima postoji punomoćje kojim je oštećeni ovlastio advokata da ga zastupa u predmetnom krivičnom postupku, te da između ostalog, u njegovo ime i za njegov račun može primati novčane isplate“.

⁴⁴ Odgovori na pitanja PAS, <http://pkap.sud.rs/prekršajni-apelacioni-sud-pitanja-i-odgovori-troskovi.html>, 18. septembar 2021. godine.

⁴⁵ U presudi Kzz. br. 965/2018 od 03. oktobra 2018. godine VKS je našao da je isplatom troškova braniocu učinjena povreda zakona na štetu okrivljenog, smatrajući da je jedini titular prava na naknadu troškova okrivljeni, „pri čemu se ovi troškovi mogu isplatiti (ne i dosuditi) braniocu

osnova ovakvog postupanja, budući da niti ZOP nit drugi zakoni ne propisuju sličnu obavezu. Takođe, primećeno je da se na taj način „podriva poverenje u advokata, jer se stiče utisak da se sud nameće kao zaštitnik finansijskih interesa lica koga advokat zastupa“.⁴⁶

Zahtev za naknadu nagrade i nužnih izdataka branioca podnosi se u roku od tri meseca od dana kada mu je dostavljena pravnosnažna odluka (čl. 141, st. 5 ZOP). Kako navedena odredba govori o pravnosnažnoj odluci, rok treba računati od dostave pravnosnažne presude ili pravnosnažnog rešenja kojim je odlučeno o troškovima.⁴⁷

ZOP ne propisuje poseban rok u kom bi sud morao odlučiti o zahtevu za naknadu troškova koje je podneo okrivljeni ili njegov branilac. Međutim, čl. 265, st. 6 ZKP predviđa da ukoliko sud ne donese odluku u roku od tri meseca od dana podnošenja zahteva za naknadu troškova, okrivljeni i branilac imaju pravo da po traživanja ostvaruju u parničnom postupku protiv Republike Srbije.

ODLUKA O TROŠKOVIMA

Odluka o troškovima sadrži dva pitanja: ko je dužan da snosi troškove i u kom iznosu. O troškovima postupka odlučuje sud, po pravilu u presudi⁴⁸ ili

okrivljenog po specijalnom punomoćju kojim ga okrivljeni ovlašćuje za naplatu i isplatu tih troškova na njegov račun iz budžetskih sredstava suda“.

⁴⁶ Ilija Rilaković, „Troškovi prekršajnog postupka – problemi u praksi“, *Branilac*, br. 2, 2020, 161.

⁴⁷ „Zahtevi branilaca okrivljenih za naknadu troškova predmetnog postupka nisu mogli biti odbačeni kao neblagovremeni na osnovu čl. 262, st. 2 ZKP, jer bi se rok od jedne godine mogao računati samo od dana pravnosnažnosti osnovnog rešenja kojim je bilo odlučeno ko snosi troškove postupka, a u slučaju da je to rešenje doneto“, presuda VKS Kzz 525/15 od 18. juna 2015. godine. Međutim, u sudskoj praksi može se pronaći i mišljenje da se blagovremenost zahteva za naknadu troškova ceni u odnosu na odluku kojom se okončava postupak, bez obzira na to što u samoj odluci nije odlučeno ni o visini, ni o tome ko snosi troškove postupka (pravni stav usvojen na sednici Krivičnog odeljenja VKS, održanoj 15. aprila 2019. godine u kome se izričito navodi da je „navedeni rok iz st. 2, čl. 262 ZKP prekluzivan ili objektivni rok koji svoj početak vezuje za objektivnu činjenicu pravnosnažnosti odluke iz st. 1, pa je zahtev za naknadu troškova koji je podnet nakon isteka tog roka, bez obzira da li je prethodno, u skladu sa odredbom čl. 262, st. 1 ZKP, uopšte i odlučeno o tome ko će snositi troškove postupka, neblagovremen“). Detaljnije o tome v. S. Petrašinović, op. cit., 1312–1313.

⁴⁸ To može biti i presuda kojom se odlučuje o sporazumu o priznanju prekršaja. Član 234, st. 1, tač. 5 ZOP propisuje da sporazum o priznanju prekršaja obavezno sadrži i sporazum o troškovima postupka. U tom slučaju, sud ne može naknadno obavezati okrivljenog da, pored troškova iz sporazuma, snosi i dodatne troškove (v. presudu VKS Kzz. br. 279/20 od 21. maja 2020. godine).

u rešenju koje odgovara presudi.⁴⁹ Međutim, u određenim situacijama o troškovima se može odlučiti i posebnim rešenjem. To je moguće ukoliko u momentu odlučivanja o glavnoj stvari nedostaju podaci o visini troškova. ZOP propisuje da će se „o troškovima odlučiti kada se ti podaci pribave“ (čl. 142, st. 2 ZOP). Ova formulacija upućuje na zaključak da se u tom slučaju posebnim rešenjem odlučuje o troškovima u celini – i o tome ko snosi troškove i u kom iznosu, iako nedostaju samo podaci o njihovoj visini. Suprotno, ZKP propisuje da ako nedostaju podaci o visini troškova, posebno rešenje o visini troškova doneće predsednik veća ili sudija pojedinac kada se ti podaci pribave (čl. 262, st. 2 ZKP).⁵⁰ Takođe, posebno rešenje o troškovima donosi se i ukoliko u presudi ili rešenju koje odgovara presudi sud uopšte nije odlučio o troškovima, kao i u odnosu na skrivljene troškove.⁵¹

Odluka o troškovima može se pobijati žalbom koja se podnosi u roku od 8 dana, ukoliko je sud o troškovima odlučio protivno zakonu (čl. 267, st. 4 ZOP).⁵² Žalbu mogu izjaviti okrivljeni (a u njegovu korist i njegov bračni drug, srodnik po krvi u pravoj liniji, brat, sestra, zakonski zastupnik, usvojenik, hranitelj i lice sa kojim živi u vanbračnoj zajednici ili u drugoj trajnoj zajednici života), branilac i podnosilac zahteva (čl. 259, st. 1 i 3 ZOP). Takođe, lica koja su posebnim rešenjem obavezana na plaćanje troškova koje su skrivili mogu u istom roku uložiti žalbu na posebno rešenje o troškovima.

Ali, može okrivljenog obavezati na plaćanje paušala iako to u sporazumu nije navedeno (odgovori na pitanja Krivičnog odeljenja Apelacionog suda u Novom Sadu, sa sednicama održanih dana 29. oktobra 2014. godine i 30. oktobra 2014. godine).

⁴⁹ „Izreka rešenja o troškovima je nerazumljiva ukoliko u istom nije u celosti odlučeno o zahtevu, te ukoliko ima i drugih mana poput nepreciznog imena advokata kome treba isplatiti iznos, te ukoliko nije utvrđen rok isplate“, rešenje PAS u Beogradu 8 Prž. br. 12436/18 od 03. jula 2018. godine.

⁵⁰ Ima mišljenja da sud ne može razdvojiti odlučivanje o tome ko je dužan da snosi troškove i o njihovoj visini već da, bilo da o tome odlučuje u presudi, bilo u posebnom rešenju, takva odluka mora biti jedinstvena i u celosti sadržana u jednom od dva pomenuta akta. Detaljnije o tome, P. Petrenj, „Odluka suda o troškovima krivičnog postupka“, *Glasnik Advokatske komore u AP Vojvodini*, br. 3, 1966, 23–26.

⁵¹ Petrić primećuje da u ovom slučaju rešenjem mora biti odlučeno i o vrsti i visini troškova, kako bi se izbegle situacije da rešenje kojim je neki učesnik u postupku obavezan na plaćanje troškova ne postane pravosnažno, a da u međuvremenu rešenje o određivanju visine troškova postane pravosnažno, pa da se ne može izvršiti. B. Petrić, op. cit., 19.

⁵² Detaljnije o razlozima za žalbu na odluku o troškovima, kao i o odlukama drugostepenog suda, Sretko Janković, „Žalba protiv odluke o troškovima krivičnog postupka“, *Pravni informator*, br. 12, 2005, 67–70.

ZAVRŠNE NAPOMENE

Iako su troškovi prekršajnog postupka oblast koja je samim zakonom detaljno uređena (posebno ako se tome pridoda i mogućnost shodne primene odredaba ZKP), ipak je primena tih pravila otvorila brojna pitanja i nedoumice koje je sudska praksa pokušala da upotpuni, najviše u onim slučajevima kada se postupak okonča odlukom povoljnom za okrivljenog, pa troškove u krajnjem ishodu snosi sud koji je vodio postupak.

Svakako najviše nedoumica stvara primena pravila o naknadi troškova koje je okrivljeni imao povodom angažovanja branioca. Iako propisi govore o pravu na nagradu i nužne izdatke, sudovi se neretko upuštaju i u procenu opravdanosti troškova koji se smatraju nagradom. Najviše dilema izazvalo je pitanje naknade troškova za sastav zahteva za njihovu isplatu (tzv. troškovnika), ali i naknade za uvid i razgledanje spisa. Iako ovakvo postupanje, istina, nema uporište u važećim odredbama, ipak bi priznavanje nagrade za svaku radnju koju je branilac preduzeo otvorilo mogućnost za široku zloupotrebu ovog prava.

Takođe, može se primetiti da nema jedinstvenog stava u pogledu uslova pod kojima se braniocu mogu isplatiti troškovi postupka na njegov račun. Kako je okrivljeni stranka u prekršajnom postupku, a istovremeno i ulazi u ugovorni odnos sa advokatom braniocem, on se pojavljuje kao titular prava na naknadu troškova (što uglavnom prihvata i sudska praksa). Međutim, kada troškove treba isplatiti braniocu, u pojedinim odlukama izraženo je mišljenje da je za isplatu na račun branioca dovoljno samo opšte punomoćje za zastupanje, a nekada se zahteva specijalno punomoćje samo za preduzimanje te radnje. Slažemo se sa onim autorima koji smatraju da se na ovaj način sudovi mešaju u odnos između okrivljenog i njegovog branioca (čiji osnov je upravo poverenje), a da insistiranje na specijalnom punomoćju, pogotovo kada se zahteva da ono bude overeno, nema osnova u važećim odredbama.

Za sva pomenuta „tumačenja propisa“ koja se uočavaju u sudskim odlukama može se reći da imaju jedan zajednički cilj – umanjeње troškova. Naime, zbog jako kratkih rokova zastarelosti, veliki broj prekršajnih postupaka okončava se rešenjem o obustavi zbog nastupanja zastarelosti. Kako u tom slučaju troškovi padaju na teret suda, pomenuti stavovi izraženi u odlukama imaju za cilj upravo smanjenje ukupnih troškova postupka. Da je u pitanju ozbiljniji problem govori i činjenica da su računi sudova često u blokadi, upravo zbog nemogućnosti da isplate iznose koje okrivljeni po tom osnovu potražuju. Međutim, to ipak ne može biti opravdanje za postupanje protivno odredbama važećih propisa, već bi rešenje trebalo tražiti u njihovim izmenama (prevashodno u pravcu mogućeg

produžetka rokova za nastupanje zastarelosti) radi očuvanja pravne sigurnosti i zakonitosti postupanja svih učesnika u postupku.

IVANA RADISAVLJEVIĆ
Lecturer, Faculty of Law
University of Belgrade

COSTS OF MISDEMEANOR PROCEEDINGS

Summary

The paper is dedicated to the analysis of the provisions governing the issue of costs of misdemeanor proceedings. Although this is an area that is regulated in detail by the law, the application of regulations has shown that there are still numerous doubts in the interpretation, application, and understanding of particular provisions. In this regard, in addition to the analysis of current legislation, this paper provides an overview of numerous decisions of the courts of the Republic of Serbia, pointing out the different positions taken by the courts regarding certain issues and the evolution of these positions over time. Special attention is paid to the costs that the defendant had in connection with the engagement of the defense counsel in order to determine which costs can(not) be claimed on this basis. Also, the subject of more detailed analysis is two related issues – who is entitled to the costs and to whom the procedure costs can be paid. While on the first issue, the case law generally accepts that the defendant is entitled to the costs and that the costs are awarded to him, the position on the conditions under which they can be paid to the defense counsel is not uniform – sometimes it is considered sufficient for the defense counsel to have a general power of attorney for representation, while, especially in recent decisions, the existence of a special power of attorney given only for that purpose is required.

Key words: costs, misdemeanor proceedings, costs of defense counsel, power of attorney

Literatura

- Delić N., Bajović V., *Priručnik za prekršajno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Grubač M., Vasiljević T., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, PROJURIS, Beograd, 2014.
- Janković S., „Obrazloženje odluke kojom se okrivljeni oslobađa plaćanja troškova krivičnog postupka“, *Pravni informator*, br. 10, 2012.
- Janković S., „Žalba protiv odluke o troškovima krivičnog postupka“, *Pravni informator*, br. 12, 2005.
- Kritzer M. H., Sarat A., Trubek M. D., Bumiller K., McNichol E., „Understanding the Costs of Litigation: The Case of the Hourly-Fee Lawyer“, *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 9, No. 3, 1984.
- Petrašinović S., „Pojedina pitanja troškova krivičnog postupka“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, 2019.

- Petrenj P., „Odluka suda o troškovima krivičnog postupka“, *Glasnik Advokatske komore u AP Vojvodini*, br. 3, 1966.
- Petrić B., „Troškovi krivičnog postupka“, *Glasnik Advokatske komore AP Vojvodine*, br. 12, 1957.
- Popović M., „Dokazni postupak – dileme i nedostaci u praksi“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 2, 2017.
- Rilaković I., „Troškovi prekršajnog postupka – problemi u praksi“, *Branič*, br. 2, 2020.
- Škulić M., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.
- Vukajlović M., „Troškovi prekršajnog postupka“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 1–2, 2007.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 05.10.2021.

Prihvaćen: 27.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

BRANKO PERIĆ

KRIVIČNE PROCEDURE – TRIJUMF PROCESUALIJA I ANAHRONOG FORMALIZMA

Pravosuđe u zemljama regiona je u ozbiljnoj krizi. Građani se udaljavaju od pravde i gube povjerenje u njenu dostupnost i efikasnost. Skupe i dugotrajne reforme u zemljama tranzicije ne daju očekivane rezultate. Autor razmatra neke zastarjele i anahrone procedure kao jedan od razloga tromosti i neefikasnosti pravosuđa. U krivičnom postupku se gubi dragocjeno sudsko vrijeme na čitanju optužnih akata, uzimanju ličnih podataka, uzimanju besmislenih zakletvi, čitanju presude i raznim procesualijama koje nemaju nikakvog procesnog značaja. Radikalna reforma procesnih sistema je jedini put da se izade iz okvira okoštalih formi i procesualija i pravosudni sistemi prilagode dinamici društvenog razvoja i stalnog informatičkog napredovanja.

Ključne riječi: kriza pravosuđa, krivične procedure, zastarjele i anahrone forme, procesualije, dostupnost pravde, radikalna reforma

U V O D N E N A P O M E N E

Pravosuđe u državama našeg okruženja dugo vremena prolazi kroz ozbiljne krize. Njegova sposobnost da se efikasno nosi sa najtežim oblicima kriminala dovodi se u ozbiljnu sumnju. Njegove reforme su spore i dugotrajne, a rezultati ispod očekivanja. I u nekim članicama Evropske unije (Poljska, Rumunija i Bugarska) pravosudne reforme su mahom neuspješne. Evropska komisija ne uspijeva da projekte reforme prilagodi pravosudnoj problematici nacionalnih pravosuđa.

Branko Perić, sudija Suda Bosne i Hercegovine, e-mail: brankoperic321@gmail.com.

Države u trazičiji gube bitku u obračunu sa modernim oblicima organizovanog kriminala, kao što su korupcija, trgovina ljudima, drogom i oružjem. Ekonomije nekih država poživaju na proizvodnji i prometu narkotika. Neke države sve više liče na kriminalne organizacije. Informatički kriminal postaje nova specijalnost mafije i izazov na kome se testiraju sposobnosti država za njegovo sprečavanje. Ogroman novac se troši na reforme pravosuđa, ali rezultati izostaju.

Efikasnost pravosudnih sistema je dugogodišnji problem za koji se ne nalaze rješenja. Sudski postupci traju sve duže i proizvode ogromne troškove i za stranke i za državu. Konačne presude gube snagu izvršnosti i često se svode na golo pravo. Pravosuđe je izloženo oštroj kritici zbog klijeztizma, nepotizma i korupcije. Umjesto odgovora na javne kritike, pravosuđe se sve više zatvara.

Građani se zbog neefikasnosti pravosuđa udaljavaju od pravde i gube povjerenje u njenu dostupnost.¹ Zakonodavna i izvršna vlast zanemaruju pravosudne probleme i sve se više fokusiraju na mehanizme njegove kontrole.

Vladavina zakona nije više najpouzdanije oruđe za kontrolu lidera i dostizanje političke i socijalne pravde.²

Pravni jezik je postao suvoparan i nerazumljiv. Pravne norme su ostale bez neophodne jasnoće i preciznosti. Pravna nomotehnika se izgubila u šumi detalja koji zbunjuju i odvode pravni um na stranputice tumačenja. Glomazni zakoni se sve više odnose na metode vladanja, a sve manje na efikasnu distribuciju pravde (spvođenje politike). Većina zakona se bavi tehničkim aspektima razvoja pravnog sistema. Građani sve teže razumiju pravnu strukturu novog zakonodavstva.³

Komplikovano i glomazno zakonodavstvo otvorilo je prostor za armiju pravnika u raznim društvenim oblastima.⁴ Oni su stupili na pravnu scenu kao zaštitnici interesa strana u sporu, a ne kao tumači prava i zaštitnici pravde i zakona. Sudnice se pretvaraju u pozornice na kojima se traga za pravdom u lavirintu procesualija i

¹ Alan Uzelac, Pravosuđe u Hrvatskoj; Stanje, uzroci krize i moguće mjere (Teze za razmišljanje), http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/C02_Pravosudje2020.pdf, 22.3.2021.

² Džon Ralston Sol, Volterovi izrodi, *Diktatura razuma na zapadu*, Karpos, Loznica, 2020, 342.

³ Dž. Ralston Sol, op. cit., 343. „U posljednjih sto godina naši tanušni pravni kodeksi su se udvostručili, pa utrostručili, a sad i učetrostručili. Kako se pravda sve više bavila detaljima, tako je, čini se, postajala sve zahtevnija, i stoga je trebao donositi nove zakone. Onda se na tom putu dogodilo nešto neobično. Najednom naš jezik više nije bio u stanju da obuhvati apsolutne koncepte. .. I svaki novi zakon umesto da krpi rupe, stvarao je nove.“

⁴ Dž. Ralston Sol, op.cit., 344, „U SAD danas radi oko 350.000 advokata, a samo u Vašingtonu ih je oko 25.000“.

pravosudne teatralnosti. Danas nije nikakva novost ako iz istog suda izađu različita pravna mišljenja o istoj stvari. Taj apsurd se podvodi pod sudsku samostalnost i nezavisnost u pravnom zaključivanju. U pravosuđu nema dijaloga o pravnim pitanjima. Javnost nema informacija šta su kontroverzna pitanja pravnog poretka i na koji način se rješavaju. Čini se da pravosuđe nije predmet interesovanja izvršne i zakonodavne vlasti.

Pravosudne procedure su glomazne i anahrone. Formalnosti koje vladaju nekim sudskim postupcima su anahrone, besmislene i sumorne.

Dok se život sve više ubrzava, pravosuđe je sve sporije. Tromost pravosudnih sistema ide na ruku organizovanom kriminalu i kriminalizovanim politikama. Kriminalne strukture koriste dezorijentisano pravosuđe za ulazak u strukture vlasti. Rijetke tužilačke istrage otkrivaju ove veze, ali krivci ostaju izvan dometa pravde. Perspektiva je prilično mračna.

Ovim osvrtom se želi ukazati na neke anahrone procedure u krivičnom procesnom zakonodavstvu koje odugovlače postupak, utiču na dostupnost pravde i doprinose opštem nepovjerenju u sposobnost pravosuđa.

ČITANJE OPTUŽNICE

Zakonodavac prilično detaljno uređuje dinamiku glavnog pretresa pred krivičnim sudom. Prema slovu zakona, pretres počinje čitanjem optužnice.⁵

Optužnica je tužilački akt koji je već prošao fazu sudskog postupka u kome je optužnica razmatrana i potvrđena kao akt u kome je u propisanoj formi sadržan pravni i činjenični opis krivičnog djela. Sudija ili sudsko vijeće se sa optužnicom upoznaje prije zakazivanja suđenja. Dakle, sudijama je poznat opis inkriminisanog događaja, bitna obilježja krivičnog djela, kao i pravni opis inkriminacije. Optužnica je već u ranijoj fazi krivičnog postupka (faza potvrđivanja) već dostavljena optuženom i braniocu, tako da su i oni upoznati sa njenom sadržinom.

Postavlja se pitanje kome je i zbog čega potrebno optužnicu čitati ako je njena sadržina poznata svim akterima suđenja.

Jedini razuman razlog može biti potreba da se javnost koja prati suđenje upozna sa činjeničnim opisom inkriminisanog događaja i njegovim pravnim opisom kako bi se suđenje lakše pratilo.

⁵ Zakon o krivičnom postupku BiH, ZKP BiH, Službeni glasnik BiH, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13, član 260.

Da li će čitanje optužnice zaista pomoći javnosti da razumije optužnicu i olakšati praćenje suđenja? Da li bi se optužnica lakše razumjela ukoliko bi tužilac u skraćenoj verziji i na manje komplikovan način iznio njenu sadržinu u uvodnoj riječi?

Prije svega, treba imati na umu da su za javnost interesantni samo slučajevi koji su u vrijeme otkrivanja izazvali određenu pažnju javnosti zbog upletenosti političara i javnih ličnosti u radnje izvršenja krivičnog djela, ili zbog samog načina izvršenja krivičnog djela i njegovih posljedica. Takvi slučajevi su obično prošli procese medijske interpretacije i prestali biti posebno interesantni. U praksi takve slučajeve u fazi glavnog pretresa prate rijetki novinari. Izvještavanja o toku suđenja su obično površna i nezanimljiva.

Optužnice u slučajevima koji izazivaju pažnju javnosti su, po pravilu, složene pravne strukture zbog većeg broja izvršilaca krivičnog djela, više radnji izvršenja, a ponekad i karakterističnog načina izvršenja. One sadrže na desetine stranica i njihovo čitanje zahtijeva fizički i psihički napor za tužioca. Ponekad se opisi radnji izvršenja vezuju za mnoštvo dokumenata koji imaju svoje protokolisane brojeve i datume čije čitanje nema nikakvo posebno značenje za slušaoca. Primjera radi, u optužnicama za krivično djelo krivotvorenja novca navode se serijski brojevi krivotvorenih novčanica koje tužioc čitaju i pored toga što je njihovo čitanje potpuno besmisleno. Takve i slične formalnosti bez ikakvog praktičnog smisla samo uzimaju vrijeme i čine sudsku procedure dosadnom i sumornom do te mjere da se svako razuman ko sjedi u sudnici zapita da li u sudu vladaju zakoni logičkog mišljenja.

Smisao zakonske odredbe da glavni pretres počinje čitanjem optužnice se izgubio (ako je uopšte nekada i postojao). Nema nikakve smetnje da se optužnice javno objavljuju na stranicama tužilaštva i suda s obzirom da se radi o službenim aktima koji su javni. Sama činjenica da je sudski pretres javan dovoljno jasno govori da je i optužnica kao predmet sudske rasprave javna. Njeni dijelovi koji se odnose na zaštićene lične podatke mogu sa anonimizirati ako za to postoje zakonski razlozi.

Odredbu o čitanju optužnice mogle bi se izostaviti iz zakonskog teksta. Rješanje problema treba tražiti u pristupu koji neće opteretiti sudski postupak, a koji će ostvariti društveni interes i ciljeve javnosti postupka. Umjesto čitanja optužnice, praksu treba razvijati tako da se optužni akti objavljuju na stranicama pravosudnih institucija, a da tužilac u uvodnoj riječi predstavi slučaj na razumljiv i jednostavan način, uključujući bitna obilježja krivičnog djela i dokaze koje će izvesti. Takav pristup bi uštedio dragocjeno vrijeme svim učesnicima u postupka i unio neophodan dah pravne živosti u sudnicu.

Treba imati na umu činjenicu da u informatičkoj eri mediji javnosti pružaju više informacija o kriminalnoj sferi od onoga što bi se moglo saznati praćenjem suđenja u jednom izolovanom sudskom slučaju.

UZIMANJE LIČNIH PODATAKA

Prema članu 258. ZKP BiH, sudija, odnosno predsjednik vijeća, nakon što uđe u sudnicu i utvrdi da su ispunjene zakonom propisane pretpostavke da se pretres može održati, „uzima od optuženog podatke (član 78.) da bi utvrdio njegov identitet.“⁶

Prije nego što se optuženi nađe na glavnom pretresu, iza njega su dvije faze krivičnog postupka: faza istraga i faza potvrđivanja optužnice. U obje faze od njega se uzimaju lični podaci na način kako to predviđa član 78. ZKP BiH. I pored toga, zakonodavac uzimanje ličnih podataka predviđa kao radnju koju preduzima sudija, odnosno pretresno vijeće na glavnom pretresu.

Da li je to neophodna procesna radnja na glavnom pretresu? Zašto zakonodavac ne vjeruje da su tužilac u istrazi i sudija za prethodno saslušanje, koji je provjeravao i potvrdio optužnicu, taj posao završili na način kako je to predviđeno članom 78? Šta bi mogao biti cilj norme kojom će se na glavnom pretresu (po treći put!) trošiti vrijeme na istu stvar?

Sudije sklone procesualijama odgovarale su na ovakva pitanja činjenicom da postoji mogućnost da su se neki lični podaci u međuvremenu promijenili! Ta mogućnost se može izuzetno pojaviti kada je u pitanju zaposlenje, ili adresa prebivališta ili boravišta, ili promjena imovnog stanja i broja članova porodice, ali svakako se nisu mogli promijeniti datum rođenja, mjesto rođenja i imena roditelja... Ali, izmijenjene činjenice su problem stranaka u postupku i one mogu imati interes da ih predoče sudu ukoliko ih smatraju relevantnim. Potpuno je besmisleno pitati optuženog da li je služio vojsku i da li je odlikovan ako to nije od značaja u konkretnom slučaju. Kao što je besmisleno, pa čak i suprotno kodeksu ljudskih prava, pitati optuženog koje je narodnosti, jer ta činjenica nema nikakav značaj za krivični postupak. Takođe, zakonodavac traži da se od osumnjičenog, odnosno optuženog prilikom uzimanja ličnih podataka zatraže podaci o ranijoj osuđivanosti, što narušava princip nepristrasnog i objektivnog suda. Sudija koji sudi ne bi trebao da bude kontaminiran informacijama o ranijoj osuđivanosti optuženog sve do završnih riječi stranaka.

Nove činjenice vezane za lične podatke su uvijek od interesa za procesni status optuženog. Neke su od značaja za individualizaciju kazne, kao što su zaposlenje, porodično stanje, imovinsko stanje i broj izdržavanih članova porodice i strane u postupku će ih iznositi kao činjenice od značaja za individualizaciju

⁶ Prema članu 389. Zakona o krivičnom postupku Srbije, predsjednik vijeća poziva optuženog da iznese lične podatke. Ako optuženi to odbije, „istovjetnost optuženog će se utvrditi na drugi način“.

kazne. I ne samo iznositi, nego će morati da ih dokazuju dokaznim sredstvima, za razliku od sudije koji ih pribavlja od optuženog samo kao informacije optuženog. Postavlja se pitanje zašto bi se sud bavio pribavljanjem informacija od optuženog ako te informacije nisu dokazi. Optuženog ništa ne obavezuje da daje o sebi istinite informacije.

Da li su neki lični podaci bitni može da zna samo tužilac. Ako su bitni, on je po zakonu dužan do o njima pribavi dokaze, a ne da se oslanja na neproverene izjave optuženog. Ili, od optuženog se traži da kaže da li je, zašto i kada osuđivan. Prije svega, sudija ili pretresno vijeće ne bi trebali da budu kontaminirani činjenicom osuđivanosti optuženog, sve dok tu činjenicu ne bude koristio tužilac kao činjenicu koja je važna za odmjeravanje kazne (otežavajuća okolnost). To bi trebala da bude jedna od važnih pretpostavki nepristrasnog suda.

Nema ozbiljnih procesnih razloga da se sud na glavnom pretresu bavi pitanjima koja nisu u domenu sudskog odlučivanja, kao što su utvrđivanja ličnih podataka optuženog, koga pred sud izvodi tužilac kao državni organ. Sve podatke koje ima uvid u član 78. treba prikupljati tužilac kao dokaze ukoliko su oni od procesnog značaja.⁷

Čini se da je zakonodavac neke odredbe istražnog postupka iz bivšeg zakonodavstva nepotrebno zadržao i na taj način u novi zakon unio nepotrebnu konfuziju.

ZAKLETVA ZA SVJEDOKA I VJEŠTAKA

Reformisano krivično procesno zakonodavstvo vraća zakletve za svjedoka⁸ i vještaka⁹ kao obavezne procesne radnje u modifikovanom obliku. Svjedoci i vještaci polaži zakletve čitanjem teksta zakletve prije svjedočenja (promisorna zakletva).

Poslije Drugog svjetskog rata zakletva je napuštena kao ostatak iracionalnog i sakralnog u dokaznom postupku i besmisleni „formalizam buržoaskog prava“, da bi se u procesni zakon nakon toga vratila u prilagođenoj formi. Zakonodavac je njen tekst očistio od religioznih elemenata kako bi bila prihvatljiva ateistima i pripadnicima svih religija. Međutim, zakonodavac nije propisao njenu obaveznu

⁷ ZKP Srbije takvu obavezu tužioca predviđa u članu 309.

⁸ Tekst zakletve za svjedoka glasi: „*Zaklinjem se – izjavljujem, da ću o svemu što pred Sudom budem pitan, govoriti istinu i da ništa od onog što mi je poznato neću prećutati.*“ (član 88. ZKP BiH).

⁹ Tekst zakletve za vještaka glasi: „*Zaklinjem se čašču – izjavljujem da ću govoriti istinu i da ću tačno i potpuno iznijeti svoj nalaz i mišljenje.*“ (član 270.stav 4. ZKP BiH).

primjenu nego je ostavio kao procesnu mogućnost postupajućim sudijama. U sudskoj praksi zakletva se rijetko koristila.¹⁰

Tekst novirane zakletve za svjedoka razlikuje se od teksta u ranijem zakonodavstvu u smislu da se svjedok više ne zaklinje „svojom čašću“. Umjesto vrijednosti kojom se svjedok obavezuje, zakonodavac koristi simplificiranu sintagmu „zaklinjem se – izjavljujem“, što je značenje zakletve relativizovalo i svelo na uobičajenu izjavu.¹¹

Za razliku od zakletve svjedoka, zakletva za vještaka je zadržala taj bitni elemente (čast!) zakletve, ali je izostavljen dio „...da ću vještačenje izvršiti savjesno i po svom najboljem znanju...“, što ju je u dobroj mjeri osakatile.

Postavlja se pitanje šta je opredijelilo zakonodavca da zakletve svjedoka i vještaka učini obaveznim radnjama u dokazivanju počinjenja krivičnog djela i zbog čega je tekst zakletve za svjedoka modifikovan na način da više nije jasno da li se radi o zakletvi ili običnoj izjavi. Pitanje ima smisla zbog toga što zakletva u našoj pravnoj kulturi i pedesetogodišnjoj sudskoj praksi nije imala nikakav poseban značaj. Razumnog odgovora na ovo pitanje nema. O razlozima nema ostavljenog pisanog traga ni u zakonodavnoj praksi, a ni u pravnoj publicistici. Imajući u vidu činjenicu da je Zakon o krivičnom postupku BiH nametnut odlukom Visokog predstavnika, možemo samo nagađati na koji način su tekstovi zakletvi u noviranom obliku dospjeli u nove procesne zakone.

Ako pokušamo da slijedimo istorijsko značenje zakletve, vidjećemo da su njeni korijeni u religijskoj sferi. „Zakletva se, u suštini, otkriva kao kosmički savez kome pribegava svjedok da bi jamčio svoju reč. Zaklinjući se, on uključuje tu reč u poredak koji premašuje njegovu ličnost i preuzima odgovornost za remećenje tog poretka ako zakletva bude prekršena. Kazna koju takvo zlodelo mora navući na krivca pogodiće njega. Tako se zakletva ukazuje kao simbol solidarnosti sa božanskim i kosmičkim bićem ili sa osobom koja se priziva kao jamac.“¹² Ta veza se odavno izgubila. Ako se tome doda moralni slom društva, logično je zaključiti da je danas svaka vrsta zaklinjanja izgubila suštinski smisao. Gubitak povjerenja u pravosuđe, oduzima zakletvi bilo kakvu smislenu ulogu u ostvarenju pravde.

¹⁰ Branko Petrić: *Komentar zakona o krivičnom postupku*, Grafosrem, Šid, 1982, 760.

¹¹ Identičan tekst sadrži ZKP Crne Gore. (V. Član 117. stav 3. – *Sl.list Crne Gore*, br. 57/09, 49/10, 47/ 14 i 28/18). U ZKP Srbije, tekst zakletve za svjedoka glasi: „*Zaklinjem se svojom čašću da ću o svemu što budem pitan govoriti samo istinu i da ništa od onoga što mi je poznato neću prećutati*“ (član. 96).

¹² Alen Gerbran, Žak Ševalije, *Rečnik simbola*, IK Kiša i „Stilos“, Novi Sad, 2009, 1077.

VRAĆANJE PRETRESA NA POČETAK NAKON 30 DANA

Novirano krivično procesno zakonodavstvo zadržalo je u neizmijenjenom obliku odredbu bivšeg procesnog zakona o ponovnom početku glavnog pretresa od čijeg je odlaganja proteklo duže od 30 dana,¹³ kao i ako se pretres drži pred drugim sudijom, odnosno predsjednikom vijeća.¹⁴

Smisao ovih odredaba treba tražiti u načelu neposrednosti suđenja koje podrazumijeva da se dokazi na glavnom pretresu izvode pred sudijama koji će imati mogućnost da neposrednim opažanjem (doživljajem) i zaključivanjem donose odluke o postojanju krivičnog djela i krivičnoj odgovornosti optuženog. Zakonodavac je očigledno pošao od načela da je neposrednost neophodna da bi se mogao izvesti pravilan i na zakonu zasnovan zaključak o ostvarenim bitnim obilježjima krivičnog djela i krivičnoj odgovornosti. Drugim riječima, ako neposrednost nije obezbijedena nakon odgođenog glavnog pretresa, ne bi se moglo raditi o nastavku glavnog pretresa, zbog čega bi pretres morao ponovo početi.

Zakon o krivičnom postupku bivše SFRJ¹⁵ predviđao je da pretres mora (obligatorno!) iznova početi ako je odlaganje trajalo duže od mjesec dana, ili ako se pretres drži pred drugim predsjednikom vijeća.¹⁶ Za slučaj izmjene sastava vijeća, bez obzira na protek roka, ovaj zakon je predviđao mogućnost da se, nakon saslušanja stranaka, odluči da se svjedoci i vještaci ponovo ne saslušavaju i da se ne vrši novi uviđaj, nego da se pročitaju iskazi svjedoka i vještaka na ranijem pretresu, odnosno da se pročita zapisnik o uviđaju. Za razliku od ovog rješenja koje je tražilo samo „saslušanje stranaka“, a ne i saglasnost, naš zakonodavac pooštrava uslove i zahtijeva „saglasnost stranaka i branioca“.

Postojeća odedba se u praksi ne primjenjuje. Po pravilu, stranke i branioci se saglase da se svjedoci i vještaci ne saslušavaju ponovo, nakon čega sud formalno konstatuje da se raniji iskazi čitaju i pretres se nastavlja. Dakle, na praktičnom nivou nema čitanja iskaza, kao zamjene za neposredno izvođenje dokaza, čime je

¹³ Glavni pretres koji je odgođen mora ponovo početi ako se izmijenio sastav vijeća ili ako je odgađanje trajalo duže od 30 dana, ali uz saglasnost stranaka i branioca vijeće može odlučiti da se u ovakvom slučaju svjedoci i vještaci ne saslušavaju ponovo i da se ne vrši novi uviđaj, nego da se koriste iskazi svjedoka i vještaka dati na ranijem glavnom pretresu, odnosno da se koristi zapisnik o uviđaju (član 251.stav 2. ZKP BiH).

¹⁴ Ako se glavni pretres drži pred drugim sudijom, odnosno predsjednikom vijeća, glavni pretres mora ponovo početi i svi dokazi moraju se ponovo izvesti. Izuzetno, ako se pretres drži pred drugim predsjednikom vijeća, uz saglasnost stranaka i branioca, vijeće može odlučiti da se ranije izvedeni dokazi neće ponovo izvoditi (član 251.stav 3. ZKP BiH).

¹⁵ Zakon o krivičnom postupku, *Službeni list SFRJ*, br. 4/77.

¹⁶ *Ibidem*, član 305. stav 3.

praksa odredbu učinila besmislenom. Međutim, postoje i slučajevi kada odbrana zahtijeva da pretres krene iznova, ali kao opstrukcija sračunata na odugovlačenje postupka, i to uglavnom tamo gdje postoje animoziteti ili nesporazumi između odbrane i sudije, odnosno sudskog vijeća.

Činjenica da je praksa ovakvu odredbu učinila besmislenom i činjenica da ona otvara mogućnost zloupotreba, nalaže da se o njenom procesnom smislu i cilju razmisli. Da li je ovakva odredba razumna i da li ostvaruje legitiman cilj?

Prije svega, treba ukazati na činjenicu da ovakva odredba ugrožava princip efikasnosti postupka i načelo suđenja u razumnom roku. Sama zakonska mogućnost da se suđenje u složenim predmetima vraća na početak nosi potencijal opstrukcije pravde i ozbiljnu prijetnju vladavini prava i povjerenju javnosti u pravosuđe. S druge strane, njen cilj se vremenom izgubio u reformskom procesu pravosuđa uvođenjem tehnologije koja omogućava audio i video reprodukciju procesa neposrednog izvođenja dokaza. Vjerna reprodukcija omogućava novom članu sudskog vijeća da se u kratkom vremenu upozna sa cijelim tokom izvođenja dokaza, zbog čega se pokazuje apsolutno nepotrebnim vraćanje pretresa na početak i ponovno saslušanje svjedoka i vještaka. Takođe, reprodukcija suđenja čini potpuno izlišnim obavezu vraćanja na početak u slučaju protoka roka od 30 dana jer reprodukcija suđenja omogućava vijeću i strankama u postupku da obnove sjećanje i normalno nastave glavni pretres.

Inače, rok od 30 dana izaziva opravdane nedoumice. Zašto je 30 dana relevantan protok vremena da bi vratio na početak pretres koji traje dvije godine? Da li je taj rok naučno relevantan za očuvanje sjećanja i kontinuitet pamćenja? Zar nije normalno da kontinuitet pamćenja blijedi u svakom dugotrajnom suđenju?

Ova odredba je izgubila svoj smisao i legitiman cilj, zbog čega je treba brisati iz zakona. Nikakve modifikacije nisu neophodne. Jedino što novom članu sudskog vijeća treba obezbijediti su vrijeme i uslovi da pregleda snimak ranijih suđenja,¹⁷ što je pitanje organizacije pretresa i zdravog razuma.

Zakonodavac Srbije je očigledne nelogičnosti bivše odredbe riješio tako što je zanemario rok od 30 dana, a odlaganje i izmjenu sastava vijeća riješio tako što je obavezao sud da prije donošenja odluke omogući izjašnjenje stranaka o tome da li svjedoke i vještake treba ponovo saslušati.¹⁸

¹⁷ Sud Bosne i Hercegovine je zauzeo ovakav stav u predmetu br.S1 1 K 0171182 16 K, gdje se raspravno vijeće pozvalo na slučaj Vojislav Šešelj, u kojem se vijeće MKSJ, takođe, bavilo posljedicama imenovanja novog člana sudećeg vijeća sudije Nianga po nastavak postupka, zauzimajući stav da će „video-snimci sudiji Niangu pomoći da vidi kakvo je bilo ponašanje svedoka na suđenju i da oceni njihovu verodostojnost. Dakle, sudija Niang mora da utvrdi da li je s obzirom na te snimke u stanju da se na zadovoljavajući način upozna sa spisom.“ (IT-03-67/T od 13.12.2013).

¹⁸ Član 388. Zakona o krivičnom postupku, *Sl. Glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019.

DOKAZNI POSTUPAK – TRIJUMF PROCESUALIJA

Izvođenje tužilačkih dokaza na glavnom pretresu se u praksi pretvara u dosadno ponavljanje i bavljenje procesualijama bez posebnog pravnog značenja i smisla. S jedne strane, to je danak ukorijenjenoj praksi koja se teško mijenja, a s druge, neinventivnosti u primjeni novog procesnog zakonodavstva. U BiH su dodatnu konfuziju unijele međunarodne sudije sa različitim praksama iz svojih zemalja. Tako su se krivična suđenja pretvarala u scenske probe pravosudnog teatra bez osmišljene režije i znalačke dramaturgije.

Dugotrajna suđenja koja danas pratimo¹⁹ su posljedica jednog nedovoljno osmišljenog procesnog koncepta koji je nastao u kombinaciji adversarnog i kontinentalnog modela krivične istrage i suđenja. Prenošenje istrage u nadležnost tužioca i preuzimanje u dominantnoj mjeri adversarnog procesnog modela, kao alata u rukama teorijski i praktično nepripremljenih tužilaca i sudija, donijelo je niz praktičnih anomalija i stvorilo najgoru moguću praksu. Izgubljeni u lavirintima tumačenja i novom formalizmu, tužioci i sudije su postali zarobljenici procesualija i anahronih formi. Sud više nije mjesto efikasne pravde, nego poligon besmislenih i sumornih procesualija koje sve više obesmišljavaju i sud i pravdu. U očima javnosti, pravosuđe je danas mehanička i nekreativna struktura u koju nije moguće vjerovati.

U krivičnom procesnom modelu koji se primjenjuje u BiH, pred krivičnog sudiju/vijeće koje će provesti suđenje dolazi gola optužnica koju je prethodno potvrdio sudija za prethodno saslušanje na osnovu dokaza koje mu je uz optužnicu dostavio tužilac. Dokazi se nakon potvrđivanja optužnice vraćaju tužiocu da bi ih on u dokaznom postupku neposredno prezentirao sudu. Sud je, dakle, u startu lišen mogućnosti da unaprijed utiče na način i vrstu dokaza koji će se uvoditi u sudski spis. Drugim riječima, sudija koji upravlja glavnim pretresom nema procesnu mogućnost da odbije bilo koji predloženi dokaz tužioca jer bi u tom slučaju uticao na tužiočev plan predstavljanja i dokazivanja slučaja. Istina, sudija uvijek treba da pita tužioca šta dokazuje predloženim dokazom, ali će se teško usuditi da prijedlog odbije ukoliko tužilac insistira na izvođenju najuopštenijim obraloženjem („dokazujem navode optužnice“). Sudije se ne usuđuju da odbijaju dokazne prijedloge čak i kada vide da nisu relevantni i da se ne odnose na odlučne činjenice jer strahuje da bi im presuda mogla zbog toga biti ukinuta. Tako se događa da stranke na glavnom pretresu imaju ključnu ulogu

¹⁹ Pred Sudom BiH suđenja u velikom broju predmeta samo u prvostepenom postupku traju tri do pet godina. Kada se uzme u obzir trajanje istrage i trajanje postupka po žalbi, krivični postupci traju i po deset godina.

u predstavljanju dokaza i upravljanju dokaznim postupkom. Znatno otežana uloga sudije da upravlja postupkom dovodi do toga da se u dokaznom postupku saslušavaju svjedoci čiji iskazi nemaju nikakvog značaja za slučaj, ili vrši uvid u materijalne dokaze koji se odnose na opštepoznate činjenice, ili se uopšte ne odnose na bitna činjenice i okolnosti.

U optužnicama koje dolaze pred sudska vijeća navode se stotine dokaza koje treba izvesti na glavnom pretresu. Među njima su razni akti državnih organa i institucija koji se odnose na činjenice koji nisu od procesnog značaja, ili dokazi o činjenicama koje nisu sporne. Na njihovom predstavljanju i uvođenju u sudski materijal gubi se dragocjeno sudsko vrijeme. Kad običan čovjek čita optužne akte tužilaštva i prati suđenje stiče utisak da je tužilački cilj da se fasciniraju i sud i javnost brojem dokaza i stvori predstava o značaju slučaja, a pri tom gubi iz vida da će to opteretiti krivični postupak i uvesti ga u fazu dugotrajnog suđenja i povredu prava na suđenje u razumnom roku.

Danas je tužilački nastup na glavnom pretresu sveden na zatrpavanje procesnim smećem sudskog dosijea i raznim procesualijama kako bi se ostavio utisak važnog i velikog sudskog slučaja. Rezultat takvog pristupa su dugotrajna i mučna suđenja koja traju godinama i nerijetko završavaju pravnim debaklom.

Informacije i akti policijskih agencija

U tužilačkom predlogu dokaza koje treba izvesti na glavnom pretresu gotovo redovno se predlažu izvještaji policijskih institucija o izvršenju krivičnog djela i pored toga što izvještaji nemaju karakter dokaza. Svaki tužilac zna da su izvještaji ustaljena policijska forma kojom se tužilac informiše o radnjama koje su provele policijske agencije u vezi izvršenja krivičnog djela. Uz izvještaje se, po pravilu, dostavljaju dokazi i informacije na osnovu kojih će tužilac dalje usmjeravati istragu ili donositi tužilačke odluke. Ovakvim izvještajima tužilaštvo ne bi trebalo opterećivati sudski postupak.

Takođe, kao dokazi se predlažu razni propratni akti i službene prepiske policijskih agencija i tužilaštva koje se odnose na komunikaciju vezanu za postupanja i obavještanja, koji nemaju značaj bilo kakvih dokaza. Takvi „dokazi“ se odnose na način postupanja po tužiočevim zahtjevima za prikupljanja dokaza, koji je regulisan zakonom i podzakonskim aktima i kao takvi nisu relevantni dokazi o bitnim obilježjima krivičnog djela. Oni se mogu pojaviti kao bitni za krivični postupak samo ukoliko uključuju prigovor nezakonito pribavljenih dokaza i nezakonito postupanje ovlaštenih policijskih službenika.

Policijski službenici kao svjedoci

Praksa krivičnih suđenja u BiH nametnula je pravilo da se dokazi koje pribave ovlaštena službena lica (zapisnici o uviđaju, pretresu stvari i lica, snimljeni i selektovani presretnuti razgovori, sačinjeni grafikoni i šeme telefonskih komunikacija u organizovanoj grupi) na glavnom pretresu uvode kao dokazi tek po saslušanju u svojstvu svjedoka ili stručnih lica policijskih službenika koji su preduzimali te radnje prikupljanja dokaza. Tako se brojni inspektori policijskih agencija svakodnevno izvode pred sud kako bi potvrdili da su baš oni izveli radnje dokazivanja i potpisali službene dokumente koji su dostavljeni tužiocima. Da li je neophodno da se dokazuje autorstvo službenih dokumenata policijskih institucija? Da li sud polazi od sumnje u zakonit rad ovlaštenih službenih lica kojima je prikupljanje dokaza o izvršenju krivičnih djela obaveza propisana zakonom? Da li sud polazi od nepovjerenja u zakonito postupanje samog tužioca? Čemu dokazivanje autentičnosti službenih dokumenata državnih institucija ukoliko to nije sporno?

Ovakva praksa, koja je preuzeta od nekih stranih tužilaca,²⁰ ozbiljno je opteretila dokazni postupak. Osim toga, ona direktno utiče ne samo na efikasnost suda nego i na neophodnu efikasnost policijskih institucija. Umjesto da se bave istragama, inspektori policijskih institucija gube vrijeme svjedočeći pred sudovima o radnjama koje su preduzimali na osnovu zakonskih ovlaštenja.

Naravno, može se pojaviti potreba da se ovlaštena službena lica saslušaju u vezi načina na koji je službena radnja sprovedena ukoliko to postane sporno. Primjera radi, na zapisniku o pretresu nema potpisa jednog svjedoka, ili optuženi prigovori da svjedoci čija su imena navedena nisu prisustvovali pretresu. Ukoliko nema prigovora zakonitosti vezano za preduzete istražne radnje, nema nikakve potrebe da se saslušavaju službena lica koja su radnje preduzela.

Zapisnici iz istrage o istražnim radnjama koje su preduzimane na osnovu naredbi tužilaštva i suda na osnovu zakonskih ovlaštenja trebaju se smatrati materijalnim dokazima koji se mogu osporavati, ali ih nije potrebno posebno autorizovati i njihovu zakonitost dokazivati. Takav pristup ne bi ni na koji način uticao na prava optuženog i na pravičnost postupka. Odbrana bi uvijek mogla da osporava zakonitost preduzetih radnji i načina njihovog sprovođenja. Takav pristup bi u značajnoj mjeri rasteretio krivični postupak i oslobodio resurse policijskih agencija.

²⁰ U BiH su strani tužioc i sudije vršili pravosudne funkcije u Tužilaštvu i Sudu BiH od 2004. do 2009. godine.

Kult grafoskopa

Pred Sudom BiH ustalila se praksa da se svaki materijalni dokaz koji se namjerava uvesti u sudski spis prethodno stavlja na grafoskop kako bi ga vidjele stranke i sud. Grafoskop je postao procesni kult.²¹ Kao da dokaz ne postoji ako se nije provukao kroz grafoskop! Takva praksa uzima dragocjeno vrijeme, a nema nikakvu svrhu. Tužilac je prije uvođenja dokaza dužan da objasni o kakvom se dokazu radi i šta njime dokazuje. Podrazumijeva se da odbrana taj dokaz ima jer joj je morao biti dostavljen uz optužnicu. Sudija čuje o kakvom se dokazu radi i nije neophodno da ga vidi na grafoskopu, a još manje da ga čita. Osim toga, sud će ga vidjeti kad mu bude predat, a razmotriće ga prije donošenja presude.

Grafoskop je sredstvo tehničke podrške koje može biti korišteno kada je neophodno svima u sudnici na jednostavan način pojasniti neke specifičnosti koje su važne za razumijevanje važnih činjenica i okolnosti. Njegova sudska (zlo)upotreba pokazuje kakve posljedice može proizvesti tehnološki napredak ako dođe u ruke tehnološki nepismenih i nekreativnih ljudi.

Bilo bi mnogo korisnije od upotrebe grafoskopa uspostaviti praksu da tužilac i odbrana prije glavnog pretresa učine nespornim materijalne dokaze tako da se na glavnom pretresu izvode samo dokazi koji su sporni. To bi u znatnoj mjeri skratilo krivični postupak i suđenja učinilo efikasnijim. Možda bi korak u tom pravcu mogao biti da to učini tužilac prijedlogom u optužnici, a sud održavanjem pretpretresnog ročišta na kome bi se određeni dokazi učinili nespornim.

Preslušavanje presretnutih razgovora

Posebne istražne radnje su postale nezamjenjiv alat u otkrivanju i dokazivanju teških krivičnih djela i saučesništva u njihovom izvršenju. Gotovo da ne postoji slučaj neovlaštenog prometa opojnim drogama²² u kome nisu provedene posebne istražne radnje nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija,²³ koje mogu trajati do šest mjeseci. U toku provođenja ove posebne istražne radnje vrši se selektovanje

²¹ Grafoskop kao tehničku podršku u sudnicama imaju samo neki sudovi.

²² Član 195. Krivičnog Zakona Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015 i 35/2018).

²³ Član 116. Krivičnog Zakona Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015 i 35/2018).

razgovora koji bi se mogli odnositi na radnje izvršenja krivičnog djela i osumnjičena lica. Dakle, iz mnoštva komunikacija se izdvajaju razgovori koji bi mogli biti od značaja za dokazivanje.

S obzirom da se i nakon toga pred tužiocem nađe ogroman broj relevantnih razgovora, tužilac je pred najvažnijim zadatkom: iz materijala koji je prikupljen treba izdvojiti najrelevantnije komunikacije, i to u obimu koji mu je dovoljan za dokazivanje odlučnih činjenica. Da bi to uradio, tužilac treba da sačini listu odlučnih činjenica koje dokazuje presretnutim razgovorima. To su najčešće dogovor o izvršenju krivičnoj djela, saučesnici, vrsta i količina droge, vrijednost droge u prometu i pribavljena imovinska korist. U odnosu na svaku od ovih činjenica dovoljno je iz mase relevantnih razgovora izdvojiti svega nekoliko najvažnijih. Tako se dokazni materijal svede na neophodnu mjeru, a njegovo predstavljanje dobije pečat uvjerljivog preciznog dokazivanja.

Praksa nije izgradila jedinstven i uvjerljiv način predstavljanja dokaza prikupljenih presretanjem telekomunikacija. Po pravilu, tužilac na glavnom pretresu predloži slušanje stotine presretnutih razgovora i prepusti ulogu policijskom službeniku koji je učestvovao u izvršenju posebne istražne radnje, koji pušta razgovore na način da prethodno objasni vrijeme snimanja, učesnike i identifikuje telefone preko kojih se komunikacija ostvaruje. Vrlo često policijski službenik objašnjava na šta se razgovori odnose i šta znače šifrovani pojmovi koji se u razgovoru koriste (obično vezani za vrste droge). Preslušavanje traje po nekoliko ročišta. Slušaju se psovke i prepričavanja koja nemaju nikakav procesni značaj.

Ovakve prakse su pogrešne. Tužilac mora imati aktivnu ulogu prilikom slušanja presretnutih komunikacija na pretresu. Službeno lice mu je samo tehnička podrška i ne bi trebalo imati nikakvu drugu ulogu. To znači da se tužilac mora dobro pripremiti za predstavljanje presretnutih komunikacija na način da će izdvojiti najrelevantnije komunikacije i grupisati ih prema optuženim i činjenicama koje se odnose na bitna obilježja krivičnog djela. Prije puštanja razgovora tužilac je taj koji upoznaje sud na šta se snimak odnosi i šta dokazuje razgovorom.

Nakon puštanja svih odabranih razgovora, tužilac može da iskoristi priliku da se ukratko osvrne na činjenice koje je dokazao prezentiranim razgovorima.

OBJAVLJIVANJE PRESUDE

Princip javnosti zahtijeva da izrečena presuda, kao rezultat sudskog postupka, bude dostupna i strankama i javnosti. Zbog toga je zakonodavac predvidio

obavezu da se presuda objavi po završetku glavnog pretresa, „odmah“ po izricanju.²⁴ U složenim predmetima objavljivanje se može odložiti najviše za tri dana. Rok od tri dana je instrukcione prirode i njegovo prekoračenje nije od značaja za pravilno i zakonito presuđenje, tako da nema procesne posljedice.

Pod objavljivanjem krivične presude zakonodavac podrazumijeva čitanje izreke i kratko saopštavanje razloga presude.²⁵

Praksa čvrsto stoji na stanovištu da objavljivanje podrazumijeva dosljedno čitanje činjeničnog opisa radnji izvršenja, pravnog opisa krivičnog djela i visine kazne i ostalih odluka koje su predmet presudjenja. Podrazumijeva se da je to tekst izreke iz zapisnika o vijećanju i glasanju, verifikovan potpisima svih članova vijeća. Nema sumnje da zakonodavac pod objavom podrazumijeva čitanje kompletne izreke presude.

Prvo, objavljivanje je primarno interes stranaka i odbrane. Logično je postaviti pitanje da li stranke i odbranu interesuje čitanje izreke ukoliko u njoj nema izmjena koje su nastale u dokaznom postupku. Njima je činjenični opis poznat iz optužnice i ponovno čitanje nema nikakvog smisla. Ukoliko je nešto izmijenjeno u činjeničnom opisu kao rezultat dokaznog postupka, to je moguće saopštiti u kratkom obrazloženju presude. Dakle, ukoliko samo stranke i odbrana prisustvuju objavljivanju presude, nema razumnih razloga da se izreka presude čita.

Ukoliko objavljivanju presude pored stranaka prisustvuju predstavnici javnosti (najčešće novinari!), postavlja se pitanje da li njih interesuju pojedinosti iz izreke, ili je njihovo interesovanje isključivo vezano za kaznu? Nema sumnje da je javnost zainteresovana isključivo za kaznu i ono što će čuti u kratkom obrazloženju presude. Pojedinosti iz izreke presude su za laičku javnost bez posebnog značaja, jer same po sebi, bez detaljnog pravnog obrazloženja koje će sadržavati presuda, ne pružaju nikakvu logičnu osnovu za razumijevanje presude. Osim toga pažnja prosječnog čovjeka nije u stanju da registruje i memoriše ogroman broj činjenica koje sadrži izreka prosječno složenog sudskog slučaja. Stoga nema razumnih razloga da se izreka presude čita. Interes i stranaka i javnosti biće osiguran objavljivanjem same krivičnopravne sankcije i kratkim obrazloženjem presude, u kome će se obrazložiti kojim dokazima se smatraju dokazanim bitna obilježja krivičnog djela.

²⁴ Član 286.stav 1. Zakona o Krivičnom Postupku Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/2003, 32/2003 – ispr, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018.

²⁵ *Ibidem*, član 286.stav 2.

Ne treba zaboraviti ni činjenicu da zakonodavac nalaže da će svi koji prate objavljivanje presude saslušati čitanje izreke stojeći, što u velikom broju slučajeva predstavlja prekomjeran fizički napor.

Na kraju, ukoliko bi sudije u praksi propuštale da prilikom objavljivanja presude izreku pročitaju, to ne bi povlačilo pitanje bitne povrede odredaba krivičnog postupka jer takav propust ni na koji način nije mogao uticati na zakonitost i pravilnost presude.

UMJESTO ZAKLJUČKA

Reforme procesnih zakona ne uspijevaju da procedure oslobode istorijskih naslaga forme koja je izgubila cilj i svrhu. Istovremeno, praktičari, kojima procesni zakon treba da služi kao efikasno sredstvo za primjenu materijalnog prava, ne uspijevaju da se otrgnu od kulta okoštale prakse i rizika da pogrešno primjenjuju zakon, zbog čega bi im presuda mogla biti ukinuta. Umjesto da bude mjesto dostupne pravde, sud postaje mjesto anahronih i sumornih procedura.

Nesposobnost praktičara da pravilima tumačenja izađu iz okvira prevaziđenog formalizma onemogućava evoluciju procesnog prava i efikasno ostvarivanje pravde. Proces postaje predmet neprestanog fokusa suda. Procesni problemi rješavaju se novim procesnim normama, a nove norme otvaraju nove probleme. U tom normativnom procesnom kolopletu oživljava se procesna pravičnost na uštrb pravde. Procesno pravo sve više postaje sredstvo koje ima tendenciju da postane samo sebi svrha.²⁶

U tom procesnom lukavstvu sudija postaje sve manje vidljiv kao autoritet u čijim rukama je pravda. On nije neko ko je u naučnom procesu osposobljen da vidi pravdu i da je nepogrešivo dodjeljuje. Pravda se zapetljala u proces u kome sudija nije pravni autoritet jer samo primjenjuje pravila igre u kojoj se nadmeću majstori forme.

Krajnje je vrijeme da se procesna pravila očiste od nepotrebnog formalizma, a sudije okrenu djelotvornoj i dostupnoj pravdi. Ukoliko procesni pravosudni sistemi ostanu zatvoreni u okovima tradicionalnih formi, pravosuđe će biti istisnuto na periferiji života i ustupiti mjesto nekim drugim sistemima distribucije pravde.

Hitna radikalna reforma procesnog sistema je jedini put da se raskrsti sa ukorijenjenom praksom i kultom procesualija. Sudski procesni sistemi moraju da prate razvoj društva i novu radnu filozofiju. Informatičko napredovanje, koje diktira dinamiku života, zahtijeva prilagođavanja procesnih sistema potrebama efikasne pravde.

²⁶ Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, 1980, 229.

BRANKO PERIĆ

Judge of the Court of Bosnia and Hercegovina

CRIMINAL PROCEEDINGS – TRIUMPH OF PROCEDURAL
TECHNICALITIES AND ANACHRONOUS FORMALISM

Summary

Judiciary has been facing a serious crisis in the countries of the region. Citizens are moving away from justice, losing confidence in its accessibility and efficiency. Costly and protracted reforms in transition countries have not produced the expected results. The author discusses certain obsolete and anachronistic procedures as one of the reasons for the slackness and inefficiency of the judiciary. Precious time is lost in criminal proceedings by reading out indictments, taking personal details, taking meaningless oaths, reading out judgments and various other procedural trifles void of any procedural meaning. A radical reform of procedural systems is the only way out of the bounds of rigid forms and procedural inessentials, so that judicial systems can adapt to the dynamics of social development and continuous advances in the field of information technologies.

Key words: crisis in the judiciary, criminal procedures, obsolete and anachronistic forms, procedural trifles, accessibility of justice, radical reform

Literatura

Gerbran A., Ševalije Ž., *Rečnik simbola*, IK Kiša i Stilos, Novi Sad, 2009.

Petrić B., *Komentar zakona o krivičnom postupku*, Graforem, Šid, 1982.

Radbruh G., *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, 1980.

Ralston Sol Dž., *Volterovi izrodi, Diktatura razuma na zapadu*, Karpos, Loznica, 2020.

Uzelac A., *Pravosuđe u Hrvatskoj; Stanje, uzroci krize i moguće mjere (Teze za razmišljanje)*, http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/C02_Pravosudje2020.pdf.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 25.05.2021.

Prihvaćen: 20.06.2021.

STRUČNI RAD

MILOŠ BABIĆ

IVANKA MARKOVIĆ

OSNOVNA NAČELA U NOVOM KRIVIČNOM ZAKONIKU REPUBLIKE SRPSKE

U Krivičnom zakoniku Republike Srpske iz 2017. godine izvršene su značajne izmjene u odredbama u kojima su sadržana osnovna načela, pri čemu je prihvaćen i određeni broj načela koja u ovim odredbama našeg ranijeg krivičnog zakonodavstva nisu postojala. Većinu ovih načela ne sadrže ni druga krivična zakonodavstva sa ranijih jugoslovenskih prostora, ali ih poznaju neka evropska krivična zakonodavstva. Kao nova načela predviđena su načela jednakosti učinilaca krivičnih djela, pravednosti i srazmjernosti, poštovanja ljudskog dostojanstva i ličnosti učinioca i oduzimanja imovinske koristi. Autori su detaljnije obradili novo načelo zakonitosti koje je prihvaćeno ZID KZRS/2021 godine nakon Odluke Ustavnog suda Republike Srpske kojom je Sud utvrdio da odredba u kojoj je ovo načelo predviđeno (čl. 2 st. 2) nije u saglasnosti sa čl. 20 Ustava RS. Po mišljenju autora radi se o odluci čija je pravna utemeljenost upitna, jer je zasnovana na neodgovarajućem tumačenju odredbe iz čl. 2 st. 2 KZRS. To je rezultiralo novom i neprihvatljivom odredbom, budući da ovim načelom, osim kazne, nisu obuhvaćene i druge krivične sankcije, što nije u saglasnosti sa sadržajem ovog načela u današnjem krivičnom zakonodavstvu, kao ni sa odredbama Rimskog statuta koje se odnose na ovo načelo.

Ključne riječi: načelo zakonitosti, jednakosti učinilaca, pravednosti i srazmjernosti, poštovanja ljudskog dostojanstva i ličnosti učinioca

Prof. dr Miloš Babić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, sudija Suda BiH, u penziji, e-mail: milosbabic2012@gmail.com.

Prof. dr Ivanka Marković, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, e-mail: ivankam2003@yahoo.com.

U V O D

Osnovnim načelima Krivičnog zakonika Republike Srpske iz 2017. godine¹ izražavaju se osnovna polazišta koja predstavljaju opšteprihvaćene i univerzalne vrijednosti u savremenom krivičnom pravu, opšte principe na kojima se zasniva današnje krivično zakonodavstvo. Ona predstavljaju osnove i temelje na kojima se zasniva savremena kriminalna politika i krivično pravo. U osnovi, ova načela imaju karakter opštih postavki ili pravila koje je potrebno uvažavati pri oblikovanju i primjeni krivičnog zakonodavstva. Njihova je funkcija obezbjeđenje čvrstih granica državne vlasti, pravne sigurnosti građana, njihovih prava i sloboda.

U odnosu na prethodno krivično zakonodavstvo, ova glava Krivičnog zakonika je znatno izmijenjena. Ranije je sadržavala samo neka najznačajnija načela, kao što je načelo zakonitosti, subjektivne odgovornosti, ograničenja krivičnopravne prinude i dr. Među njima je bilo i načelo vremenskog važenja krivičnog zakona koje više nije u osnovnim načelima, jer je ono u najznačajnijem dijelu obuhvaćeno načelom zakonitosti. Kako se u preostalom dijelu više radi o pravilima koja se odnose na vremensko važenje i primjenu krivičnog zakonodavstva, ono je svrstano u novu zakonsku glavu koja se odnosi na važenje krivičnog zakonodavstva. U ovu glavu su dodata i neka nova načela, kao što je načelo jednakosti učinilaca krivičnih djela, načelo pravednosti i srazmjernosti, načelo poštovanja ljudskog dostojanstva i ličnosti učinioca i načelo oduzimanja imovinske koristi. I postojeća načela su manje ili više preoblikovana i postavljena jasnije i potpunije, kako u samom naslovu tako i u sadržaju. Time su ove odredbe upotpunjene i jasnije dati principi na kojima se zasniva savremeno krivično pravo i zakonodavstvo. Svakako da je među ovim načelima najznačajniji princip zakonitosti i subjektivne krivične odgovornosti. Princip zakonitosti je neizostavni princip svakog modernog krivičnog zakona, princip koji se svrstava u najznačajnija i najviša načela savremenog krivičnog zakonodavstva, a u sve većoj mjeri i međunarodnog krivičnog prava. Sastavni je dio svih najznačajnijih međunarodnih konvencija koje se odnose na zaštitu ljudskih prava i najznačajniji je instrument te zaštite. Veoma detaljno je regulisan i u Rimskom statutu MKS (čl. 22, 23 i 24).

Odredbe o vremenskom važenju Krivičnog zakonika i važenju opšteg dijela postavljene su u poglavlje o važenju krivičnog zakonodavstva (glava II), a odredbe o krivičnim sankcijama i njihovoj opštoj svrsi u poglavlje o krivičnim sankcijama (glava IV).

¹ Krivični zakonik Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 64/2017, 104/2018 – odluka US, 15/2021 i 89/2021.

OSNOV I FUNKCIJA KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA
REPUBLIKE SRPSKE

Kao i u prethodnom krivičnom zakonodavstvu, u Krivičnom zakoniku na prvom mjestu je odredba koja određuje *osnov i funkciju krivičnog zakonodavstva*.² Odredbe ovakvog karaktera su rijetkost u savremenom krivičnom zakonodavstvu. One nisu neophodne, ali su kriminalno-politički opravdane, jer se njima prvenstveno određuju osnovi na kojima se temelji krivično zakonodavstvo jedne zemlje, a to je svakako Ustav kao najviši pravni akt, kao i opšteprihvaćena načela međunarodnog prava (čl. 1 st. 1 KZRS). To su pravni okviri u kojima su postavljeni i osnovni principi na kojima se zasnivaju savremeni krivičnopravni sistemi. Oni predstavljaju osnov za sve krivičnopravne odredbe i rješenja koja su prihvaćena u našem krivičnom zakonodavstvu. Uvažavanje međunarodnog prava je posebno došlo do izražaja u nekim oblastima krivičnopravne zaštite, kao što je npr. zaštita od različitih vidova zlostavljanja i nasilja nad djecom i ženama, zaštita životne sredine, organizovanog i korupcijskog kriminala, zatim različitih oblika terorističkih krivičnih djela koja predstavljaju posebno opasni vid kriminala u današnje vrijeme.

Osnovna funkcija ovog načela je određivanje, u jednoj sasvim sažetoj formi, opšteg pravca i smjera krivičnopravne zaštite, opšteg kursa i smjernica politike suzbijanja kriminaliteta. Takva jedna odredba programsko-usmjeravajućeg karaktera je sasvim opravdana, posebno u zemljama složene ustavno-pravne strukture i postojanja široko postavljenog tzv. sporednog krivičnog zakonodavstva, sa van-krivično-pravnim inkriminacijama. Ovakva odredba u značajnoj mjeri postavlja direktive i smjernice zakonodavcu u oblikovanju krivičnog zakonodavstva i može imati funkciju jednog kohezionog faktora na nivou osnovnih kriminalno-političkih opredjeljenja. Radi se, dakle, o odredbi koja je u suštini deklarativnog karaktera, jer zaštitna funkcija krivičnog zakonodavstva proizilazi iz samog njegovog sadržaja, smisla svih njegovih odredbi.

² Osnov i funkcija krivičnog zakonodavstva Republike Srpske utvrđeni su odredbom čl. 1 KZRS:

„(1) Krivičnopravne odredbe sadržane u ovom zakoniku zasnivaju se na Ustavu Republike Srpske i opštepriznatim načelima i normama međunarodnog prava.

(2) Osnovna funkcija krivičnog zakonodavstva Republike Srpske je zaštita osnovnih prava i sloboda čovjeka i drugih osnovnih individualnih i opštih vrijednosti koje su ustanovljene ustavom i međunarodnim pravom.

(3) Ova zaštita se ostvaruje određivanjem koja djela predstavljaju krivična djela, propisivanjem kazni i drugih krivičnih sankcija za ta djela i izricanjem tih sankcija učiniocima krivičnih djela u zakonom utvrđenom postupku.“

U odredbi stava 2 određena je zaštitna funkcija našeg krivičnog zakonodavstva koja se sastoji u zaštiti osnovnih individualnih i opštih vrijednosti, a u stavu 3 način ostvarivanja te zaštite. Tu su date osnovne vrijednosti kojima se obezbjeđuje krivičnopravna zaštita. Na prvom mjestu su *osnovna prava i slobode čovjeka i građanina*, kao najznačajnije vrijednosti, dok su ostale individualne i opšte vrijednosti date kroz uopšten izraz generalne klauzule. Dakle, ove vrijednosti su date u jednoj sasvim opštoj formulaciji i ne poklapaju se sa nazivima poglavlja u posebnom dijelu KZ. Tamo postoji mnogo razrađeniji repertoar zaštićenih dobara koja su uzeta kao osnov klasifikacije materije posebnog dijela na grupe krivičnih djela, odnosno na zakonske glave.

NAČELO ZAKONITOSTI

Načelo zakonitosti sadržinski je određeno u čl. 2 KZRS. Definisano je: „(1) Krivična djela i krivične sankcije propisuju se samo zakonom; (2) Niko ne može biti kažnjen za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom predviđeno kao kažnjivo djelo, niti mu se može izreći *kazna* koja za to djelo nije zakonom bila predviđena.“³ Načelo zakonitosti u drugim krivičnim zakonima u okruženju drugačije je formulisano.⁴

³ Ova odredba je nakon odluke Ustavnog suda prihvaćena ZID KZRS/2021.

Prethodna odredba je glasila: „(1) Krivična djela i krivične sankcije propisuju se samo zakonom. (2) Niko ne može biti kažnjen za krivično djelo koje, prije nego što je izvršeno, nije bilo zakonom određeno kao krivično djelo, niti mu se može izreći kazna ili druga krivična sankcija koja nije bila propisana tim zakonom.“

⁴ KZ BiH, čl. 3 (tako i u čl. 4 KZ FBiH i KZ BDBiH): „(1) Krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju se samo zakonom. (2) Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao krivično djelo i za koje zakonom nije bila propisana kazna.“

KZ Srbije, čl. 1: „Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivična sankcija za delo koje pre nego što je učinjeno zakonom nije bilo određeno kao krivično delo, niti mu se može izreći kazna ili druga krivična sankcija koja zakonom nije bila propisana pre nego što je krivično delo učinjeno.“

KZ Hrvatske, čl. 2: „Nitko ne može biti kažnjen za djelo koje prije nego je počinjeno nije bilo utvrđeno zakonom ili međunarodnim pravom kao kazneno djelo, niti mu se može izreći kazna ili druga kaznenopravna sankcija koja nije bila određena zakonom.“

KZ Slovenije, čl. 2: „Nikomur ne sme biti izrečena kazen ali druga kazenska sankcija za dejanje, ki ga zakon ni določil kot kaznivo dejanje, še preden je bilo storjeno, in za katero ni bila z zakonom predpisana kazen ali druga kazenska sankcija.“

KZ Crne Gore, čl. 2: „Kazna ili druga krivična sankcija može se izreći samo za djelo koje je, prije nego što je učinjeno, bilo zakonom određeno kao krivično djelo i za koje je bila zakonom propisana kazna.“

Kod ovog načela izvršeno je nekoliko izmjena. Prva se odnosi na promjenu samog njegovog naziva. To je učinjeno radi toga što ranija formulacija ovog načela nije uobičajena u današnjim krivičnim zakonodavstvima, pa je stoga prihvaćen navedeni naziv koji na jasan način izražava ovaj princip i koji je vladajući u evropskim krivičnim zakonodavstvima. Klasična latinska formulacija *nullum crimen, nulla poena sine lege* – „nema krivičnog djela i kazne bez zakona“ uglavnom se pripisuje njemačkom teoretičaru Anselmu Foerbachu.

Dodata je i nova odredba iz stava 1 u kojoj je predviđeno da se krivična djela i krivične sankcije određuju samo zakonom. Ovakva odredba je značajna jer je njome isključena mogućnost predviđanja krivičnopravnih odredbi od strane nekih drugih organa, jer se to može činiti samo zakonom od strane organa koji je za to nadležan. Ako bi se to činilo nekim drugim aktom, osim zakonom, takvi akti bi bili neustavni. Ona je opravdana i radi toga što se sve više širi krug propisa kojima se predviđaju kažnjiva ponašanja, a bez prethodne stručne provjere i verifikacije. Ovim je istovremeno isključena i analogija u krivičnom pravu, jer ni jedan državni organ nema ovlaštenje da utvrđuje postojanje krivičnih djela po sličnosti obilježja sa nekim drugim krivičnim djelima koja su predviđena u zakonu (zakonska analogija), niti se to može činiti na osnovu pravnih principa ili načela pravnog sistema (pravna analogija).

Izmijenjen je i sadržaj ove odredbe, jer je *izostavljeno međunarodno pravo*, s obzirom da ono samo po sebi ne može biti osnov za kažnjavanje, odnosno izricanje kazni, jer ono ne sadrži „propisane kazne“ niti druge krivične sankcije, a „propisana kazna“ je dio ovog načela koji zajedno sa „u zakonu predviđenim krivičnim djelom“, predstavlja neizostavni integralni dio jedinstvenog principa zakonitosti, što je eksplicitno i navedeno u opisu ovog principa u svim krivičnim zakonima, a u Rimskom statutu čak i u posebnoj odredbi (čl. 23). Odredba iz st. 2 čl. 7 EKLJP za ovu odredbu nije relevantna, imajući u vidu da su krivična djela protiv međunarodnog prava na koja se ona odnosi nalaze u KZ BiH koji tu odredbu na identičan način reguliše u čl. 4a. Međutim, Sud BiH i sa takvom odredbom međunarodno pravo kao takvo ne može neposredno primjenjivati, jer ono ne sadrži sankcije koje nacionalni sud primjenjuje.

Princip zakonitosti predstavlja osnovno i najznačajnije načelo savremenog krivičnog prava koje je po svojoj važnosti prešlo svoje klasične okvire i smatra se posebnom tekovinom civilizacije i svrstano je u katalog osnovnih ljudskih prava.

KZ Makedonije, čl. 1: „На никого не може да му биде изречена казна или друга кривична санкција за дело кое, пред да е сторено, не било со закон или со меѓународните договори ратификувани согласно со Уставот на Република Македонија определено како кривично дело и за кое не била пропишана казна со закон.“

Ono kao jedinstven pojam principa zakonitosti obuhvata dva međusobno povezana sadržaja koji važe kao osnovni principi u uređivanju krivičnih djela i krivičnih sankcija: zakonitost krivičnog djela (*nullum crimen sine lege*) i zakonitost kazne (*nulla poena sine lege*). Ovim su izražene dvije osnovne garantije koje su opšteprihvaćene u današnjem krivičnom zakonodavstvu. Prva se sastoji u tome da građani mogu biti suđeni samo za djelo koje je, prije nego što je učinjeno, bilo predviđeno u zakonu, a druga da mogu biti kažnjeni samo kaznom koja je bila zakonom predviđena za to djelo. Na ovaj način je izražena garantivna funkcija krivičnog prava koja predstavlja osnovni princip savremenog krivičnog zakonodavstva koji podrazumijeva sveobuhvatno osiguranje zakonitosti na području krivičnog prava. To je izuzetno značajna funkcija krivičnog prava kojom se obezbjeđuje zaštita od samovolje i arbitrnosti pravosudnih organa, što je važno naročito s aspekta zaštite ljudskih prava i sloboda građana i ostvarivanja principa pravne države. U vezi sa tim je i poznata Listova (F. von List) izreka da je krivično pravo „Magna charta“ zločinaca. Zbog takvog svog značaja, ovaj princip ima karakter ustavnog načela (čl. 20 Ustava RS) i načela međunarodnog krivičnog prava (čl. 22, 23 i 24 Statuta MKS, čl. 11 st. 2 Univerzalne deklaracije iz 1948; čl. 7 EKLJP i čl. 15 MPGPP).

Ovaj princip implicira više zahtjeva koji predstavljaju njegove integralne komponente koje tek u svojoj ukupnosti i jedinstvu obezbjeđuju njegovu potpunu primjenu, sveobuhvatno osiguranje zakonitosti na području krivičnog prava. Prvi se odnosi na obavezu određivanja krivičnog djela i kazne u zakonu (*nullum crimen, sine lege scripta*), što isključuje primjenu svih ostalih izvora, kako pisanih nižeg ranga od zakona, tako i nepisanih, prije svih običajnog prava i sudske prakse. Drugi zahtjev obuhvata princip određenosti krivičnog djela (*nullum crimen sine lege certa*). Time se nalaže što jasnije i preciznije određivanje krivičnopravnih normi, posebno elemenata krivičnog djela. Treći zahtjev – *nulum crimen sine lege praevie* (nema krivičnog djela bez prethodnog zakona) sadrži zabranu retroaktivne primjene krivičnog zakona. To znači da zakon mora stupiti na snagu prije nego što je krivično djelo izvršeno da bi se mogao primijeniti na učinioca. Četvrti – *nulla poena sine lege stricta* predstavlja zabranu stvaranja inkriminacija ili pooštavanja kazne putem analogije. Najzad, peti zahtjev – *nulla poena sine lege praevie* sadrži uslov da može biti izrečena zakonom predviđena kazna samo ako je bila propisana prije izvršenja krivičnog djela.

Princip zakonitosti je dosta detaljno regulisan u Rimskom statutu koji ga, slično rješenjima prihvaćenim u evropskim krivičnim zakonodavstvima, predviđa u nekoliko svojih odredbi u svim njegovim aspektima. U odredbi čl. 22 st. 1 predviđen je kao princip *nullum crimen sine lege* u kojem stoji da lice neće biti

krivično odgovorno po Statutu ako njegovi postupci ne predstavljaju krivično djelo iz nadležnosti Suda. U st. 2 ovog člana regulisan je princip određenosti krivičnog djela (*lex certa*), prema kojem krivično djelo mora biti jasno određeno i da neće biti u tumačenju proširivano po analogiji, a u slučaju dvojbi, tumačiće se u korist osumnjičenog ili optuženog (pravilo *lex mitior*). U čl. 23 inaugurisan je princip zakonitosti kazne (*nula poena sine lege*) prema kojem lice osuđeno od strane MKS može biti kažnjeno samo u skladu sa Statutom, dok je u čl. 24 st. 1 predviđena *zabrana retroaktivne primjene Statuta* (zabrana retroaktivnosti *ratione personae*), a u st. 2 *obavezna primjena blažeg zakona*, odnosno zakona „koji ide u korist okrivljenog“.

Formulacija odredbe iz st. 2 uslijedila je nakon Odluke Ustavnog suda Republike Srpske (broj: U-69/17 od 31. oktobra 2018) kojom je Ustavni sud utvrdio da dio ove odredbe „nije bio propisan tim zakonom“ i čl. 56 st. 2 tač. 2 Krivičnog zakonika Republike Srpske nisu u saglasnosti sa Ustavom Republike Srpske. Pri tome Ustavni sud naglašava da odredba iz čl. 2 st. 2 KZ „nije dovoljno konkretizovana, te da nema kvalitet zakona (*sic!*)“ i kao takva ne pruža potrebnu garanciju za zaštitu ljudskih prava. Pored toga, u navedenoj odluci se, a nalazeći da osporena odredba odstupa od načela zakonitosti, navodi i sledeće: „Imajući u vidu načelo zakonitosti iz navedenog člana Ustava... sud je ocijenio da je osporenim propisivanjem iz čl. 2 st. 2 Zakonika u dijelu koji glasi: „koja nije bila propisana tim zakonom“, zakonodavac odstupio od navedenog načela zakonitosti, odnosno da u navedenom dijelu osporene zakonske odredbe nije dovoljno konkretizovao navedenu ustavnu garanciju koja izričito jamči da se ne može izreći kazna koja za to djelo nije zakonom bila predviđena.“

Ako se uporedi tekst odredbe iz čl. 20 Ustava RS i ranija odredba iz ovog stava KZ, a imajući u vidu navedenu argumentaciju iz ove odluke, onda je teško razumjeti razloge kojima se Ustavni sud rukovodio i na osnovu kojih je ovu odredbu ocijenio neustavnom. Radi boljeg razumijevanja valja navesti tekst i jedne i druge odredbe. Naime, tekst odredbe iz KZ je glasio:

„(2) Niko ne može biti kažnjen za krivično djelo koje, prije nego što je izvršeno, nije bilo zakonom određeno kao krivično djelo, niti mu se može izreći kazna ili druga krivična sankcija koja nije bila propisana tim zakonom“, a u odredbi čl. 20 Ustava stoji: „Niko ne može biti kažnjen za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom predviđeno kao kažnjivo djelo, niti mu se može izreći kazna koja za to djelo nije zakonom bila predviđena.“

I običnim upoređivanjem teksta ove dvije odredbe jasno je da u pogledu *konkretnosti*, za koju Ustavni sud nalazi da je sporna, gotovo da nema razlike između ove dvije odredbe. Zapravo, odredba iz st. 2 KZ je u izvjesnom smislu konkretnija

jer se, pored toga što se kaže da je kazna predviđena ili propisana zakonom, ukazuje upravo na to da je ona propisana „tim“ zakonom u kojoj je predviđeno i samo krivično djelo za koje je ona propisana, čime se u većoj mjeri učvršćuje i obezbjeđuje princip zakonitosti kazne.

Na sličan način ovo načelo je određeno i u Rimskom statutu u kojem je ono odvojeno od načela zakonitosti krivičnog djela i regulisano u posebnoj odredbi kao načelo zakonitosti kazne (*nulla poena sine lege*, čl. 23 Statuta) u kojoj se naglašava da kažnjavanje može biti samo u skladu sa tim Statutom, dakle, kao i kod nas u ranijem tekstu – u „skladu sa *tim* zakonom“. Ovo pokazuje da navedena argumentacija Ustavnog suda nije zasnovana na ozbiljnoj analizi i razumijevanju teksta navedene odredbe KZ u kontekstu načela zakonitosti i kao takva ona je proizvoljna i pravno neosnovana.

Pored toga, ne stoji ni stav Ustavnog suda da navedena odredba iz KZ u dovoljnoj mjeri ne konkretizuje ustavnu garanciju koja izričito jamči da se ne može izreći kazna koja za to djelo nije propisana, što znači da se tom odredbom u dovoljnoj mjeri ne obezbjeđuje zaštita ljudskih prava od proizvoljne krivičnopravne represije, odnosno primjene sankcija krivičnog prava. Ustavni sud previđa ili ne razumije da su ovako formulisanim načelom sasvim jasno i precizno određene obe integralne komponente načela zakonitosti, *kako zakonska određenost djela, tako i kazne koja je za njega zakonom propisana*. Ovo načelo je na gotovo isti način formulisano i u drugim krivičnim zakonodavstvima, a tako je bilo postavljeno i u našem ranijem krivičnom zakonodavstvu, kao i zemljama u okruženju.⁵ U osnovi na isti način je ono predviđeno i u Rimskom statutu (v. čl. 22 i 23). Sintagma „propisana kazna“ ili „kazna propisana zakonom“ ne podrazumijeva ništa više od toga što je rečeno u navedenoj odredbi KZ i ona se redovno tako tretira u teoriji i tumači u sudskoj praksi. U tom smislu je ovdje značajno navesti stav koji je u vezi sa ovim naveden u Komentaru KZ SFRJ, koji su pisali najugledniji jugoslovenski poznavaoци krivičnog prava tog vremena. Naime, raspravljajući pitanje šta znači „propisati kaznu“ u kontekstu načela zakonitosti, naglašava se da se „po pravilu, kazna propisuje u istoj krivičnopravnoj odredbi kojom se određuje krivično djelo, *ali to nije uslov za sprovođenje principa zakonitosti*. Kazna može biti propisana i u *drugoj odredbi*.“⁶ „Nije od značaja ni da li je *kazna propisana za jedno krivično djelo ili grupu krivičnih djela* (npr. novčana kazna kao sporedna može se izreći za sva krivična dela učinjena iz koristoljublja). Bitno je da je „kazna određena zakonom i na način koji ne izaziva sumnju o kojoj se vrsti kazne radi i u kojim se

⁵ Formulacije u krivičnim zakonima država u okruženju navedene su u prethodnoj fusnoti.

⁶ Franjo Bačić *et al.*, *Komentar krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1978, 15.

granicama ona može izreći.⁷ Prema tome, može se reći da i navedenim načinom predviđanja mogućnosti izricanja kazne, nije povrijeđeno načelo zakonitosti, jer je i na taj način kazna propisana zakonom i ne izaziva nikakvu sumnju o vrsti kazne i njenim granicama.

Očigledno je da Ustavni sud ne razumije da je u pitanju opšte načelo koje ne treba i ne može biti konkretnije, s obzirom na to da slijede posebne odredbe koje ga konkretizuju, prvenstveno pravila koja se odnose na vremensko važenje krivičnog zakona (zabrana retroaktivne primjene zakona, odnosno primjene zakona vremena izvršenja iz čl. 9 st. 1 KZRS; obavezna primjena novog povoljnijeg zakon iz čl. 9 st. 2 KZRS itd.), te odredbe koje se odnose na *princip zakonitosti kod pojedinih kazni*, kao i drugih krivičnih sankcija, a što je predviđeno u posebnim odredbama u kojima su propisani uslovi za njihovo izricanje. Dakle, ovo su osnovne odredbe (takav je i naziv ove glave KZ) opšteg, načelnog karaktera i one imaju karakter opštih pravila koje je potrebno uvažavati pri oblikovanju i primjeni krivičnog zakonodavstva. Riječ je o izvjesnim rukovodnim načelima koja predstavljaju osnove na kojima se zasniva i izgrađuje krivično zakonodavstvo, pa su kao takve usmjerene i prema zakonodavcu. Imajući to u vidu, norme ovih odredaba ne trebaju ni biti konkretnije, one tu funkciju nemaju, ali su osnov za navedene posebne norme koje predstavljaju njihovu konkretizaciju i kao takve čine sastavni dio cjelovitog principa zakonitosti. Iz toga proizilazi da je Ustavni sud predmetnu odredbu iz čl. 56 KZ postavio u pogrešan kontekst, dovodeći je u vezu sa načelom zakonitosti iz odredbe čl. 2 st. 2, a ako je to već smatrao potrebnim, onda je ta veza trebala biti sa posebnom odredbom ili odredbama koje se odnose na princip zakonitosti pojedinih kazni u kojima se to pitanje reguliše konkretno i određuju uslovi za izricanje svih kazni, kao i drugih krivičnih sankcija. Da je to učinjeno, onda se ne bi desilo da se ovom odlukom osporava ustavnost jednog načela koje je kao takvo prihvaćeno prije više od dva vijeka u čuvenom Bavarskom krivičnom zakoniku iz 1813. godine i koje je prihvaćeno u svim demokratskim krivičnim zakonodavstvima.⁸ U tom smislu dovoljno je pregledati samo zakonodavstva u okruženju, kao i u drugim evropskim zemljama, pa vidjeti da svi kod ovog načela koriste gotovo istu formulaciju (kod nas je tako još od Krivičnog zakonika iz 1951. godine). U ovom smislu je potrebno naglasiti i da je potpuno pogrešan stav naveden u Inicijativi da se odredbom iz čl. 56 omogućava izricanje svih kazni propisanih zakonikom (*sic!*), pa se navodi dugotrajni zatvor, zatvor, novčana kazna i zabrana upravljanja motornim vozilom jer je jasno u odredbi

⁷ *Ibidem.*

⁸ Latinska formulacija *nullum crimen, nulla poena sine lege* ovog načela, kako je već rečeno, pripisuje se čuvenom njemačkom teoretičaru krivičnog prava A. Foerbachu, koji je bio istovremeno i redaktor tog Zakonika.

čl. 56 st. 2 tač. 2 navedeno da je u pitanju samo kazna dugotrajnog zatvora, sa jasno navedenim uslovima pod kojima se to *može* činiti i samo u tom izuzetnom slučaju.

Ono što je posebno značajno u poređenju osporene odredbe iz KZ i odredbe iz čl. 20 Ustava, a što Ustavni sud previđa ili ne razumije, sastoji se u tome što ustavno načelo zakonitosti ne uključuje i druge krivične sankcije, što ovo načelo u današnjem krivičnom pravu podrazumijeva i u tom smislu je ono i postavljeno u navedenoj odredbi KZ. To znači da se odredbom čl. 20 ne isključuje mogućnost primjene drugih krivičnih sankcija, bez obzira da li su one bile propisane u vrijeme izvršenja krivičnog djela, odnosno da li su u novom zakonu nepovoljnije za okrivljenog. Iz zakonske formulacije te odredbe ne proizilazi *zabrana primjene ni strože kazne* predviđene u novom zakonu, što je posebna mana ustavnog načela zakonitosti.

Imajući u vidu sve navedeno, nije jasno kojom se logikom ili pravničkim rezonovanjem rukovodio Ustavni sud kada je našao da ova odredba nije u skladu sa zahtjevima načela zakonitosti i spomenutim ustavnim odredbama, ako se ima u vidu da upravo odredbom iz čl. 20 Ustava RS, u mjeri koju nameće načelo zakonitosti, nije garantovana zaštita od izricanja sankcija krivičnog prava i kada one nisu predviđene zakonom ili kada su strože od sankcija vremena izvršenja djela. Dakle, to se može reći upravo za ustavnu odredbu koja ne isključuje primjenu drugih krivičnih sankcija iz novog zakona, za razliku od odredbe iz čl. 2 st. 2 KZ koja to zabranjuje i time značajno učvršćuje princip zakonitosti i istovremeno afirmiše garantivnu funkciju krivičnog prava i pravnu sigurnost građana od neosnovanog kažnjavanja.

Začuđuje nevjerojatna površnost i lakoća kojom Ustavni sud vrši analizu i vrednovanje navedenih odredbi u vezi sa njihovom usklađenošću sa principom zakonitosti i navedenim ustavnim odredbama. Pravno stanovište iz navedene odluke Ustavnog suda o neustavnosti navedenih odredbi KZRS nije zasnovano na ozbiljnoj analizi svih relevantnih odredbi ni valjanoj pravnoj argumentaciji, zbog čega je ona pravno neutemeljena. Riječ je o jedinstvenom slučaju u kojem je Ustavni sud jedne zemlje svojom odlukom utvrdio da je neustavna odredba u kojoj je definisano načelo zakonitosti, koje je po svom sadržaju i zakonskoj ekspresiji, postavljeno na isti način u gotovo svim današnjim krivičnim zakonodavstvima, kao i u najznačajnijim međunarodnim dokumentima, uključujući i Rimski statut.

Kod ovakve odluke Ustavnog suda kojom je utvrđeno da je navedena odredba suprotna odredbi čl. 20 Ustava RS, a kako bi uz navedenu argumentaciju Ustavnog suda to bila i svaka druga sa sličnom formulacijom ovog načela, Radna grupa je ocijenila da je u takvoj situaciji potrebno, ili jedino moguće, doslovno preuzimanje odredbe iz čl. 20 Ustava. Međutim, kako je već navedeno, ozbiljan nedostatak ove odredbe sastoji se u tome što ona načelo zakonitosti svodi samo na kaznu, dok

ovo načelo u savremenom krivičnom pravu podrazumijeva sve krivične sankcije, uključujući i pravne posljedice osude. To znači da ova odredba ne isključuje *moгуćnost primjene drugih krivičnih sankcija*, bez obzira da li su one bile propisane u vrijeme izvršenja krivičnog djela i da li su za učinioca nepovoljnije (npr. mjere bezbjednosti ili neke alternativne krivične sankcije). Pored toga, riječ je o ustavnoj odredbi koja je opšteg karaktera i načelo zakonitosti koje sadrži odnosi se na sve vidove kažnjivih radnji ili djela, što uključuje i prekršaje, pa stoga u formulisanju ovog načela nije trebalo koristiti pojam „kažnjivo djelo“ već „krivično djelo“ jer su u krivičnom zakonodavstvu sadržana samo krivična djela i krivičnopravno načelo zakonitosti podrazumijeva samo krivična, a ne i neka druga zabranjena ili kažnjiva djela. Ovako formulisana ova odredba je u koliziji sa nekim drugim odredbama koje sadrže veoma značajna pravila ovog načela i koja su opšteprihvaćena u današnjem krivičnom zakonodavstvu. To se posebno odnosi na odredbe iz čl. 9 KZRS u kojima su predviđena pravila vremenskog važenja prema kojima se ovo načelo odnosi na sve krivične sankcije, pa čak i pravne posljedice osude ukoliko su one u novom zakonu nepovoljnije po osuđenog.

Ovako suženo, ovo načelo kod nas je bilo predviđeno jedino u KZ/1951 godine, prema kojem je postojala mogućnost primjene mjera bezbjednosti, iako one nisu bile propisane u zakonu vremena izvršenja djela (čl. 63a st. 2). Međutim, uvažavajući promjenu standarda koji se odnose na pravila važenja krivičnih zakona, ocijenjeno je da takvo rješenje ne odgovara sadržaju ovog načela prihvaćenog u savremenom krivičnom pravu, pa je ono u KZ SFRJ napušteno. Ovakva odredba je jedinstvena jer je, ovako formulisanu, ne poznaje ni jedno današnje krivično zakonodavstvo. Stoga je ovakvo određenje principa zakonitosti u krivičnopravnoj teoriji izuzetno kritikovano.⁹

OSNOV KRIVIČNE ODGOVORNOSTI I KAŽNJIVOSTI

Važeći KZRS formuliše načelo osnova krivične odgovornosti i kažnjivosti.¹⁰ Zbog neodgovarajućih ranijih izmjena koje su vršene kod ovog načela, ova odredba

⁹ Više o tome, P. Van Dijk, G.J.H. Van Hoof u suradnji sa A.W. Heringa *et al.*, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima* (prevod dela: *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*), Müller Sarajevo, Sarajevo, 2001, 455.

¹⁰ Načelo je formulisano u čl. 3 KZRS u dva stava:

„(1) Osnov krivične odgovornosti predstavlja izvršeno krivično djelo sa svim svojim obilježjima propisanim u zakonu.

(2) Niko ne može biti kažnjen, niti se prema njemu mogu izreći alternativne mjere, ako nije utvrđeno da je krivično odgovoran za učinjeno krivično djelo.“

je nešto znatnije izmijenjena. To se posebno odnosi na izmjenu izvršenu 2010. godine kada je uvedeno *načelo krivice* (čl. 3a) prema kojem nije bilo moguće izricanje bilo koje krivične sankcije učiniocima krivičnih djela kod kojih nije utvrđena krivica ili skrivljenost. Naravno, takvo rješenje je bilo pogrešno (ostale su odredbe i u KZ i u ZKP prema kojima je to u nekim slučajevima bilo, ne samo moguće, već i obavezno i kada sud nije utvrdio da je učinilac kriv), pa je stoga novelom iz 2013. godine to ograničeno samo na kazne i mjere upozorenja, imajući u vidu da je skrivljenost legitimacija jedino kazne, odnosno ona je u osnovi samo kazne i kažnjavanja (otuda i princip „nema kazne bez krivice“ – *nulla poena sine culpa*). Time je izražena čvrsta vezanost kazne za skrivljenost. Bez skrivljenosti kazna bi se pretvorila u čistu retribuciju, ona bi postala besmislena i suvišna kada je u pitanju specijalna i generalna prevencija. Ovakvu funkciju skrivljenost nema u odnosu na mjere bezbjednosti ili neke druge krivične sankcije koje su u osnovi indiferentne prema učiniočevoj skrivljenosti, jer se osnovi za njihovo izricanje ne nalaze u skrivljenosti, već u opasnom stanju ili opasnosti izvršioca ili se osnov njihove primjene nalazi u nekim drugim, specifičnim razlozima. Slično je i sa vaspitnim mjerama za maloljetnike za čije izricanje nije neophodna skrivljenost, niti izbor vrste i mjere ovih sankcija zavisi samo od toga, jer je njihova osnovna svrha ostvarenje prevaspitnih ciljeva kod te kategorije učinilaca, što u znatnoj mjeri zavisi od stepena vaspitne zapuštenosti maloljetnika, a ne stepena njegove krivične odgovornosti.

Princip subjektivne i/ili individualne odgovornosti je jedno od fundamentalnih načela savremenog krivičnog prava. Krivična odgovornost i kažnjavanje se, pored krivičnog djela u objektivnom smislu, zasnivaju i na skrivljenom izvršenju krivičnog djela. Stepem krivične odgovornosti, skrivljenost učinioca za izvršeno krivično djelo predstavlja osnov i mjeru kazne u savremenom krivičnom pravu. Ona predstavlja jedan od najznačajnijih osnova legitimnosti krivičnog prava, temelj i neprekoračivu granicu kažnjavanja. Kazna može pogoditi učinioca samo pod uslovom da mu se izvršeno djelo može lično pripisati u krivicu, uputiti prekor za to što je učinio. Shvaćena kao lična prekorljivost za protivpravno ponašanje, skrivljenost učinioca je neophodna *pretpostavka legitimnosti kazne*, ona podliježe ovom načelu i mora biti primjerena krivici učinioca i ne smije prijeći tu mjeru.

Princip subjektivne odgovornosti je opšteprihvaćen u krivičnom pravu i znači da učinilac krivično odgovara i može biti kažnjen samo za one radnje koje je sam, lično učinio ili propustio učiniti i prema kojima ima takav subjektivni odnos na osnovu kojeg mu se može uputiti društveno-etički prekor, ili kako se uobičajeno kaže, da mu se dato djelo može staviti na teret. To dalje znači da u krivičnom pravu nema odgovornosti za postupke drugih, za razliku od nekih drugih grana prava u kojima je ovakav vid odgovornosti nekada neophodan. Za razliku od protivpravnosti

(kao obilježja objektivne komponente ovog načela) koja podrazumijeva kršenje određenih zabrana pravnog poretka i koja jednako vrijedi za sve, skrivljenost ili vinovnost označava upravo *individualne sposobnosti i mogućnosti konkretnog učinioca*. Stoga princip krivice kao lične ili individualne odgovornosti za izvršeno djelo podrazumijeva da učinilac odgovara u granicama svoje krivične odgovornosti za svoje sopstveno djelo i svoju odgovornost ne može pravdati odgovornošću drugih. Kao takav ovaj princip je podignut na rang ustavnog načela i načela međunarodnog krivičnog prava.

Ovo načelo je formulisano tako da se za krivičnu odgovornost i kažnjivost zahtijeva postojanje dviju osnovnih komponenti: *objektivne i subjektivne*. U čl. 3 st. 1 KZRS data je objektivna komponenta koja predstavlja neizostavni osnov koji podrazumijeva izvršeno krivično djelo sa svim svojim zakonskim obilježjima. Podrazumijeva se da je za odgovornost učinioca i njegovo kažnjavanje potrebno da sud u krivičnom postupku utvrdi da postoje svi zakonom predviđeni elementi predmetnog krivičnog djela koje je optuženom učiniocu stavljeno na teret. Odredba st. 2 sadrži subjektivnu komponentu ovog načela, što je takođe potrebno u krivičnom postupku utvrditi da bi se optuženi učinilac mogao oglasiti krivično odgovornim za učinjeno krivično djelo.

Naše ranije krivično zakonodavstvo ovaj princip nije izričito regulisalo. Tek je izmjenama iz 2010. godine to prvi put učinjeno. Međutim, bilo bi pogrešno tvrditi da se naše ranije krivično zakonodavstvo nije zasnivalo na ovom principu. Iako ga nije izričito predviđalo kao jedan od principa u osnovnim odredbama, to je proizilazilo iz nekih drugih odredaba, kao što su odredbe o krivičnoj odgovornosti prema kojima je učinilac krivično odgovoran ako je uračunljiv i ako je djelo učinio umišljajno, a izuzetno i nehatno, kao i odredaba koje su se odnosile na odgovornost saučesnika, prema kojima je svako odgovarao prema svojoj sopstvenoj skrivljenosti, odnosno saizvršio su odgovarali u granicama svog umišljaja ili nehata, a podstrekači i pomagači samo u granicama svog umišljaja. U posebno značajnoj mjeri ovaj princip je dolazio do izražaja pri odmjeravanju kazne, jer se kao veoma značajna okolnost vrednovao i stepen krivične odgovornosti.

NAČELO OGRANIČENJA KRIVIČNOPRAVNE PRINUDE

Izmjena koja je izvršena kod načela ograničenja krivičnopravne prinude (čl. 4 KZRS)¹¹ više je formulacijskog nego sadržajnog karaktera. Umjesto pojma

¹¹ Prema ovom članu „krivična djela i krivične sankcije propisuju se samo za ona protivpravna djela kojima se prava i slobode čovjeka i druge individualne i opšte vrijednosti društva ustanovljene ustavom i međunarodnim pravom tako povređuju ili ugrožavaju da se njihova zaštita ne bi mogla ostvariti bez krivičnopravne prinude.“

„krivičnopravna prinuda“ težište je stavljeno na propisivanje krivičnih djela i krivičnih sankcija, što je prihvatljivija formulacija kada je u pitanju ovo načelo. Riječ je o principu *ograničenja krivičnopravne prinude* koji predstavlja jedno od osnovnih načela modernog krivičnog prava po kojem se zaštita osnovnih sloboda i prava čovjeka, te drugih prava i društvenih vrijednosti garantovanih ustavom i međunarodnim pravom, ostvaruje krivičnopravnom prinudom samo pod uslovom da se ta zaštita ne može ostvariti drugim nerepresivnim sredstvima predviđenim u drugim granama prava.

Ovim su postavljeni osnovi i granice krivične represije, odnosno definisan *princip legitimiteta* prema kojem je krivičnopravna prinuda opravdana samo ukoliko zaštitu čovjeka i drugih osnovnih vrijednosti društva nije moguće obezbijediti na drugi način. To znači da ozbiljnost povrede ili ugrožavanja zaštićenih vrijednosti mora biti takve jačine da legitimise primjenu krivičnopravne represije, da je stepen povrede prešao pretpostavljenu liniju ispod koje krivično pravo ne djeluje ili prema zakonskoj ekspresiji, da se zaštita tih vrijednosti ne bi mogla ostvariti bez krivičnopravne prinude. Na ovaj način se uspostavlja princip ograničenja krivičnopravne represije na neophodan minimum i istovremeno izražava mogućnost korišćenja drugih odgovarajućih sredstava za suzbijanje krivičnih djela. Radi se dakle o *principu supsidijarnosti* krivičnopravne zaštite, odnosno pravilu da je krivično pravo posljednje sredstvo (*ultima ratio societatis*) u suzbijanju protivpravnih ponašanja. Ovo načelo obezbjeđuje legitimnost krivičnopravne prinude i ono je značajan kriminalnopolitički kriterijum u njenom određivanju. Međutim, ovo je relativizovano utoliko što realno stanje u savremenom krivičnom zakonodavstvu pokazuje tendenciju širenja krivičnopravne intervencije. Takav trend je prisutan i u našem krivičnom zakonodavstvu, kako osnovnom tako i dopunskom, što jasno proizilazi iz proširivanja opšte zone kažnjivosti kod nižih stadijuma u ostvarenju krivičnog djela (pripremanje i pokušaj), ali i kroz znatan broj novih inkriminacija, kao i proširivanje zone kažnjivosti kod nekih već postojećih. Poseban problem u ovom pogledu je sporedno krivično zakonodavstvo koje se u novije vrijeme izuzetno širi i krivično pravo vodi u inflaciju inkriminacija, što predstavlja ozbiljnu prijetnju njegovom integritetu, pravnoj sigurnosti i načelu zakonitosti.

NAČELO JEDNAKOSTI UČINILACA KRIVIČNIH DJELA

Odredba čl. 5 KZRS sadrži novo načelo čija je svrha obezbjeđenje jednakosti učinilaca krivičnih djela.¹² Pravni osnov ovog načela su ustavne odredbe kojima

¹² „Učinioci krivičnih djela su ravnopravni i podliježu krivičnoj odgovornosti nezavisno od prirode ili vrste izvršenog krivičnog djela, nacionalne, rasne ili vjerske pripadnosti, jezika, vjerskog

se garantuje ravnopravnost građanima, ali i najznačajniji međunarodni dokumenti koji garantuju svim ljudima ravnopravnost i zabranjuju diskriminaciju po bilo kojem od navedenih osnova. Ono podrazumijeva jednakost svih učinilaca krivičnih djela, kako na normativnom nivou, tako i u primjeni krivičnog zakonodavstva. Njegova osnovna svrha se sastoji u otklanjanju diskriminacije učinilaca krivičnih djela.

Na prvom mjestu navedenih osnova nalazi se priroda i vrsta krivičnog djela, što predstavlja nov osnov kod ovog načela. Ostali osnovi se navode i kod nekih drugih krivičnopravnih pitanja, pa ih stoga ovdje nije potrebno posebno ni obrazlagati. Priroda i vrsta krivičnog djela ovdje je posebno navedena radi toga što sadašnje krivično zakonodavstvo u BiH nije u potpunosti u skladu sa ovim načelom, imajući u vidu da imamo, ne samo *dvojno krivično pravo* i *diskriminaciju* na normativnom nivou, već i *diskriminaciju* u primjeni krivičnog zakonodavstva. Ovakvo stanje u našoj zemlji postoji od usvajanja KZ BiH od 2003. godine¹³ prema kojem jedna pravila važe za jedna krivična djela (krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom) i njihove izvršioce, a druga važe za sve ostale. Naime, u čl. 180 KZ BiH prihvaćena su posebna pravila u primjeni najznačajnijih krivičnopravnih pitanja (npr. krivične odgovornosti, krivičnog djela i saučesništva, dakle, centralnih pitanja krivičnog prava) koja se odnose samo na učinioce najtežih krivičnih djela protiv međunarodnog prava i koja se razlikuju od tih pravila iz opšteg dijela KZ BiH (v. npr. čl. 20, 29 i 33) koja važe za učinioce drugih krivičnih djela. Odredbe iz tog člana, Sudu BiH su poslužile i kao osnov za ustanovu *udruženog zločinačkog poduhvata* na osnovu koje se sudi za navedena krivična djela. Takva praksa je nedopustiva, ne samo radi toga što ovaj oblik zajedničkog izvršenja krivičnog djela u tom članu nije ni spomenut, već i radi toga što se njime obuhvataju djelatnosti koje ne obuhvata ni jedan oblik saučesništva koji važi za učinioce drugih krivičnih djela. Time se istovremeno krši i načelo neretroaktivnosti, a time i načelo zakonitosti, jer je ovaj zakon u odnosu na tako važna pitanja postao stroži ili nepovoljniji krivični zakon. Ovakva primjena krivičnog zakonodavstva postoji samo u praksi Suda BiH koji i dalje za djelo iz čl. 172 KZBiH (zločin protiv čovječnosti) primjenjuje kaznu dugotrajnog zatvora, iako je Ustavni sud BiH nakon presude ESLJP u predmetu Maktouf-Damjanović u nekoliko svojih odluka¹⁴ zauzeo stav da

ili političkog uvjerenja, boje kože, pola ili seksualne orijentacije, zdravstvenog statusa ili rodnog identiteta, porijekla, političkog ili društvenog položaja ili bilo koje druge okolnosti.“

¹³ Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018 i 46/2021.

¹⁴ Na primer u predmetu *Trifunović*, broj: AP 4100/09, od 22. 10. 2013. godine.

najstroža kazna zatvora za genocid (a to znači i za sva druga djela protiv međunarodnog prava), ne može prelaziti najtežu kaznu zatvora iz KZ SFRJ, a to je kazna zatvora od 20 godina. Poznato je da entitetsko pravosuđe na ta djela primjenjuje isključivo KZ SFRJ i ne izriče kaznu u dužem trajanju od dvadeset godina (iako je upitno može li preko 15 godina), posebno imajući u vidu poziciju ove kazne koja nije bila predviđena kao posebna vrsta kazne u sistemu kazni, već je bila svojevrsni „privjesak“ smrtne kazne, pa je izostavljanjem ove kazne i kazna od 20 godina prestala postojati (čl. 38 st. 2 KZ SFRJ).¹⁵

Takva diskriminirajuća praksa u primjeni krivičnog zakonodavstva je neosnovana. To je istovremeno i u suprotnosti sa ustavnim načelom o ravnopravnosti građana i načelom nediskriminacije (v. čl. II/4 Ustava BiH i čl. 10 Ustava RS), kao i načelom zabrane diskriminacije iz čl. 14 EKLJP koji glasi: „Uživanje prava i sloboda predviđenih ovom konvencijom obezbjeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo uvjerenje, nacionalno ili socijalno porijeklo, pripadnost nekoj nacionalnoj manjini, imovno stanje, rođenje ili drugo svojstvo.“ To i jeste jedan od osnovnih razloga uvođenja ove odredbe u novi KZ. Nažalost, u našem pravosuđu je prisutna prikrivena ili pritajena diskriminacija i po drugim osnovima, kao što je političko i/ili stranačko opredjeljenje ili uvjerenje, društveni ili politički status, ali nažalost ponekada i nacionalna ili vjerska pripadnost ili opredjeljenje. Za očekivati je da će ovako postavljeno načelo pozitivno uticati na afirmaciju načela ravnopravnosti i nediskriminacije učinilaca krivičnih djela po bilo kojem od navedenih ili nekih drugih osnova.

NAČELO PRAVEDNOSTI I SRAZMJERNOSTI

Načelo pravednosti i srazmjernosti definisano je u čl. 6 KZRS.¹⁶ Iz odredbe čl. 1 proizilazi da je zaštitna funkcija osnovna funkcija krivičnog prava i ona je izuzetno značajna kada su u pitanju, kako opšta tako i individualna dobra i vrijednosti. Međutim, valja imati u vidu da se radi o principu koji ne podrazumijeva primjenu krivičnog prava po svaku cijenu. U današnjem krivičnom pravu nije prihvatljivo shvatanje da je kazna i kažnjavanje opravdano u svakom slučaju; da je cilj kažnjavanja i kazne odmazda i retribucija, odnosno da se na učinjeno zlo odgovori istim zlom.

¹⁵ V. odredbu čl. 38 st. 2 KZ SFRJ. Detaljnije o obaveznoj primjeni novog povoljnijeg zakona, Miloš Babić, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srpske*, Grafomark, Banja Luka, 2021, 64.

¹⁶ Prema ovom načelu „kazne i druge krivičnopravne sankcije koje se primjenjuju prema učiniocima krivičnih djela treba da odgovaraju prirodi i težini izvršenog krivičnog djela, stepenu krivične odgovornosti, okolnostima pod kojima je djelo izvršeno i ličnosti učinioaca.“

Takva utilitaristička orijentacija krivičnog prava, zaštita po svaku cijenu, u današnjem krivičnom pravu nailazi na različite vidove ograničenja. Jedan od njih je upravo i *princip pravednosti i srazmjernosti* kao novo načelo koje predstavlja osnov za primjenu kazni i drugih krivičnih sankcija. Ono podrazumijeva da kazna i druge krivične sankcije moraju biti pravedne i srazmjerne izvršenom krivičnom djelu, tj. da odgovaraju prije svega stepenu krivične odgovornosti učinioca, prirodi i težini krivičnog djela, uključujući i okolnosti pod kojima je ono izvršeno, kao i ličnost samog učinioca. Neprihvatljiva je primjena krivičnog prava i njegovih sankcija bez uvažavanja načela pravde i pravičnosti, a sve radi postizanja potpune zaštite. U suštini takva primjena krivičnog prava predstavljala bi negiranje ideje pravde i pravičnosti, a time i prava i sloboda građana. Pri tome je posebno značajno da se stepen učiniočeve skrivljenosti, njegove krivične odgovornosti ne smije zanemariti u primjeni krivičnog prava. Njegova skrivljenost predstavlja osnov i granicu za kažnjavanje, ona je u osnovi legitimnosti kazne. Kazna podliježe ovom načelu i ne smije prijeći mjeru krivice učinioca. To načelo je bilo poznato još u rimskom pravu i prema njemu kazna ne smije biti veća i stroža od krivice učinioca (*ne maior poena quam culpa sit* – neka kazna ne bude veća od krivice).

Načelo pravednosti i srazmjernosti, zajedno sa načelom iz čl. 7, predstavlja istovremeno ograničenje u primjeni krivičnog prava u fazi izvršenja krivičnih sankcija. Nekada je vrijedilo pravilo da je radi sprečavanja vršenja krivičnih djela, prema učiniocu bila opravdana primjena različitih mjera i tretmana upravljenih na fizički i mentalni integritet učinioca, iako to uopšte nije bilo u srazmjeri sa prirodom i težinom izvršenog krivičnog djela. Navedeno pokazuje da je načelo pravednosti i srazmjernosti u današnjem krivičnom pravu postalo jedno od osnovnih načela, ne samo u njegovoj primjeni ili u izvršenju krivičnih sankcija, već i u stvaranju i oblikovanju njegovih normi. Od posebnog značaja je ovaj princip u propisivanju krivičnih sankcija, a posebno kazne kao osnovne krivične sankcije. Zbog takvog njegovog značaja, ovaj princip se u odredbama o osnovnim načelima sve više nalazi u današnjim krivičnim zakonodavstvima. U našem krivičnom zakonodavstvu je istaknut i kao jedno od opštih pravila odmjeravanja kazne, jer je u tim odredbama eksplicitno naglašeno da vrsta i mjera kazne moraju odgovarati stepenu težine krivičnog djela i krivične odgovornosti. Ovim načelom to pravilo je još više afirmisano. Iako se u tom smislu ističe i svrha kažnjavanja, ipak ta okolnost ne može opravdati primjenu kazne koja je nesrazmjerna težini krivičnog djela i principu pravičnosti.

Ovo načelo je prihvaćeno i u današnjem međunarodnom krivičnom pravu, što se izričito ističe i u nekim međunarodnim aktima. Tako se u odredbi čl. 49 st. 3 Povelje o osnovnim pravima u Evropskoj uniji od 2000. godine, izričito navodi

da „visina kazne ne smije biti nesrazmjerna krivičnom djelu“. Dakle, značaj ovog načela dolazi do izražaja posebno kod kazne kao najznačajnije krivične sankcije i u međunarodnom krivičnom pravu. Pri tome se ponekad zastupa i naglašava stav da bez ostvarivanja principa pravednosti u kažnjavanju najtežih međunarodnih krivičnih djela, nije moguće održavati međunarodni mir. Međutim, smatra se da takav stav ne slijedi i najnovija praksa međunarodnog sudovanja koja je u priličnoj mjeri selektivna, jer obuhvata samo neke, a ne i sve one koji su činili i mnogo teže, odnosno masovne zločine, čime se pokazuje osnovanim prigovor selektivne pravde koji predstavlja kršenje principa pravednosti.

NAČELO POŠTOVANJA LJUDSKOG DOSTOJANSTVA I LIČNOSTI UČINIIOCA

Načelo poštovanja ljudskog dostojanstva i ličnosti učinioca određeno je u čl. 7 KZRS.¹⁷ Ova odredba po svom sadržaju odgovara odredbi iz čl. 105, glave X, KZ od 2000. godine, odnosno istog člana i glave KZ od 2003. godine (osnovne odredbe o izvršenju krivičnih sankcija). Pored ove, u toj glavi se nalazilo i nekoliko drugih odredbi o izvršenju krivičnih sankcija: ustanove za izvršenje krivičnih sankcija i kazne maloljetničkog zatvora (čl. 106), postupanje sa osuđenicima (čl. 107), uslovni otpust (čl. 108), opozivanje uslovnog otpusta (čl. 109) i posebna odredba (čl. 110). Kako se ove odredbe u osnovi odnose na pitanje izvršenja krivičnih sankcija koje se uređuje posebnim zakonskim propisima, nije bilo potrebno da se one i dalje nalaze u KZ. Međutim, kako je izvršenje krivičnih sankcija veoma važan segment krivičnog prava i njegove prinude, potrebno je da krivično materijalno zakonodavstvo sadrži načelne stavove o realizaciji te prinude i njenim ograničenjima radi zaštite ljudskih prava, obezbjeđenja poštovanja ličnosti osuđenih lica i njihovog ljudskog dostojanstva u procesu izvršenja krivičnih sankcija. Radi toga je bilo potrebno pitanje uslovnog otpusta zadržati u odredbama uz kaznu zatvora, jer se radi o značajnoj problematici koja se odnosi na izvršenje kazne zatvora, što je

¹⁷ Načelo je definisano na sledeći način u čl. 7 KZRS:

„(1) U izvršenju krivičnih sankcija učiniocu krivičnog djela mogu biti oduzeta ili ograničena određena prava samo ukoliko je to nužno za izvršenje određene krivične sankcije i u mjeri koja odgovara prirodi i sadržaju te sankcije.

(2) Krivične sankcije se izvršavaju na način kojim se obezbjeđuje poštovanje ličnosti učinioca i njegovo ljudsko dostojanstvo.

(3) Za vrijeme izdržavanja kazne lišenja slobode neophodno je poštovati ličnost osuđenog lica, njegov fizički i duhovni integritet. Takva lica ne smiju biti podvrgnuta mučenju ili drugim oblicima okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja. U slučaju takvog postupanja, mora im se obezbjeđiti sudska zaštita.“

prihvaćeno i u drugim krivičnim zakonodavstvima. Kada je u pitanju ograničenje u izvršenju krivičnih sankcija, odnosno poštovanja ljudskog dostojanstva osuđenih lica u tom procesu, bilo je neophodno ovo značajno pitanje unijeti u vidu posebnog načela u osnovne odredbe. Sličnu odredbu pod naslovom „Ograničenje u izvršenju krivičnih sankcija“, sadrži i KZ BiH (čl. 7) koja po svom sadržaju obuhvata odredbe iz st. 1 i 2 ovog člana.

Svrha ove odredbe, sa ovako formulisanim načelom, je postavljanje granica u izvršenju krivičnih sankcija kako bi se spriječilo nepotrebno pooštavanje krivičnoppravne represije izražene kroz sudsku odluku kojom je postavljena mjera ograničenja prava učinioca krivičnog djela. U tom pogledu su postavljana dvostruka ograničenja: prvo se odnosi na oduzimanje i ograničavanje prava osuđenih lica i ono je limitirano prirodom i sadržajem izrečene sankcije (st. 1); drugo je u funkciji obezbjeđenja poštovanja ličnosti učinioca i njegovog ljudskog dostojanstva (st. 2), odnosno njegovog fizičkog i duhovnog integriteta (st. 3). Granice i mjera ograničenja prava osuđenih lica prilikom izvršenja krivičnih sankcija rezultat su prirode izrečene sankcije, što znači da se u tom pogledu ne može ići preko tih granica. Isto tako, posebno je značajno ograničenje koje se odnosi na čovjekovo pravo na poštovanje njegove ličnosti i ljudskog dostojanstva, fizičkog i duhovnog integriteta u izvršenju kazne zatvora. Međutim, zbog značaja ovog prava, ovo je istaknuto kao princip koji vrijedi u odnosu na izvršenje svih krivičnih sankcija, a ne samo kazne zatvora. Dakle, krivične sankcije se moraju izvršavati na način kojim se obezbjeđuje poštovanje ličnosti učinioca, njegovo ljudsko dostojanstvo, fizički i duhovni integritet. U tom smislu se ta lica ne smiju podvrgavati mučenju ili drugim oblicima okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja. U slučaju takvog postupanja, mora im se obezbijediti sudska zaštita.

Osnov za ovu odredbu nalazi se i u najznačajnijim međunarodnim dokumentima, kao što su: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (čl. 5); EKLJP (čl. 4); MPGPP (čl. 7); Konvencija protiv mučenja (torture) i drugih svirepih, nehumanih i ponižavajućih kazni i postupaka iz 1984. godine (v. član 1–4 Konvencije, Rez. UN, br. 39/46 od 10. dec. 1984 – stupila na snagu 1987. godine); Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, neljudskog i ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja (izmijenjena u skladu sa odredbama Protokola 1, ETS No. 151 i Protokola 2, ETS No. 152, koji je stupio na snagu 1. marta 2002. godine); Kodeks ponašanja lica odgovornih za primjenu zakona;¹⁸ Standardna minimalna pravila za ostvarivanje krivičnog pravosuđa prema maloljetnicima – tzv. Pekinška pravila; Pravila UN o zaštiti maloljetnika lišenih slobode; Osnovni principi tretmana zatvorenika (usvojeni Rezolucijom 42/104 od 7. dec. 1987. godine).

¹⁸ Čl. 1–3, Rez. UN, br. 34/169, od 17. decembra 1979. godine.

Prema tome, iako materijalno krivično zakonodavstvo i zakonodavstvo o izvršenju krivičnih sankcija predstavljaju odvojene grane zakonodavstva, između njih postoji čvrsta međusobna povezanost. To proizilazi iz međusobne veze materijalnog i izvršnog krivičnog prava, jer se i jedna i druga grana prava odnose na problematiku krivičnih sankcija. Odmjeravanje i izricanje krivičnih sankcija i njihovo izvršavanje su samo dvije faze jedinstvenog procesa primjene i izvršenja krivičnih sankcija, što je osnovni cilj i zadatak i materijalnog i izvršnog krivičnog prava. Materijalno krivično pravo ne bi imalo smisla bez izvršnog krivičnog prava, koje zapravo i predstavlja primijenjeno materijalno krivično pravo. Zbog ovakve međusobne povezanosti, ove dvije grane prava su izučavane u okviru materijalnog krivičnog prava kao jedinstvena grana prava sve do sredine 19. vijeka.¹⁹ Zbog značaja izvršenja krivičnih sankcija, a pod uticajem Međunarodne unije za krivično pravo koja se posebno zalagala za reformu režima izvršenja kazni zatvora u to vrijeme, mnoga evropska krivična zakonodavstva između dva svjetska rata su u svoje krivično zakonodavstvo unijele dosta opširne odredbe o izvršenju kazni lišenja slobode (npr. KZ Švajcarske koji je Novelom tog zakonika iz 1971. godine još više proširio te odredbe). Tu ideju je prihvatio i naš KZ od 1951. godine u kojem je jedna cijela glava bila posvećena izvršenju kazne zatvora (glava IV, opšte odredbe o izvršenju kazne). Dakle, zbog značaja pitanja ostvarenja svrhe kažnjavanja, položaja i zaštite prava osuđenih lica u izvršenju krivičnih sankcija, ono je u novom KZ uređeno kao osnovno načelo u osnovnim odredbama KZ. Time je zakonodavac kroz ovu odredbu utvrdio krivičnopravni okvir u kojem će se ovo pitanje posebno i detaljnije regulisati u propisima kojima se uređuje izvršenje krivičnih sankcija. To znači da se ne radi o sasvim novoj odredbi u našem KZ, već samo resistematizaciji ovog pitanja koje je sada zbog njegovog značaja regulisano u osnovnim odredbama.

NAČELO ODUZIMANJA PROTIVPRAVNE IMOVINSKE KORISTI

U čl. 8 KZRS formulisano je načelo oduzimanja protivpravne imovinske koristi.²⁰ Ovo načelo je sasvim novo i ono u krivičnom zakonodavstvu dobija posebno mjesto upravo zbog značaja koje pitanje oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom ima u suzbijanju sve opasnijeg kriminala. Često se u krivičnopravnoj teoriji ističe da je oduzimanje protivpravne imovinske koristi kao mjere

¹⁹ U Francuskoj su doskora postojali udžbenici u kojima je sadržano i materijalno i izvršno krivično pravo.

²⁰ „Niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu izvršenjem krivičnog djela. Imovinska korist, kao i prihodi ili druge koristi nastale iz imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, obavezno se oduzimaju.“

značajnije i od same kazne zatvora u prevenciji i sprečavanju krivičnih djela, posebno kada su u pitanju organizovani kriminal i neka druga koristoljubiva krivična djela. Da li će neki nižerangirani pripadnik određene organizovane kriminalne grupe biti kažnjen kaznom zatvora svakako je značajno, ali je značajnije izricanje mjere oduzimanja protivpravne imovinske koristi kojom se otklanja osnovni uslov za djelovanje organizovanih kriminalnih grupa ili se bar u značajnoj mjeri umanjuju njihovi kriminalni kapaciteti. To su osnovni razlozi što je pitanje oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom svrstano u osnovne odredbe kao jedno od osnovnih načela krivičnog prava, jer se radi o krivičnopravnom pitanju koje je od posebnog značaja u ostvarivanju zaštitne funkcije krivičnog prava. Pored toga, radi se o mjeri koja po svojoj prirodi ne predstavlja povredu ili ograničavanje bilo kakvih prava osuđenih učinilaca i koja je upravljena na oduzimanje nečeg što je pribavljeno protivpravno. Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom je *obavezno* u svim slučajevima u kojima je to utvrđeno. Ovaj princip, kao jedno od osnovnih načela koje se nalazi već u osnovnim odredbama, poznaju i neka druga krivična zakonodavstva (u našem okruženju KZ Hrvatske).

Osnov za ovakvo rješenje predstavljaju i neki međunarodni dokumenti koji se, pored ostalog, odnose i na oduzimanje protivpravno stečene imovinske koristi, odnosno svih prihoda stečenih na kriminalan način. Među značajnije, svakako spada nekoliko okvirnih odluka Savjeta Evrope, kao što su Okvirna odluka o pranju novca, identifikaciji, praćenju, zamrzavanju, prisvajanju i oduzimanju sredstava i prihoda od kriminala, Okvirna odluka o oduzimanju predmeta, sredstava i imovine stečene krivičnim djelom, kao i Varšavska konvencija od 2005. godine. U tom pogledu je značajan i Protokol UN protiv trgovine ljudima koji preporučuje saradnju među državama u različitim oblicima, a jedan od tih je i omogućavanje jednostavnijeg i lakšeg oduzimanja, odnosno konfiskacije imovine i sredstava od izvršilaca tog krivičnog djela. Isto tako, od posebnog značaja su i neke preporuke GRECO-a i MONEYVAL-a, od kojih su svakako najznačajnije one koje se odnose na djela pranja novca i korupcije.

ZAKLJUČAK

U analizi odredaba koje se odnose na osnovna načela u novom Krivičnom zakoniku Republike Srpske iz 2017. godine, razmatrane su odredbe o načelima kojima se postavljaju osnovna polazišta i principi na kojima se temelji savremeno krivično zakonodavstvo. Posebno se analiziraju osnovni kriminalno-politički razlozi prihvatanja novih načela koja poznaju neka evropska krivična zakonodavstva, a koja nisu postojala u našem ranijem krivičnom zakonodavstvu. Pri tome se

posebno ukazuje na zakonodavno stanje nastalo nakon usvajanja KZ BiH iz 2003. godine kojim je u BiH uspostavljeno dvojno krivično zakonodavstvo i diskriminacija učinilaca na normativnom nivou, ali i u primjeni krivičnog zakonodavstva. U tom smislu je od naročito značaja odredba iz čl. 180 KZ BiH kojom su uvedena posebna pravila krivične odgovornosti i saučesništva koja se odnose samo na učinioce najtežih krivičnih djela protiv međunarodnog prava i koja bitno odstupaju od pravila sadržanih u opštim odredbama koja se odnose na učinioce svih drugih krivičnih djela. Ta odredba je Sudu BiH poslužila kao osnov za primjenu ustanove zajedničkog zločinačkog poduhvata, iako se ona u toj odredbi ne spominje, ali i veoma široko tumačenje saizvršilaštva, prihvatanjem saučesničke figure tzv. jedinstvenog izvršioca poznatog u američkom krivičnom pravu. Slični razlozi stoje u osnovi prihvatanja i drugih novih načela, ali i izmjena učinjenih kod već postojećih.

Posebno je analizirano načelo zakonitosti u kontekstu odluke Ustavnog suda RS kojom je utvrđeno da načelo zakonitosti iz ranijeg KZ RS nije u saglasnosti sa Ustavom RS i pri tome se naglašava da pravno stanovište iz navedene odluke Ustavnog suda nije zasnovano na ozbiljnoj analizi relevantnih odredbi, kao ni na valjanoj pravnoj argumentaciji, zbog čega je ona pravno neutemeljena. Na kraju su date i određene kritičke primjedbe na novu formulaciju načela zakonitosti koje je prihvaćeno ZID KZRS iz 2021. godine.

Prof. Dr. MILOŠ BABIĆ
Full Professor, retired, Faculty of Law
University of Banja Luka

Prof. Dr. IVANKA MARKOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Banja Luka

MAIN PRINCIPLES OF THE NEW CRIMINAL CODE OF REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

In the Criminal Code of Republic of Srpska adopted in 2017, significant changes have been made in the part that contains main criminal law principles. In doing so, the Code accepts some new criminal law principles that have not been prescribed by previous criminal laws. Most of these (new) principles are not contained in most of the EX-Yugoslav countries' criminal laws, but they are well known in European criminal laws. The paper contains analysis of the principle of legality in Criminal Code Amendments adopted in 2021 due to the Constitutional Court of Republic of Srpska Decision

on the unconstitutionality of the previous provision on the principle of legality. The authors are of the opinion that the aforementioned CC Decision is legally questionable due to inadequate interpretation of article 2 of the Criminal Code of Republic of Srpska. Such interpretation resulted in principle of legality that, except from punishment, does not cover other criminal law sanctions. Such provision is not harmonized with modern criminal laws, but also with Rome Statute provisions related to the principle of legality.

Key words: principle of legality, equality of criminal offenders, fairness and proportionality, respect human dignity

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 19.09.2021.

Prihvaćen: 21.10.2021.

PREGLEDNI RAD

MIODRAG N. SIMOVIĆ
AMNA HRUSTIĆ

KRIVIČNOPRAVNA SARADNJA U EVROPSKOJ UNIJI: ORGANI, KORPUS JURIS I ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA

U radu se razmatraju neka pitanja u vezi sa organima krivičnopravne saradnje u Evropskoj uniji kao oruđa u krivičnim predmetima za prikupljanje dokaza i mehanizma olakšavanja sprovođenja istrage predviđenog za povećanje unutrašnje bezbjednosti u Evropskoj uniji i bolje saradnje s trećim zemljama. Najprije se posmatra aktuelni legislativni okvir kao temelj za formiranje Evrodžasta, Evropske pravosudne mreže, sudija za vezu, Evropola i Evropske kancelarije za borbu protiv prevara – OLAF. U tom kontekstu se proučavaju različiti faktori koji su uticali na formiranje i rad ovih organa, među kojima se posebno ističu uticaj država članica i važnost međusobnog povjerenja učesnika. Nakon toga slijedi prezentacija okvira nekih najvažnijih pravnih i političkih pitanja koja su u vezi sa veoma važnom institucijom evropskog javnog tužioca, čije je profilisanje rezultat različitih kompromisa. Kao autoritet za donošenje odluka i stvaranje pozitivne prakse krivičnog gonjenja u određenim krivičnim predmetima Kancelarija evropskog javnog tužioca treba stvoriti novi tip tužilačke povezanosti, jedinstvenosti i nezavisnosti u Evropskoj uniji, koja će biti iznad ograničenja i prepreka prisutnih u nacionalnim sistemima tužilaštava. Poseban naglasak je stavljen i na evropski krivični Korpus juris, uz ozbiljnu sumnju da je u Evropskoj uniji stvorena situacija za

Prof. dr Miodrag N. Simović, potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, redovni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, e-mail: miodrag.simovic@ustavnisud.ba.

Mr Amna Hrustić, viši asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici, e-mail: gagulaamna@yahoo.com.

takav zajednički pravni poredak. Zaštita prava građana Evropske unije i potreba za borbom protiv kriminala je previše dragocjena da bi se uvodila u projekat ovog usklađenog sistema, i to bez identifikovanja njegovog cilja. Na kraju, kritički se posmatraju neka pitanja u vezi sa tendencijama u zaštiti ljudskih prava u Evropskoj uniji.

Ključne riječi: Evropska unija, policijska saradnja, pravosudna saradnja u krivičnim predmetima, Evrodžast, evropski javni tužilac, Korpus juris

U V O D

U kontekstu zaštite finansijskih interesa Evropske unije,¹ te razvoja krivičnog prava Unije, došlo je do uvođenja važnih novih instituta krivičnog prava, poput evropskog naloga za hapšenje, evropskog dokaznog naloga, evropskog naloga za istragu u krivičnim stvarima i slično. Da bi praktično došlo do stvarne realizacije zaštite interesa i primjene pravila krivičnog prava Unije, ukazala se i potreba za formiranjem odgovarajućih specijalizovanih organa koji će biti van ingerencija država članica, a istovremeno biti povezani sa organima država članica, te ostvarivati i međusobnu saradnju i saradnju sa odgovarajućim organima Unije. Djelovanjem navedenih organa se nanovo otvara i pitanje uplitanja u ljudska prava, jednako kao što se isto pitanje postavlja i u nacionalnim krivičnim zakonodavstvima prilikom djelovanja nacionalnih organa i to naročito u fazi istrage, kada se nerijetko, prilikom prikupljanja dokaza, zadire u različita ljudska prava. Jedno od, takođe, vrlo važnih pitanja koja se javljaju jeste i pitanje transfera dokaza iz jedne vrste postupka u drugi, što ima i vlastite reperkusije.

ORGANI KRIVIČNOPRAVNE SARADNJE U EVROPSKOJ UNIJI

Evropska unija je moderni politički fenomen nastao kao konsekvencija socijalnog, istorijskog i ekonomskog konteksta dvadesetog vijeka. Ona je jedinstven, *sui generis*, politički sistem. Pored osnovnih, zajedničkih organa (Evropski parlament, Evropski savjet, Savjet, Komisija i pravosudni organ) koji odlučuju o spornim pitanjima koja proizlaze iz osnivačkih ugovora, postoje i drugi organi Evropske unije koji takođe imaju značajnu ulogu u institucionalnoj konstrukciji Unije.

¹ Vidi Maria Kaiafa-Gbandi, „The protection of the EU’s financial interests by means of criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017 Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the Union’s financial interests“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, br. 12, 2018, 575–582.

Evrodžast

Krajem dvadesetog vijeka došlo je do pojave novih oblika krivičnih djela koja su po svojoj prirodi takva da su ih činile transnacionalne kriminalne organizacije, pa se javila potreba za normiranjem takvog ponašanja radi sprečavanja i suzbijanja ovakvih krivičnih djela.² Da bi se ostvario ovaj cilj, u Tempereu je održan sastanak Evropskog savjeta. Sastanak je održan 15. i 16. oktobra 1999. godine i na ovom sastanku je započet proces zakonske regulacije ovih krivičnih djela donošenjem odluke o osnivanju tijela koje će biti zaduženo za pravosudnu saradnju među državama.³ Ovo tijelo je stalnog karaktera i nosi naziv Evrodžast.⁴ Međutim, ono nije osnovano na ovaj datum, već je na tom sastanku samo donesena odluka o budućem formiranju ove institucije.

Evrodžast je imao svog prethodnika – instituciju koja je nosila naziv Pro-Evrodžast. Savjet Evrope je 14. decembra 2000. godine formirao Pro-Evrodžast. Ova institucija je poslužila kao proba za rad samog Evrodžasta. Dakle, ovim se htio isprobati koncept koji će biti primjenjivan na Evrodžastu. Pro-Evrodžast počeo je sa radom 1. marta 2001. godine, a Evrodžast je osnovan 2002. godine.⁵

Evrodžast je kao agencija osnovan tek 28. februara 2002. godine, Odlukom Savjeta Evrope⁶ i određeno je da ima sjedište u Hagu, u Holandiji. Nekoliko mjeseci poslije, agencija je počela sa radom, i to 14. juna 2002. godine, usvajanjem pravila postupka od strane Savjeta.⁷

Odluka kojom je uspostavljen Evrodžast je imala nekoliko izmjena. Prvo je izmijenjena amandmanom od 18. juna 2003. godine,⁸ a zatim Odlukom od 16. decembra 2009. godine.⁹ Cilj ovih izmjena jeste da se osigura što bolja saradnja i pospeši suzbijanje teških krivičnih djela počinjenih od kriminalnih organizacija.

² U skladu sa načelom zakonitosti, normiranje je bilo neophodno jer nijedno ponašanje ne može biti određeno kao krivično djelo niti može biti kažnjeno ako u tom trenutku nije propisano kao krivično djelo.

³ V. Koutrakos Panos, „Institutional Balance and Sincere Cooperation in Treaty-Making under EU Law“, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 68, Issue 1, 2019, 1–33.

⁴ Evrodžast je skraćena za *European Union's Judicial Cooperation Unit*, što u prevodu znači Jedinica Evropske unije za pravosudnu saradnju.

⁵ Jelena Čeranić, Jelena Lepetić, „Eurojust – jačanje pravosudne saradnje u Evropskoj uniji“, *Pravni život*, br. 14, Beograd, 2009, 161.

⁶ Odluka Savjeta 2002/187/JHA od 28. februara 2002. godine.

⁷ Evrodžast je agencija pri Savjetu Evrope i ima svojstvo pravnog lica i na njega se primjenjuju odredbe kao i za ostala pravna lica.

⁸ Odluka Savjeta od 18. juna 2003. godine, koja je dopunila odluku 2002/187/JHA.

⁹ Odluka Savjeta 2009/426/JHA od 16. decembra 2008. o jačanju Evrodžasta, koja je dopunila Odluku 2002/187/JHA.

Ciljeve Evrodžasta je odredio Savjet Evrope u svojim odlukama,¹⁰ a ciljevi se dijele u tri grupe. Primarno je bilo da se regulišu krivična djela za koja interes imaju dvije ili više država, odnosno bilo je bitno regulisati krivični postupak kada je takva situacija u pitanju, s obzirom na to da je za borbu protiv ovakvih krivičnih djela neophodna kvalitetna saradnja između država u pitanju. Ono što je bitno je to da u ovim situacijama uloga Evrodžasta jeste da bude koordinator između vlasti tih država, te da u najvećoj mogućoj mjeri uskladi interese i zahtjeve tih država u skladu sa svojim pravilima.¹¹ Odlukama je propisano da se saradnja unapređuje pospešivanjem izvršenja međunarodne pravne pomoći i primjene zahtjeva za unapređivanje saradnje¹² i izvršavanjem zahtjeva za pravosudnu saradnju i odluka u tom domenu, naročito onih u vezi sa instrumentima kojima se primjenjuje princip uzajamnog priznavanja.¹³

U situaciji kada se određeno djelo tiče samo jedne države, onda na njen zahtjev Evrodžast pruža pomoć.¹⁴ U slučaju da država nije članica, a od velikog je interesa da se pruži pomoć u istrazi i kažnjavanju krivičnog djela, moguće je da i tada pruži pomoć Evrodžast samo ako postoji sporazum kojim se omogućava ovakav vid saradnje.

Prema pravilima koja su predviđena Odlukom, određeno je da će Evrodžast učestvovati u istrazi i krivičnom progonu onih krivičnih djela koja se tiču samo jedne države članice i Zajednice, ako postoji zahtjev te države i članice.¹⁵

Kada je u pitanju nadležnost Evrodžasta, Odlukom iz 2002. godine određena je opšta nadležnost za: 1) krivična djela i prekršaje za koja Evropol¹⁶ uvijek ima nadležnost; 2) sve ostale prekršaje u vezi sa prethodno navedenim djelima.¹⁷

Način djelovanja Evrodžasta određen je članom 4. Odluke iz 2002. godine. U skladu sa pravilima, Evrodžast djeluje putem jednog ili više nacionalnih članova ili kao Kolegijum.¹⁸ Evrodžast će djelovati kao Kolegijum u narednim situacijama:

¹⁰ Ovi ciljevi su predviđeni Odlukom Savjeta iz 2002. godine i potvrđeni Odlukom iz 2008. godine.

¹¹ Ovakvim posredovanjem se ostvaruje dvostruka korist, odnosno pospešuje se borba protiv teških krivičnih djela, ali se takođe pospešuje i saradnja među državama.

¹² Odluka Savjeta Evrope iz 2002. godine.

¹³ Odluka Savjeta Evrope iz 2008. godine.

¹⁴ Evrodžast pruža pomoć prilikom istraga i krivičnih gonjenja u državama članicama.

¹⁵ J. Čeranić, J. Lepetić, op.cit., 162.

¹⁶ Evropol je skraćenica za *European Police Office*, odnosno Kancelarija evropske policije.

¹⁷ Evrodžast nije samo vezan za krivična djela koja su ovdje navedena nego on može postupati i u situacijama kada i postoji naročit interes za Evropsku uniju i države članice.

¹⁸ Kada izvršava svoje odluke Evrodžast mora naglasiti da li postupa preko nacionalnog člana ili kao Kolegijum.

kada jedan ili više nacionalnih članova zainteresovanih za slučaj upute zahtjev; kada se radi o situacijama koje mogu uticati kako na Uniju tako i na druge države članice pored države na koju se direktno odnosi situacija; kada nastala situacija može uticati na ostvarivanje ciljeva Unije; za situacije koje su predviđene drugim odredbama ove odluke.

Države će imati obavezu da obavijeste jedna drugu o nastaloj situaciji, a to sve se odvija pod nadzorom Evrodžasta, koji postupa kao Kolegijum.¹⁹ Evrodžast daje svoju pomoć Evropolu u istrazi i krivičnom gonjenju ako su u pitanju naročito teška krivična djela.²⁰ Kolegijum može odobriti davanje logistike koja uključuje prevodilačku pomoć, tumačenje i organizovanje koordinacionih sastanaka.²¹

Izmjenom Odluke iz 2002. godine, koja je izvršena 2008. godine, predviđeno je da Evrodžast djeluje preko svojih nacionalnih članova. Na osnovu izmijenjenog člana 6, Evrodžast može zahtijevati od nadležnih vlasti država članica: da pokrenu istragu ili krivični progon za precizno određena krivična djela; da prihvate da jedna od njih može biti u boljoj poziciji za pokretanje istrage ili krivičnog progona; da se uspostavi saradnja između nadležnih vlasti zainteresovanih država članica; da se formira zajednički istraživački tim, pridržavajući se odgovarajućih sredstava saradnje;²² da mu dostavi sve neophodne informacije u cilju ispunjenja zadataka; da preduzmu mjere specijalne istrage; da preduzmu sve ostale mjere koje su potrebne u cilju istrage ili krivičnog gonjenja.

Obaveza država članica jeste da se ovim zahtjevima udovolji u što kraćem roku.

Da bi u hitnim slučajevima mogao da odgovori na postavljene zadatke, Evrodžast uspostavlja stalni koordinacioni centar²³ koji su svakom trenutku prima i obrađuje dobijene zahtjeve.²⁴ Postoji jedinstvena kontakt linija koja je dostupna neprestano.

Stalni koordinacioni centar čini po jedan predstavnik iz svake države članice i to može biti nacionalni član ili njegov pomoćnik ili asistent koji može da zamijeni nacionalnog člana i svaki od njih mora biti stalno dostupan.²⁵

¹⁹ Nadležnost za ovo obavještanje imaju javne vlasti država na koje se odnosi nastala situacija ili država koje mogu imati poseban interes.

²⁰ V. Igor Vuletić, „Pravo EU u kaznenom i kaznenom procesnom pravu“, *Procesnopravni aspekti prava EU*, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2016, 66–90.

²¹ V. Aleksandra Čavoški, *Pravni i politički poredak Evropske unije*, Službeni glasnik Beograd, 2006, 328–329.

²² Detaljnije na internet adresi: <http://www.eurojust.europa.eu/jit.htm>, 23. 11. 2020.

²³ On-Call coordination (OCC) (engl.); *Dispositif permanent de coordination* (fr.).

²⁴ Ova nova struktura je predviđena Odlukom iz 2008. godine.

²⁵ J. Čeranić, J. Lepetić, op.cit., 164 i 165.

Svaka država članica Evropske unije imenuje po jednog člana Evrodžasta u skladu sa svojim pravnim sistemom. Članovi Evrodžasta mogu biti tužioc, sudije i pripadnici policijskih snaga sa jednakim sposobnostima. Takođe, svaki nacionalni član ima jednog pomoćnika i jednog asistenta i oni svi mogu imati stalno radno mjesto u sjedištu Evrodžasta.²⁶

Kolegijum Evrodžasta čine svi nacionalni članovi. Svaki nacionalni član raspolože jednim glasom. Kolegijum je odgovoran za organizaciju i djelovanje Evrodžasta.²⁷ Među svojim članovima bira predsjednika i može, ako je potrebno, izabrati dva ili više potpredsjednika. Savjet mora potvrditi rezultate ovih izbora.

Predsjednikova ovlaštenja su da predstavlja Kolegijum i da upravlja njegovim radom, te da nadzire upravljanje od strane upravnog direktora. Predsjednik za određene odluke i mjere mora imati prethodno odobrenje Kolegijuma, a to je predviđeno pravilima. Predsjednik Evrodžasta se bira na tri godine i može biti ponovo izabran samo jednom, a dužina njegovog mandata je određena pravilima postupka.

Evrodžastu u radu pomaže sekretarijat na čijem čelu se nalazi upravni direktor koga bira Kolegijum dvotrećinskom većinom glasova.²⁸ Komitet za izbor bira direktora sa liste kandidata. Evropska komisija može učestvovati u proceduri selekcije i biti dio selekcionog komiteta. Kolegijum bira administrativnog direktora, čiji mandat traje pet godina.

Evropska pravosudna mreža

Evropska pravosudna mreža u krivičnim stvarima (EJN) je mreža nacionalnih kontaktnih tačaka kojima se olakšava pravosudna saradnja u krivičnim stvarima. Osnovana je Zajedničkom akcijom 98/428/PUP od 29. juna 1998. godine. Cilj je bio da se ispuni preporuka broj 21 Akcionog plana za borbu protiv organizovanog kriminala, usvojena od Savjeta, 28. aprila 1997. godine. Međutim, da bi se ojačao pravni status Evropske pravosudne mreže, u decembru 2008. godine, stupila je na snagu Odluka Savjeta 2008/976/PUP od 16. decembra 2008. godine o Evropskoj pravosudnoj mreži,²⁹ zadržavajući, pri tome, druge odluke donesene 1998. godine.

Kontaktne tačke EJN-a u državama članicama određuje svaka država članica među svojim centralnim organima nadležnim za međunarodnu pravosudnu

²⁶ Na nacionalne članice se primjenjuje nacionalno pravo njihovih država.

²⁷ Detaljnije na internet adresi: <http://www.eurojust.europa.eu/college.htm>, 29. 11. 2020.

²⁸ Detaljnije na internet adresi: <http://www.eurojust.europa.eu/administration.htm>, 29. 11. 2020.

²⁹ Odluka Savjeta 2008/976/PUP od 16. decembra 2008. godine o Evropskoj pravosudnoj mreži, *Službeni list Evropske unije*, L 348/130, od 16. decembra 2008, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008D0976&from=HR> (17. 12. 2019).

saradnju i pravosudni ili ostali nadležni organi koji imaju određene specifične nadležnosti u okviru međunarodne pravosudne saradnje. Odlukom su kontaktne tačke definisane kao aktivni posrednici, te je propisana njihova glavna uloga, a to je olakšavanje pravosudne saradnje između država članica Evropske unije, posebno u pogledu suzbijanja teških krivičnih djela. Njihova uloga se sastoji od uspostavljanja direktnih kontakata između nadležnih organa, te pružanja pravnih i praktičnih informacija za potrebe efikasnog zahtjeva za pravosudnu saradnju. Dodatno, kontaktne tačke su svakako uključene i u organizaciju usavršavanja o pravosudnoj saradnji.

U ime svake države članice imenuje se nacionalni dopisnik, koji zapravo ima ulogu koordinatora. Pored dopisnika imenuje se i dopisnik za tehnička pitanja koji ima zadatak da ažurira informacije dostupne na mrežnim stranicama EJN-a.³⁰ Sekretarijat EJN je smješten u Evrodžastu u Hagu, koji osigurava funkcionisanje pravosudne mreže i njen kontinuitet, te obavlja administrativne poslove mreže.³¹

Novija odluka o Evrodžastu je detaljnije uredila saradnju između EJN-a i Evrodžasta. Tom odlukom je predviđeno održavanje privilegovanog odnosa, koji se zasniva na njihovom međusobnom nadopunjavanju i savjetovanju, pogotovo kada je u pitanju kontakt osoba u EJN iz jedne države članice, te nacionalni član Evrodžasta iz iste države članice. Ta saradnja je precizirana tako što su predviđene specifične mjere, kao što je na primjer obaveza obavještanja kontakt osoba u EJN o predmetima u kojima postoji bolji temelj za postupanje EJN-a. Za ispunjenje glavnog zadatka Evrodžasta, a to je unapređenje i ubrzanje saradnje između nadležnih organa država članica, ali i trećih država, ključnu ulogu upravo ima EJN i neformalne konsultacije između državnog tužioca za vezu i kontakt osobe u EJN.³²

Sudije za vezu

Ponikao razlikama između pravnih i pravosudnih sistema država članica, Savjet EU je donio akt za povećanje brzine i efikasnosti pravosudne saradnje koji bi istovremeno omogućio bolje međusobno razumijevanje između različitih pravnih sistema. Pravosudna saradnja glavni je instrument u borbi protiv međunarodnog kriminala i prevara, a posebno prevara koje utiču na finansijske interese Unije.

³⁰ Čl. 2. i 4. Odluke.

³¹ Član 9. Odluke

³² Maja Rakić, „Uloga Eurojusta u sustavu pravosudne saradnje u kaznenim stvarima s državama članicama Evropske unije“, *Policijska i sigurnost*, Policijska akademija, Zagreb, Vol. 21, br. 1, 2012, 139–141.

Radi se zapravo o Zajedničkoj akciji³³ od 22. aprila 1996. godine. Zajednička akcija uspostavlja okvir za objavljivanje ili razmjenu sudija ili službenika s posebnom stručnošću u postupcima pravosudne saradnje, koji se nazivaju *liaison magistrates* između država članica, na osnovu bilateralnih ili multilateralnih aranžmana.³⁴

Zadaci sudija za vezu obično uključuju svaku aktivnost koja je namijenjena podsticanju i ubrzanju svih oblika pravosudne saradnje u krivičnim i, gdje je to primjereno, građanskim stvarima, posebno uspostavljanjem direktnih veza s odgovarajućim odjeljenjima i pravosudnim organima u državi domaćinu.³⁵ Prema aranžmanima dogovorenim između matične države članice sudije i države članice domaćina, zadaci sudija za vezu mogu takođe uključivati bilo koje aktivnosti povezane sa rukovanjem i razmjenom informacija čiji je cilj promovisanje međusobnog razumijevanja pravnih sistema i pravnih baza podataka dotičnih država, kao i daljih odnosa između pravnih profesija u svakoj od tih država.³⁶

Države članice imaju obavezu o međusobnom informisanju unutar Savjeta o već započetim inicijativama i onima preduzetim za sprovođenje ove zajedničke akcije. Dotične države članice svake godine šalju informacije o svojoj razmjeni sudija za vezu Generalnom sekretarijatu Savjeta.

Evropol

U kontekstu generalnog razvoja krivičnog prava Evropske unije, Evropol zauzima izrazito značajno mjesto i ima izuzetno važnu ulogu.³⁷ Međutim, značaj Evropola nije ograničen samo u području evropskog krivičnog prava, odnosno

³³ Zajednička akcija od 22. aprila 1996. koju je usvojio Savjet na osnovu člana K.3 Ugovora o Evropskoj uniji u pogledu sistema za razmjenu sudija za vezu, za poboljšanje pravosudne saradnje između država članica Evropske unije (96/277/PUP), *Službeni list Evropske unije*, L 105/1, od 27. aprila 1996. Cjelokupan tekst dostupan na: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996F0277&from=EN>; 12. 1. 2020.

³⁴ V. Jörg Monar (ur.), *The Institutional Dimension of European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, College of Europe Studies, no. 11, Brussels, 2010.

³⁵ V. Bernard Rabatel, Olivier Deparis, „*Liaison Magistrates*’ Their Role in International Judicial Cooperation and Comparative Law“, *Courts and Comparative Law*, (ur. Mats Andenas, Duncan Fairgrieve), Oxford Scholarship Online, 2015, 614, 615.

³⁶ V. Miguel Ángel Campos-Pardillos, „*Liaison magistrates*“ and „*contact points*“ as a „*remedy*“ against „*high levels of mistrust*“: Metaphorical imagery in scholarly papers on EU judicial cooperation, *Ibérica* 34, 2017, 231–256; https://www.researchgate.net/publication/321666046_Liaison_magistrates_and_contact_points_as_a_remedy_against_high_levels_of_mistrust Metaphorical imagery in scholarly papers on eu judicial cooperation; 9. 1. 2020.

³⁷ V. Miodrag Simović, Milan Blagojević, Vladimir Simović, *Međunarodno krivično pravo*, 2. izd., Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2013, 247–248.

krivičnog prava Evropske unije, iako ni ta područja nikako nisu zanemariva. Radi se o tijelu jednako značajnom i u kontekstu međunarodnog krivičnog prava i tijelu od izrazitog značaja i u kontekstu saradnje sa Međunarodnim krivičnim sudom (ICC). Tako će ICC upućivati zahtjeve za saradnju diplomatskim putem ili preko „nekog drugog odgovarajućeg kanala koji odredi svaka država članica“ ili preko Interpola ili „neke druge odgovarajuće regionalne organizacije“ (član 87. stav 1. Rimskog statuta), kao što je Evropol.

Na Samitu Evrope u Luksemburgu, 1991. godine, njemački kancelar Helmut Kol zatražio je osnivanje evropske policijske agencije po uzoru na američki Federalni biro za istrage (FBI). Stav Velike Britanije i još nekoliko država bio je da saradnja u ovoj oblasti treba da bude što manje formalizovana i da se svodi na razmjenu informacija, oficira za vezu i slično.³⁸

Potpisivanjem Sporazuma o sprovođenju Šengenskog sporazuma u Šengenu, 19. juna 1990. godine, ukinuta je carinska kontrola na graničnim prelazima između država članica Evropske ekonomske zajednice. Ukidanjem granica ubrzao se protok robe i usluga između država članica, ali isto tako, i nesmetano kretanje izvršilaca krivičnih djela. U takvim uslovima, u okviru tadašnjeg trećeg stuba Evropske zajednice, počinje jačati ideja o potrebi stvaranja zajedničkog tijela za borbu protiv terorizma, nezakonite trgovine drogom i drugih teških oblika međunarodnog kriminala.³⁹

Prvi korak Savjeta Evrope prema formalizaciji evropske policijske saradnje predstavlja osnivanje *Jedinice za borbu protiv droga* (EDU), koja je prethodila formiranju Evropola. EDU (engl. *Europol Drugs Intelligence Unit*) je postala operativna 10. marta 1995. godine, stupanjem na snagu dokumenta o zajedničkom djelovanju (*Joint action 95/73/JHA*).⁴⁰ EDU nije imala ovlaštenja za lišavanje slobode, ali je imala mandat da pruži pomoć nacionalnim policijskim agencijama u istragama krivičnih djela.⁴¹ Sa malim brojem zaposlenog osoblja i jednim ili dva oficira za

³⁸ *Ibidem*, 698.

³⁹ V. Stipe Ivanda, Filip Dragović, „Suradnja policije i pravosuđa u Evropskoj uniji od Maastrichta do danas“, *Policija i sigurnost*, Ministarstvo unutarnjih poslova RH, Policijska akademija, Zagreb, br. 1–3, 2003, 43–60.

⁴⁰ Zajednička akcija od 10. marta 1995. godine koju je donio Savjet na osnovu člana K.3 Ugovora o Evropskoj uniji u vezi s Odjeljenjem za droge Evropola (95/73/PUP) *Službeni list Evropske unije*, L 62/1 od 20. marta 1995; Cjelovit tekst dostupan na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995F0073&from=EN>; 13. 4. 2019.

⁴¹ V. Igor Materljan, Gordana Materljan, Europski istražni nalog i nacionalni sustavi pravnih lijekova: pitanje primjerene razine zaštite temeljnih prava u državi izdavanja naloga, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol 27, br. 2, 2020, 745–769.

vezu iz svake države članice, EDU je pružala pomoć rastućem broju istraga nacionalnih agencija država članica. Njen mandat se proširio i na druge oblike krivičnih djela međunarodnog karaktera, uključujući terorizam, krađe vozila i organizovani kriminal, čime je otvoren put za stvaranje punopravne evropske policijske kancelarije. EDU je postojala od 10. marta 1995. do 1. juna 1999. godine, kada njenu ulogu preuzima Evropol.

Pravni osnov za formiranje Evropola utvrđen je članom K.1. Ugovora o Evropskoj uniji iz Maastrichta iz 1992. godine.⁴² Briselska konvencija o osnivanju Evropola zasnovana na članu K.3. Ugovora o Evropskoj uniji iz Maastrichta, potpisana je 26. jula 1995. godine, a stupila je na snagu 1. oktobra 1998. godine.⁴³ Tom konvencijom je uspostavljen Evropol, uređena organizacija i način rada i oblasti za koje je nadležan.

Amsterdamskim ugovorom iz 1997. godine Evropolu se daje dodatna snaga, kao krovnoj evropskoj policijskoj kancelariji koja sve više preuzima ulogu podrške i koordinacije u više antikriminalnih akcija na tlu država Evropske unije.⁴⁴

Konvencija o uspostavljanju Evropola bila je predmet brojnih amandmana sadržanih u tri protokola, koja su stupila na snagu poslije dužeg procesa ratifikacije. Konačno su na osnovu naslova V, glave V Ugovora iz Lisabona o izmjeni Ugovora o EU i Ugovora o osnivanju EZ (Dokument 2007/C306/01), Evropski parlament i Savjet ministara, 6. aprila 2009. godine, usvojili Odluku o uspostavljanju kancelarije evropske policije – Evropola.⁴⁵ Zamjena Konvencije za odluku olakšava donošenje budućih neophodnih amandmana. Tom odlukom je istovremeno promijenjen i njegov institucionalni okvir. Prema toj odluci, Evropol više nije međunarodna organizacija, već postaje nadnacionalno tijelo EU, a njegovi službenici postaju osoblje EU.

Evropol ima svojstvo pravnog lica, te može da stiče i raspolaže pokretnom i nepokretnom imovinom, kao i da bude stranka u postupku. Ovlašten je i da zaključi Sporazum o sjedištu sa Kraljevinom Holandijom. Cilj Evropola je da podrži i ojača akciju nadležnih organa država članica i njihove zajedničke saradnje

⁴² Glava VI, član 31. revidirane verzije Ugovora o EU.

⁴³ *Službeni list Evropske unije*, C 316/2, Konvencija o osnivanju Kancelarije evropske policije (Konvencija o Evropolu) na osnovu člana K.3 Ugovora o Evropskoj uniji, 27. novembar 1995. Cjelovit tekst dostupan na: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:41995A1127\(01\)&from=RO](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:41995A1127(01)&from=RO); 13. 12. 2020.

⁴⁴ V. Željko Sačić, „Međunarodna saradnja Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske – oblici, ciljevi, obilježja i uočeni problemi“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 7, br. 1, 2000, 123–163.

⁴⁵ Odluka broj 2009/371/JHA, objavljena u *Službenom glasniku Evropske unije*, 15. maja 2009. godine (L121/37-66).

u prevenciji i borbi protiv organizovanog kriminala, terorizma i drugih oblika teškog kriminala, koji utiču na dvije ili više država članica.

Nadležnost Evropola pokriva i krivična djela koja se mogu dovesti u vezu sa krivičnim djelima u okviru nadležnosti Evropola: krivična djela u cilju pribavljanja sredstava izvršenja krivičnih djela, krivična djela počinjena u cilju olakšavanja izvršenja krivičnih djela i krivična djela počinjena da bi se osiguralo izbjegavanje krivične odgovornosti za izvršena krivična djela iz nadležnosti Evropola.⁴⁶

Članom 5. Odluke definisani su zadaci Evropola: sakupljanje, čuvanje, obrada, analiza i razmjena informacija i obavještajnih podataka; obavještavanje nadležnih organa država članica preko nacionalnih jedinica o informacijama koje ih se tiču i utvrđenim vezama između krivičnih djela, bez odlaganja; pomaganje u istragama koje se vode u državama članicama, posebno pri prosljeđivanju relevantnih informacija nacionalnim jedinicama; zahtijevanje od nadležnih organa države članice pokretanje, vođenje i koordinaciju istraga i sugerisanje osnivanja zajedničkih istražnih timova u posebnim slučajevima; obezbjeđenje obavještajne i analitičke podrške državama članicama u povezivanju sa velikim međunarodnim događajima; pružanje pomoći državama članicama pri prikupljanju i analiziranju informacija sa interneta, sa ciljem pomoći pri identifikaciji planiranja ili izvršenja krivičnih djela upotrebom interneta.

Dodatni zadaci Evropola su: razvijanje specijalističkog znanja o istražnim procedurama nadležnih organa država članica i pružanje stručne pomoći pri vršenju istraga; obezbjeđivanje strateške informacije sa ciljem pomoći i promovisanja efikasne i efektivne upotrebe raspoloživih resursa na nacionalnom nivou i nivou operativne aktivnosti Evropske unije, te podržavanje takve aktivnosti.

I pored navedenih ovlaštenja, Evropol nije postao samostalno izvršno ili istražno tijelo. Operativna ovlaštenja primjenjuje samo u saradnji s nacionalnim policijama. On ne može primjenjivati represivne i prisilne mjere koje i dalje ostaju u isključivoj nadležnosti nacionalnih vlasti.

Organi Evropola su: a) direktor, koji upravlja tom ustanovom, 2) Upravni odbor, sačinjen od predstavnika država članica i koji zajedno sa direktorom upravlja kancelarijom, 3) službenici Evropola, te ustanove i službenici za vezu koje delegira svaka država članica. Evropol hijerarhijski nije nadređen policiji država članica i njegovi zahtjevi za sprovođenje istraga u konkretnim slučajevima nisu obavezujući za države članice jer odluke donose konsenzusom. Prema Lisabonskom ugovoru, nadzor nad aktivnostima Evropola obavlja Evropski parlament, zajedno s nacionalnim parlamentima.

⁴⁶ M. Simović, M. Blagojević, V. Simović, op.cit., 705.

U cilju ostvarivanja svojih zadataka, nadležnosti i ciljeva, Evropol saraduje sa svim institucijama, tijelima, kancelarijama i agencijama Evropske unije,⁴⁷ a naročito sa: Evrodžastom, Evropskom kancelarijom za borbu protiv prevara (OLAF), Evropskom agencijom za upravljanje operativnom saradnjom na spoljnim granicama država članica Evropske unije (FRONTEX), Evropskom policijskom akademijom (CEPOL), Evropskom centralnom bankom i Evropskim centrom za praćenje droga i zavisnosti od droga (EMCDDA). Evropol može da zaključuje ugovore i radne dogovore sa navedenim tijelima. Prenos povjerljivih podataka između Evropola i pobrojanih tijela moguć je samo ukoliko postoji ugovor o povjerljivosti.

Takođe, Evropol može ostvarivati saradnju i sa drugim međunarodnim organizacijama kao i državama koje nisu članice Evropske unije.⁴⁸ Do sada je Evropol sklopio operativne sporazume sa šest država koje nisu članice EU (Australija, Kanada, Island, Norveška, Švajcarska i SAD), sa Interpolom kao međunarodnom organizacijom i Evrodžastom, kao tijelom EU. Takođe, potpisani su strateški sporazumi o saradnji sa dvije međunarodne organizacije (WCO⁴⁹ i UNODC⁵⁰), sa pet tijela Evropske unije, kao i sa šest država koje nisu članice EU, i to sa: Albanijom, Kolumbijom, Makedonijom, Rusijom, Turskom i BiH.⁵¹

OLAF

Evropska kancelarija za borbu protiv prevara (engl. *The European Anti-Fraud Office*, franc. *Office de Lutte Anti-Fraude* – OLAF) ustanovljena je odlukom Evropske komisije iz 1999. godine.⁵² Iste je godine i počela s radom. OLAF funkcioniše

⁴⁷ U skladu sa članom 22. Odluke.

⁴⁸ Više, Marijo Rošić, „Europol i međunarodna policijska suradnja kriminalističke policije Republike Hrvatske“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 15, br. 1, 2008, 205–254.

⁴⁹ Svjetska carinska organizacija.

⁵⁰ Kancelarija UN za droge i kriminal.

⁵¹ European Parliament legislative resolution of 16 December 2015 on the draft Council implementing decision approving the conclusion by the European Police Office (Europol) of the Agreement on Operational and Strategic Cooperation between Bosnia and Herzegovina and Europol (10509/2015 – C8-0276/2015 – 2015/0808(CNS)); https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0453_EN.html; 12. 1. 2020.

⁵² *Službeni list Evropske unije*, Odluka Komisije od 28. aprila 1999. o osnivanju Evropske kancelarije za borbu protiv prevara (OLAF) (broj dokumenta SEC(1999) 802), L 136/20, od 31. maja 1999. Cjelovit tekst dostupan na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999D0352&from=HR>; 12. 1. 2020.

kao svojevrsno odjeljenje u okviru Evropske komisije. Nema pravni subjektivitet, za razliku od Evropola i Evrodžasta.⁵³ U svom radu je nezavisan i ima ekonomsku i administrativnu autonomiju.⁵⁴

Jedan od osnovnih i temeljnih zadataka OLAF-a jeste jačanje borbe protiv korupcije, prevara i drugih kriminalnih aktivnosti koje mogu uticati na finansijske interese EU, uključujući i ozbiljna pitanja koja se odnose na izvršavanje službenih dužnosti u okviru EU institucija. OLAF, takođe, pruža podršku institucijama EU u razvoju i sprovođenju zakonodavstva i politike suzbijanja krivičnih djela na štetu budžeta EU.⁵⁵

Upravo ta krivična djela, koja su na štetu budžeta EU, izazivaju veliku štetu koja se kreće od 1% do 20% budžeta EU.⁵⁶ Zbog toga se ova krivična djela svrstavaju u jedan od najtežih oblika kriminala u okviru EU.

OLAF ima ovlaštenje da samostalno sprovodi istrage unutar institucija koje se finansiraju iz budžetskih sredstava EU. Uz to, on koordinira istrage i koje sprovede nacionalna tijela i olakšava im međusobnu saradnju. Jedna od važnijih nadležnosti OLAF-a jeste i pružanje pomoći u krivičnopravnim stvarima pri sprovođenju kriminalističkih istraga.

Od 2010. do 2018. godine OLAF je zaključio preko 1.900 istraga, predložio povrat od preko 6.900.000.000 evra u budžet EU, te izdao preko 2.500 preporuka za sudske, finansijske, disciplinske i administrativne aktivnosti koje treba da budu preduzete od nadležnih tijela država članica, ali i Evropske unije.⁵⁷

Evropski javni tužilac

Ideja o Kancelariji evropskog javnog tužioca (*engl. European Public Prosecutor's Office – EPPO*) datira upravo iz *Korpus jurisa* iz 1997. godine, a razrađena je i u Zelenoj knjizi o krivičnopravnoj zaštiti finansijskih interesa Zajednice i ustanovljivanju evropskog tužioca iz 2001. godine.⁵⁸ Zamisao je prevashodno bila

⁵³ Brendan, Quirke, „OLAF's role in the fight against fraud in the European Union: do too many cooks spoil the broth?“, *Crime, Law and Social Change*, Vol. 53, Issue 1, 2009, 97–108.

⁵⁴ V. Helmut Satzger, *International and European Criminal Law*, C. H. Beck – Hart – Nomos, 2012, 17–18.

⁵⁵ I. Vuletić, *op.cit.*, 86.

⁵⁶ Zlata Đurđević, „Prijevarena na štetu proračuna Evropske unije: pojavni oblici, metode i uzroci“, *Finansijska teorija i praksa*, Institut za javne financije Zagreb, vol. 30, br. 3, 2006, 254.

⁵⁷ https://ec.europa.eu/anti-fraud/investigations/fraud-figures_hr; 12. 1. 2020.

⁵⁸ V. Katalin Ligeti, „Struktura Ureda EJT-a: obilježja i izazovi“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 27, br. 1, 2020, 33–53.

da se formira tijelo nadležno za sprovođenje istraga i cjelokupnog krivičnog progona za djela na štetu finansijskih interesa EU,⁵⁹ na čijem čelu bi bio glavni evropski tužilac, sa sjedištem u Briselu, koji ima zamjenike u svakoj državi članici.⁶⁰

Osnivanje Kancelarije evropskog javnog tužioca je predviđeno Lisabonskim ugovorom (član 86. UFEU). Komisija je 17. jula 2013. godine predložila tekst Uredbe o osnivanju Kancelarije evropskog javnog tužioca. Evropski parlament je potom, 29. aprila 2015. usvojio Rezoluciju o Uredbi o osnivanju Kancelarije evropskog javnog tužioca, potvrđujući „snažnu volju da se kao prioritet postavi uspostavljanje Kancelarije evropskog javnog tužioca“.⁶¹ Konačno, 20 država članica⁶² EU postiglo je 8. juna 2017. godine politički dogovor o uspostavljanju Kancelarije evropskog javnog tužioca u okviru pojačane saradnje. Uredbu o osnivanju Kancelarije evropskog javnog tužioca donio je Savjet za pravosuđe i unutrašnje poslove, 12. oktobra 2017. godine, a stupila je na snagu 20. novembra 2017. godine.⁶³

Do sada su se 22 države članice pridružile Kancelariji, a pet država koje nisu dio Kancelarije (Švedska, Mađarska, Poljska, Irska i Danska) mogu se pridružiti u bilo kojem trenutku.

EPPO će sprovoditi prekogranične istrage prevara u vezi sa sredstvima EU većim od 10.000 evra ili istrage prekograničnih slučajeva prevare u vezi s PDV-om koji su izazvali štetu veću od 10.000.000 evra.⁶⁴

Kancelarija evropskog javnog tužioca blisko saraduje sa nacionalnim tijelima krivičnog gonjenja, kao i s drugim tijelima poput Evrodžasta i Evropola.⁶⁵

⁵⁹ Države članice svake godine gube najmanje 50.000.000.000 evra prihoda od PDV-a zbog transnacionalnih prevara. U 2015. godini oko 638.000.000 evra iz strukturnih fondova EU bilo je zloupotrijebljeno.

⁶⁰ Uporediti Zlata Đurđević, „Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Europi“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, vol. 15, br. 2, 2008, 1112–1113.

⁶¹ Rezolucija Evropskog parlamenta o Uredbi o osnivanju Kancelarije evropskog javnog tužioca od 29. aprila 2015. godine [COM(2013)0534 – 2013/0255(APP)].

⁶² Austrija, Belgija, Bugarska, Kipar, Češka, Estonija, Finska, Francuska, Grčka, Hrvatska, Italija, Latvija, Litva, Luksemburg, Njemačka, Portugalija, Rumunjska, Slovačka, Slovenija i Španija.

⁶³ Inés Armada, „The European Investigation Order and the lack of European standards for gathering evidence: is a fundamental rights-based refusal the solution?“, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6 Issue: 1 (2015, 8–31; http://www.njecl.eu/pdf_file/ITS/NJE_CL_06_01_0008.pdf); 8. 5. 2021.

⁶⁴ Rositsa Zaharieva, „The European Investigation Order and the Joint Investigation Team – which road to take, A practitioner’s perspective“, *ERA Forum*, Vol. 18, 2017, 397–408.

⁶⁵ V. Katalin Ligeti, „The Place of the Prosecutor in Common Law and Civil Law Jurisdictions“, (eds. Brown, D. K., Iontcheva Turner, J., and Weisser, B.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, OUP, 2019, 139–164.

Ima strukturu koja se sastoji od dva nivoa: a) strateškog, koji se dalje sastoji od glavnog evropskog tužioca, odgovornog za upravljanje EPPO-om i organizaciju njegovog rada i kolegijuma tužilaca odgovornih za donošenje odluka o strateškim pitanjima; b) operativnog, koji se sastoji od delegiranih evropskih tužilaca odgovornih za sprovođenje krivičnih istraga i gonjenja i stalnih tijela koja će pratiti istrage, upravljati njima i donositi operativne odluke.⁶⁶

Konačan dogovor o ličnosti evropskog javnog tužioca postignut je krajem 2019. godine.⁶⁷ Tu funkciju obavlja Laura Kodruta Koveši iz Rumunije, koja je dužnost preuzela početkom 2020. godine.

Kancelarija je organizacijski i funkcionalno nezavisna u odnosu na nacionalna tužilaštva, iako zastupa optužbu pred nacionalnim sudovima i prema nacionalnim propisima krivičnog prava.⁶⁸ Na samom početku se ističu nedostaci takvog koncepta, među kojima se navodi opasnost tzv. *forum šopinga* – situacije u kojoj bi evropski tužilac mogao kalkulisati u kojoj će državi inicirati krivični gonjenje, čime bi se povrijedilo načelo predvidljivosti krivičnog prava.⁶⁹ Isto tako, problemi se mogu pojaviti i u organizaciji odbrane. Zbog svega toga, ali i drugih zamjerki na koncept evropskog javnog tužioca, određeni autori predviđaju u budućnosti razvoj supranacionalnog sistema krivičnog prava, koji će vremenom rezultirati i osnivanjem supranacionalnog suda za područje cijele EU.⁷⁰

Isto kao i mnoga nacionalna tužilaštva u komparativnom pravu, evropski javni tužilac bi bio dužan da s jednakom pažnjom utvrđuje okolnosti i prikuplja dokaze kako na štetu, tako i u korist osumnjičenog. Drugo važno pitanje i zamisao u načinu rada Kancelarije jeste slobodno kretanje dokaza.⁷¹ Svi dokazi prikupljeni u istrazi od Kancelarije evropskog tužioca treba da mogu cirkulisati na prostoru

⁶⁶ <https://www.consilium.europa.eu/hr/policies/eppo/>; 12. 1. 2020.

⁶⁷ Ligeti, Katalin, João Antunes, Maria, Giuffrida, Fabio (eds). „The European Public Prosecutor’s Office at Launch. Adapting National Systems, Transforming EU Criminal Law, *Wolters Kluwer & CEDAM*, 2020, 163–170.

⁶⁸ I. Vuletić, op.cit., 87.

⁶⁹ Maja Munivrana, „Univerzalna jurisdikcija“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 13, br. 1, 2006, 197.

⁷⁰ Barbara Herceg, Igor Vuletić, „The Lisbon Treaty as the first step towards the European Criminal Court, The role of national criminal law in the European Union area and the alternative resolution of criminal“, *Section of Criminal Law Bratislava*, Comenius University in Bratislava, Faculty of Law, 2011, 171–180.

⁷¹ V. Lorena Bachmaier, „Transnational Evidence Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters“, *The European Criminal Law Associations Forum*, No. 2, 2015, 47–60.

na kojem Kancelarija ima nadležnost, bez obzira na sudska odobrenja na nacionalnom nivou. Nacionalni sudovi bi bili dužni da priznaju te dokaze, pri čemu će moći samo provjeriti da li se tim dokazima ugrožavaju pravičnost postupka ili prava na odbranu koji su zaštićeni čl. 47. i 48. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije. Ako to nije slučaj, dokazi će biti primljeni bez ikakvog vrednovanja ili analognog odlučivanja od strane suda, čak i ako nacionalni zakon države članice utvrđuje drugačija pravila o prikupljanju ili izvođenju tih dokaza.⁷²

Korpus juris

Korpus juris Evropske unije (franc. *Corpus Juris, portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*) predstavlja sistem pravila krivičnog prava koji je namijenjen krivičnopravnoj zaštiti finansijskih interesa Evropske unije.⁷³ Radi se zapravo o akademskoj studiji koja je nastala 1997. godine, kasnije inovirana verzijom iz 2000., a izradilo ju je osam univerzitetskih profesora prava iz različitih država članica. Ne radi se, dakle, o službenom dokumentu organa EU, nego o naučnom istraživanju pod pokroviteljstvom Evropske komisije. Osnovni cilj ove studije jeste uspostavljanje temeljnih krivičnopravnih načela borbe protiv krivičnih djela na štetu finansijskih interesa EU. Iako se ne radi o supranacionalnom zakonu koji uređuje krivičnu materiju u EU, on sadržajem i strukturom može podsjećati na to. Naime, *Korpus juris* sadrži kako materijalne, tako i procesne odredbe.⁷⁴

Kada su u pitanju materijalnopravne odredbe ovaj dokument sadrži određene institute opšteg dijela (pravila o sankcijama, krivici i zabludama, elementima krivičnog djela, stadijumima krivičnog djela, odgovornosti pravnih lica za krivična djela), te ukupno osam krivičnih djela iz posebnog dijela.

Korpus juris je poslužio kao model pri donošenju i izmjenama nacionalnih krivičnih zakona država članica, ali i kao model za akt pod nazivom Zelena knjiga o zaštiti finansijskih interesa, kojom se predlaže uvođenje jedinstvenog sistema krivičnih djela na štetu finansijskih interesa za područje EU.⁷⁵ U periodu do i nakon

⁷² Aleksandar R. Ivanović, Aleksandar B. Ivanović, „Evropski dokazni nalog i evropski nalog za istragu u krivičnim stvarima“, *Pravne teme*, Novi Pazar, godina 3, br. 5, 2015, 199–217.

⁷³ Berislav Pavišić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2008, 19.

⁷⁴ V. Izvještaj od 8. marta 1999, dostupan na: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1999-0091+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN#Contentd1059267e334>; 15. 12. 2019.

⁷⁵ V. Mireille Delmas-Marty, John A.E. Vervaele, „The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States“, *Intersentia*, Vol. 2, 2001.

ove studije, donesen je značajan broj izvora sekundarnog prava EU,⁷⁶ a koje se tiču krivičnopravne materije, jednako kao što se razvila i značajna praksa Suda EU, za koje se može reći da čine korpus današnjeg krivičnog prava EU.

Među najznačajnijim institutima opšteg dijela je načelo legaliteta. Sud EU je više puta utvrdio da se krivična odgovornost ne može uspostaviti direktno na direktivi, nego da se ona obavezno mora implementirati u nacionalno zakonodavstvo,⁷⁷ kao i da evrokomforna interpretacija ne može za posledicu imati zasnivanje niti proširivanje krivične odgovornosti.⁷⁸

Sljedeći važan institut se tiče prava na kažnjavanje (*ius puniendi*), odnosno prava države da primijeni nacionalno pravo na slučajeve s elementom inostranosti. Ni u ovom slučaju država članica ne može zasnivati svoju vlast isključivo na direktivi, nego je potrebna podloga u nacionalnom zakonodavstvu.⁷⁹

⁷⁶ V. npr. Direktiva 2010/64/EU Evropskog parlamenta i Savjeta od 20. oktobra 2010. o pravu na tumačenje i prevođenje u krivičnim postupcima (*Službeni list Evropske unije*, L 280, od 26. oktobra 2010, 1–7), dostupna onlajn na: , 12. 12. 2019; Direktiva 2012/13/EU Evropskog parlamenta i Savjeta od 22. maja 2012. o pravu na informisanje u krivičnom postupku (*Službeni list Evropske unije*, L 142, od 1. juna 2012, 1–10), dostupna onlajn na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex%3A32012L0013>, 12. 12. 2019; Direktiva 2013/48/EU Evropskog parlamenta i Savjeta od 22. oktobra 2013. o pravu na pristup braniocu u krivičnom postupku i u postupku na osnovu Evropskog naloga za hapšenje, te o pravu na obavještanje treće strane u slučaju oduzimanja slobode i na komunikaciju s trećim licima i konzularnim tijelima (*Službeni list Evropske unije*, L 294, od 6. novembra 2013, 1–12), dostupna onlajn na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex%3A32013L0048>, 12. 12. 2019; Direktiva (EU) 2016/343 Evropskog parlamenta i Savjeta od 9. marta 2016. o jačanju određenih vidova pretpostavke nedužnosti i prava učestvovanja na raspravi u krivičnom postupku (*Službeni list Evropske unije*, L 65, od 11. marta 2016, 1–11), dostupna onlajn na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>, 12. 12. 2019; Direktiva (EU) 2016/800 Evropskog parlamenta i Savjeta od 11. maja 2016. o procesnim jemstvima za djecu koja su osumnjičena ili optužena u krivičnim postupcima (*Službeni list Evropske unije*, L 132, od 21. maja 2016, 1–20), dostupna onlajn na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0800>, 12. 12. 2019; Direktiva (EU) 2016/1919 Evropskog parlamenta i Savjeta od 26. oktobra 2016. o pravnoj pomoći za osumnjičene i okrivljene u krivičnom postupku i za tražena lica u postupku na osnovu Evropskog naloga za hapšenje (*Službeni list Evropske unije*, L 297, od 4. novembra 2016, 1–8), dostupna onlajn na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX%3A32016L1919>, 12. 12. 2019.

⁷⁷ U komparativnom pravu nailazimo na četiri različite tehnike implementacije: tehnika doslovnog preslikavanja (*copy and paste*), korištenje blanketnih propisa, tehnika adaptacije i tehnika koja nije zakonodavne nego sudske prirode, evrokomforne interpretacije. Zadnji pristup je posebno problematičan zbog načela legaliteta i zabrane analogije u krivičnom pravu.

⁷⁸ I. Vuletić, op.cit., 74.

⁷⁹ Odredba člana 8. Okvirne odluke Savjeta 2004/757/PUP od 25. oktobra 2004. kojom se utvrđuju minimalne odredbe u vezi sa sastavnim elementima krivičnih djela i zakonskih kazni u području nedopuštene trgovine drogama tretira vezu između krivičnog djela i teritorije na kojoj je

U pogledu opštih obilježja krivičnog djela, ona su takođe fragmentarno raspoređena. Iz dosadašnje legislative nije jasno da li se prihvata kontinentalni pojam krivičnog djela zasnovan na sintezi radnje, bića, protivpravnosti ili krivice ili pak anglosaksonski model zasnovan na sintezi dva elementa: *actus reus*⁸⁰ i *mens rea*.⁸¹

Kada je u pitanju oblik krivice, u različitim aktima nailazimo na kažnjivost za namjeru, ali i nehat.⁸² Takođe, nailazimo i na pominjanje saučesništva,⁸³ pokušaja,⁸⁴ dobrovoljnog odustanka od pokušaja, saučesništva u krivičnom djelu, normiranje pripremnih radnji,⁸⁵ razloga za isključenje krivične odgovornosti,⁸⁶ te konačno sankcija. Kada su sankcije u pitanju, nailazimo na novčane kazne, druge finansijske mjere, te mjere koje se sastoje u gubljenju ili ograničavanju različitih prava.⁸⁷

djelo počinjeno. Sličnu odredbu sadrži i član 4. Zajedničkog mišljenja 98/733/JHA od 21. decembra 1998. o inkriminisanju učestvovanja u kriminalnoj organizaciji u zemljama članicama EU. Ista Okvirna odluka prepoznaje i načelo aktivnog personaliteta, dok se načelo pasivnog personaliteta navodi u članu 10. stav 2. Direktive 2011/36 o suzbijanju trgovanja ljudima. Član 9. stav 1. Okvirne odluke 2002/475 o suzbijanju terorizma spominje načelo zastave broda. Kroz različite dokumente provlače se još i zaštitno ili realno načelo, te načelo univerzalne jurisdikcije.

⁸⁰ Miodrag N. Simović, Dragan Jovašević, *Leksikon krivičnog prava Bosne i Hercegovine*, Akademija nauka i umjetnosti BiH, Sarajevo, 2018, 9.

⁸¹ Odredba člana 49. Povelje o osnovnim ljudskim pravima EU pominje institut nečinjenja. Član 2. stav 1. Okvirne odluke o drogama traži *protivpravni* promet opojnim drogama. Protivpravnost kao obilježje krivičnog djela navode npr. i član 3. Okvirne odluke 2001/413 o borbi protiv prevara i krivotvorenja bezgotovinskih sredstava plaćanja, član 26. Direktive 2005/60 o sprečavanju korištenja finansijskog sistema u svrhu pranja novca i finansiranja terorizma, te član 1 (d) Okvirne odluke 2005/222 o napadima na informacione sisteme.

⁸² Okvirna odluka 2008/841 o borbi protiv organizovanog kriminala traži „htijenje i znanje“ (*engl. Intent and knowledge*), što po svojoj sadržini odgovara pojmu direktnog umišljaja. Direktiva 2008/99 o krivičnopravnoj zaštiti okoline zahtijeva kažnjivost namjere i nehata, a slične odredbe sadrži i Okvirna odluka 2005/667 o onečišćenju s brodova.

⁸³ Član 3. Okvirne odluke o drogama.

⁸⁴ Član A (a) II Zajedničkog mišljenja 97/154 o sprečavanju trgovine ljudima, član 5. stav 3. Okvirne odluke 2005/222 o napadima na informacione sisteme.

⁸⁵ Član 1. stav 2. Konvencije o zaštiti finansijskih interesa Evropskih zajednica zahtijeva od nacionalnih zakonodavaca da inkriminišu i sve pripreme radnje za počinjenjem evropskih prevara.

⁸⁶ Član 3. st. 2 (b) i (c) Okvirne odluke 2004/68 o borbi protiv seksualnog iskorištavanja djece i dječje pornografije spominje „pristanak“ osobe zrele za davanje pristanka kao razlog isključenja krivične odgovornosti. Direktiva 2002/90 o neovlaštenom ulasku, tranzitu i boravku predviđa isključenje kažnjivosti ako je određeno ponašanje nužno radi pružanja „humanitarne pomoći“ drugoj osobi, što bi se moglo okarakterisati kao svojevrsna krajnja nužda, kao razlog isključenja protivpravnosti ili krivice. Okvirna odluka o drogama navodi konzumaciju droge za lične potrebe kao poseban razlog koji isključuje kažnjivost.

⁸⁷ I. Vuletić, *op.cit.*, 77.

U kontekstu pitanja iz posebnog dijela krivičnog prava EU, možemo prepoznati osam grupa krivičnih djela: djela protiv konkurencije, cjelovitosti finansijskog sektora i finansijskih interesa EU, ljudskog dostojanstva, demokratskog društva, cjelovitosti javne administracije, javnog zdravlja, pravosuđa, te životne sredine.

Konačno, u pogledu procesnih odredaba, ovaj kodeks predviđa mješoviti postupak sa naglašenom komponentom sistema kontradiktornosti i potpunom kontradiktornošću dokaznih radnji.⁸⁸

Korpus juris se bavi sa nekoliko konceptualnih pitanja: ulogom materijalnog i procesnog krivičnog prava u postupku evropske integracije, određivanjem interesa Unije koji treba da budu zaštićeni krivičnim pravom, te načinom i nivoom te zaštite.⁸⁹ Shodno tome, *Korpus juris* se fokusira na rješavanje dva glavna pitanja: izvodljivosti primjene *Korpus jurisa* u vezi sa nacionalnim sistemima država članica, te pitanjem horizontalne saradnje između država članica, odnosno vertikalne saradnje između država članica.

TENDENCIJE U ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA

Zaštita ljudskih prava i sloboda je tema koja je oduvijek zaokupljala pažnju svim progresivnim snagama u svijetu.⁹⁰ Ova tema je opšti interes svih država i naroda, bez obzira na pojedinačne države i regione. Veliki politički programi poput *Magna charta libertatum* iz 1215. godine, *Francuska deklaracija o pravima čovjeka i građanina* iz 1789. godine,⁹¹ *Sovjetska deklaracija o pravima radnog i eksploitanog naroda* iz 1918. godine i mnoge druge su tematizovali zaštitu ljudskih prava i sloboda. Naravno, ova pitanja su i danas dio političkih programa svih stranaka i pokreta. Zaštita ljudskih prava i sloboda⁹² dobija na značaju nastankom Ujedinjenih nacija 1945. godine, kasnije sa *Univerzalnom deklaracijom o pravima čovjeka* koju je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih nacija 1948. godine.

⁸⁸ B. Pavišić, op.cit., 19.

⁸⁹ John R. Spencer, „The *Corpus Juris* Project - has it a future?“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 2, 1999, 355–372.

⁹⁰ Ksenija Jurišić, „Globalizacija i ljudska prava“, *Politička misao*, Vol XXXVI, br. 1, Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu, br. 1, Zagreb, 1999, 70–82.

⁹¹ V. Nedim Ademović, Josef Marko, Goran Marković, *Ustavno pravo BiH*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo, 2012, 212–213.

⁹² O međunarodnim instrumentima vidi Vesna Barić Punda, „Načelo diskriminacije – jedno od temeljnih načela zaštite ljudskih prava i sloboda“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Split, 2005, 27–42 i Vjekoslav Bajsić, „Ljudska prava u međunarodnim dokumentima“, *Obnovljeni život*, Katolički bogoslovni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, vol. 38, br. 3–4, 1983, 225–239.

U narednim godinama, Generalna skupština usvojila je još nekoliko značajnih međunarodnih instrumenata koji proklamuju zaštitu ljudskih prava i sloboda, među kojima su najznačajniji: *Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* iz 1966. godine, kao i *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima*, usvojen iste godine.⁹³

Istorijski događaji, poput francuske buržoaske revolucije i borbe za nezavisnost sjevernoameričkih kolonija, predstavljali su simbole borbe za slobodu zajednice i pojedinca, ograničavanje vlasti naspram čovjeka i stvaranje čovjekovog slobodnog polja djelovanja u koje država neće da se miješa, kao osnovne tendencije zaštite ljudskih prava. *Deklaracija o nezavisnosti* od 4. jula 1776. godine i *francuska Deklaracija o pravima čovjeka i građanina*, instrumenti proizašli iz ova dva događaja, zasnivaju se na teoriji škole prirodnog prava, koja polazi od toga da su svi ljudi jednaki i da svaki čovjek ima svoja urođena i neotuđiva prava.⁹⁴ Jedna od tendencija zaštite ljudskih prava u kontekstu krivičnog prava jeste i prevencija od činjenja krivičnih djela, te pravo žrtava na prikladan pravni lijek za kršenja koja su se desila ranije. Ovaj cilj novog pravca u zaštiti ljudskih prava opisao je i Međunarodni centar za transnacionalnu pravdu kada je osnovan 2001. godine, kao: pomaganje društvima da se oporave tako što će se procesuirati raniji zločini nakon oružanih sukoba ili perioda u kojem je vladala represija. Najbolji primjeri za ovaj trend u zaštiti ljudskih prava su procesi vođeni protiv počinitelaca zločina u bivšoj Jugoslaviji i Ruandi.⁹⁵

Međutim, ono što se pokazalo efikasnijim na polju zaštite ljudskih prava i sloboda jesu regionalni mehanizmi, kako zbog kulturnih sličnosti zemalja određenog regiona, tako i zbog mogućnosti uspostavljanja efikasne sudske kontrole poštovanja ljudskih prava. Kao najuspješniji mehanizam za zaštitu ljudskih prava u svijetu, svakako se izdvaja Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, usvojena u okviru Savjeta Evrope, u Rimu, 4. novembra 1950. godine, a stupila na snagu 3. septembra 1953. godine.⁹⁶ Krivični karakter odredaba Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda evidentan je u onim odredbama koje garantuju prvenstveno pravo na život (član 2), zabranu mučenja i nehumanog

⁹³ O istorijskom razvoju zaštite ljudskih prava vidi Edwin Borcharđ, „Historical Background of International Protection of Human Rights“, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Essential Human Rights, Vol. 243, 1946, 112–117; [https://www.jstor.org/journal/annaa/meracadpoli?refreqid=excelsior%3A9 81813 5e62d9ac265b1e2076c615020f](https://www.jstor.org/journal/annaa/meracadpoli?refreqid=excelsior%3A9%2081813%205e62d9ac265b1e2076c615020f); 10. 1. 2020.

⁹⁴ N. Ademović, J. Marko, G. Marković, op.cit., 211.

⁹⁵ Hurst Hannum, „Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century“, *Human Rights Law Review*, Vol. 16, Izdanje 3, 2016, 409–451; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2832205; 10. 1. 2020.

⁹⁶ N. Ademović, J. Marko, G. Marković, op.cit., 213.

postupanja (član 3), pravo na pravičan postupak (član 6), kažnjavanje samo na osnovu zakona (član 7), pravo na efikasan pravni lijek (član 13), sloboda kretanja (član 2. Protokola 4), pravo na žalbu u krivičnim predmetima (član 2. Protokola 7), naknada za pogrešnu presudu (član 3. Protokola 7) i *ne bis in idem* (član 4. Protokola 7).⁹⁷

Član 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao jedno od najvažnijih ljudskih prava u okviru zaštite ljudskih prava u krivičnim predmetima,⁹⁸ sadrži šest specifičnih prava, a to su: pravo pristupa sudu (*engl. right to access to court*), pravo poštenog suđenja (*engl. right to fair hearing*), pravo javnosti rasprave i presude, pravo suđenja u razumnom roku (*engl. within reasonable time*) i pravo nezavisnog, nepristrasnog i na zakonu zasnovanog suda.⁹⁹ Neka od njih češće su predmet tumačenja pojedinih sudskih odluka Evropskog suda za ljudska prava.

Evropska unija je takođe pristupila Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, a prava zagarantovana ovom konvencijom čine opšta načela prava Unije (član 6. st. 2. i 3. Ustava EU).¹⁰⁰

Pored toga, jedan od važnih instrumenata zaštite ljudskih prava jeste i Povelja osnovnih prava EU koja je dio primarnog prava EU i kao takva jednaka osnivačkim ugovorima.¹⁰¹ Ona predstavlja prvu pravno obavezujuću kodifikaciju ljudskih prava EU i nadopunjuje već postojeću zaštitu ljudskih prava EU (član 6. stav 1. Ustava EU).¹⁰²

⁹⁷ V. Chrisje Brants, Stijn Franken, „The protection of fundamental human rights in criminal process“ General report, *Utrecht Law Review*, Vol. 5, no. 2, 2009, 7–65. i M. Cherif Bassiouni, „Human Rights in the context of criminal justice: Identifying international procedural protections and equivalent protections in national constitutions“, *Duke Journal of comparative and international law*, Vol. 3, no. 2, 235–297.

⁹⁸ V. Duška Šarin, „Aspekti prava na pravično suđenje – pravo na pristup sudu kroz jurisprudenciju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 53, br. 3, 2016, 729–762; Miodrag Simović, Marina Simović, Vladimir Simović, „Pravo na pristup sudu kao elemenat prava na pravično suđenje – međunarodni standardi i praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, broj 22, god. 11, 2018, 13–32.

⁹⁹ Cornelia Riehle, Allison Clozel, „10 years after the roadmap: procedural rights in criminal proceedings in the EU today“, *ERA Forum*, Vol. 20, 2020, 321–323.

¹⁰⁰ Član 6. stav 2: „Unija pristupa Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. To pristupanje ne utiče na nadležnosti Unije kako su utvrđene u ugovorima“.

Član 6. stav 3: „Osnovna prava, kako su zagarantovana Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i kako proizlaze iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, čine opšta načela prava Unije“.

¹⁰¹ V. Darko Samardžić, Zlatan Meškić, *Pravo Evropske unije II – Povelja Evropske unije o osnovnim pravima*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2017.

¹⁰² Član 6. stav 1: „Unija priznaje prava, slobode i načela određena Poveljom Evropske unije o osnovnim pravima od 7. decembra 2000, kako je prilagođena u Strazburu, 12. decembra 2007, koja ima istu pravnu snagu kao Ugovori“.

ZAKLJUČAK

Krivično pravo, kao grana javnog prava izrazito je važan segment vršenja suverene vlasti države na njenoj teritoriji. Paralelno, ova vrlo rigidna grana prava koja zahtijeva jasan i precizan sistem pravila, mnogo teže se prenosi u druge pravne sisteme nego druge grane prava, između ostalog i zbog konceptualnih razlika. Razlike koje su se u viševjekovnom razvoju potom formirale između evropsko-kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema dodatno otežavaju transfer kako materijalnih i procesnih instituta, tako i dokaza.

Bez obzira na navedeno, evidentna je i intencija Unije za preuzimanjem većeg stepena nadležnosti u oblasti krivičnog prava, odnosno za stvaranjem jedinstvenog sistema krivičnog prava na području Unije. Takva namjera je i logična – radi se o već formiranom jedinstvenom pravnom poretku i zajednici čiji finansijski interesi ne mogu biti zaštićeni do kraja bez krivičnopravne zaštite.¹⁰³ Među najeklatantnijim pokazateljima te namjere su i evropski javni tužilac i Korpus juris. Nije slučajno zamišljeno da evropski javni tužilac na početku svoga djelovanja zastupa optužbe pred nacionalnim sudovima, niti da Korpus juris predstavlja akademsku studiju, a ne obavezujući pravni akt. Na ovaj način, krivično pravo Evropske unije ulazi na mala vrata, stvarajući minimalnu frustraciju država članica koje još uvijek nisu spremne prenijeti toliki stepen vlastitog suvereniteta na Uniju. Na primjer, takva frustracija izazvana je pokušajem usvajanja Ustava za Uniju, kada je veću frustraciju izazivao naziv akta nego njegov sadržaj. Na kraju, u skoro identičnom sadržaju je i usvojen, ali pod drugim nazivom.

S tim u vezi, u smislu *de lege ferenda* rješenja, može se očekivati insistiranje na harmonizaciji nacionalnih krivičnih propisa unutar država članica Evropske unije, naročito u procesnom dijelu, gdje bi najveću ulogu trebalo da odigra upravo *Korpus juris*, za sada akademska studija koja pretenduje da u budućnosti postane krivični zakonik Evropske unije. Svakako se može očekivati i praksa suda Unije kao „motora integracije“ koja će ići u smjeru razvoja krivičnog prava EU.

¹⁰³ V. Constanza Di Francesco Maesa, „The Directive on the Fight against Fraud to the Union’s Financial Interests by means of Criminal Law: A Missed Goal?, Insight“, *European forum*, 22. oktobra 2018, 1–15.

Prof. Dr. MIODRAG N. SIMOVIĆ

Vice-president of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

Full Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka,

Full member of the Academy of Sciences and Arts of Bosnia and Herzegovina

AMNA HRUSTIĆ, LL.M.

Senior assistant, Faculty of Law of Zenica University

CRIMINAL COOPERATION IN THE EUROPEAN UNION: AUTHORITIES, CORPUS IURIS AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Summary

The paper discusses some issues related to the bodies of criminal justice cooperation in the European Union, as tools in criminal cases for gathering evidence and a mechanism to facilitate the investigation envisaged to raise internal security in the European Union and better cooperation with third countries. First, the current legislative framework is observed as the basis for the establishment of Eurojust, the European Judicial Network, liaison judges, Europol and the European Anti-Fraud Office - OLAF. In this context, various factors that influenced the establishment and work of these bodies are studied, among which the influence of the member states and the importance of mutual trust of the participants are especially emphasized. This is followed by a presentation of the framework of some of the most important legal and political issues related to a very important institution of the European Public Prosecutor, whose profiling is the result of various compromises. As a decision-making authority and creating of positive prosecution practice in certain criminal cases, the European Public Prosecutor's Office should create a new type of prosecutorial connection, unity and independence in the European Union, which will be above the limitations and obstacles present in national prosecutorial systems.

Special emphasis was also placed on the European criminal Corpus Iuris, with a serious suspicion that a situation has been created in the European Union for such a common legal order. The protection of the rights of the citizens of the European Union and the need to fight crime is too valuable to be introduced into the project of this harmonized system, without identifying its goal. Finally, some issues related to human rights trends in the European Union are critically observed.

Key words: European Union, police cooperation, judicial cooperation in criminal matters, Eurojust, European Public Prosecutor, Corpus Iuris

Literatura

Ademović N. Marko J., Marković M., *Ustavno pravo BiH*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo, 2012.

Armada I., „The European Investigation Order and the lack of European standards for gathering evidence: is a fundamental rights-based refusal the solution?“, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, Issue 1, 2015.

Bachmaier L., „Transnational Evidence Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters“, *The European Criminal Law Associations Forum*, No. 2, 2015.

- Bajsić V., „Ljudska prava u međunarodnim dokumentima“, *Obnovljeni život*, Katolički bogoslovni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, Vol. 38, br. 3–4, 1983.
- Barić Punda V., „Načelo diskriminacije – jedno od temeljnih načela zaštite ljudskih prava i sloboda“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Split, 2005.
- Bassiouni C., „Human Rights in the context of criminal justice: Identifying international procedural protections and equivalent protections in national constitutions“, *Duke Journal of comparative and international law*, Vol. 3, 1993.
- Borchard E., „Historical Background of International Protection of Human Rights“, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Essential Human Rights, Vol. 243, 1946.
- Brants C., Franken S., „The protection of fundamental human rights in criminal process“ General report, *Utrecht Law Review*, Vol. 5, No. 2, 2009.
- Campos-Pardillos M. Á. „Liaison magistrates“ and „contact points“ as a „remedy“ against „high levels of mistrust“: Metaphorical imagery in scholarly papers on EU judicial cooperation, *Ibérica*, 34, 2017.
- Čavoški A., *Pravni i politički poredak Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2006.
- Čeranić J., Lepetić J., „Eurojust – jačanje pravosudne saradnje u Evropskoj uniji“, *Pravni život*, Beograd, 14, 2009.
- Delmas-Marty D.M., Vervaele J.A.E., „The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States“, Vol. 2, *Intersentia*, 2001.
- Di Francesco Maesa C., „The Directive on the Fight against Fraud to the Union’s Financial Interests by means of Criminal Law: A Missed Goal?, Insight“, *European forum*, 22. oktobra 2018.
- Đurđević Z., „Prijevarena na štetu proračuna Europske unije: pojavni oblici, metode i uzroci, *Finansijska teorija i praksa*, Institut za javne financije Zagreb, Vol. 30, br. 3, 2006.
- Đurđević Z., „Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Europi“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 15, br. 2, 2008.
- Hannum H., „Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century“, *Human Rights Law Review*, Vol. 16, izdanje 3, 2016.
- Herceg B., Vuletić I., „The Lisbon Treaty as the first step towards the European Criminal Court, The role of national criminal law in the European Union area and the alternative resolution of criminal“, *Section of Criminal Law Bratislava*, Comenius University in Bratislava, Faculty of Law, 2011.
- Ivanda S., Dragović F., „Suradnja policije i pravosuđa u Evropskoj uniji od Maastrichta do danas“, *Policija i sigurnost*, Ministarstvo unutarnjih poslova RH, Policijska akademija, Zagreb, 1–3, 2003.
- Ivanović R.A., Ivanović, B.A., „Evropski dokazni nalog i evropski nalog za istragu u krivičnim stvarima“, *Pravne teme*, Novi Pazar, godina 3, br. 5, 2015.

- Jurišić K., „Globalizacija i ljudska prava“, *Politička misao*, Vol XXXVI, br. 1, Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 1,1999.
- Kaiafa-Gbandi M., „The protection of the EU’s financial interests by means of criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017 Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the Union’s financial interests“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, br. 12, 2018.
- Koutrakos P., „Institutional Balance and Sincere Cooperation in Treaty-Making under EU Law“, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 68, Issue 1, 2019.
- Ligeti K., „The Place of the Prosecutor in Common Law and Civil Law Jurisdictions“ in Brown, (eds. D. K., Iontcheva Turner, J., and Weisser, B.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, OUP, 2019.
- Ligeti K., „Struktura Ureda EJT-a: obilježja i izazovi“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 27, br. 1, 2020.
- Ligeti K., Antunes J., M., Giuffrida, G.M. (eds). „The European Public Prosecutor’s Office at Launch. Adapting National Systems, Transforming EU Criminal Law, *Wolters Kluwer & CEDAM*, 2020.
- Materljan M., Materljan G., Europski istražni nalog i nacionalni sustavi pravnih lijekova: pitanje primjerene razine zaštite temeljnih prava u državi izdavanja naloga, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol 27, br. 2, 2020,
- Monar J. *The Institutional Dimension of European Union’s Area of Freedom, Security and Justice*, College of Europe Studies, no. 11, Brussels, 2010.
- Munivrana M., „Univerzalna jurisdikcija“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 13, br. 1, 2006.
- Pavišić P., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2008.
- Quirke B., „OLAF’s role in the fight against fraud in the European Union: do too many co-oks spoil the broth?“, *Crime, Law and Social Change*, Vol. 53, Issue 1, 2009.
- Rabatel M., Deparis O., „*Liaison Magistrates’* Their Role in International Judicial Cooperation and Comparative Law“ u *Courts and Comparative Law*, (ur. Mats Andenas, Duncan Fairgrieve), Oxford Scholarship Online, 2015.
- Rakić R., „Uloga Eurojusta u sustavu pravosuđne saradnje u kaznenim stvarima s državama članicama Evropske unije“, *Policija i sigurnost*, Policijska akademija, Zagreb, Vol. 21, 2012
- Riehle C., Clozel A., „10 years after the roadmap: procedural rights in criminal proceedings in the EU today“, *ERA Forum*, Vol. 20, 2020.
- Rošić M., „Europol i međunarodna policijska suradnja kriminalističke policije Republike Hrvatske“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 15, br. 1, 2008.
- Sačić Ž., „Međunarodna saradnja Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske – oblici, ciljevi, obilježja i uočeni problemi“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 7, br. 1, 2000.

- Samardžić D., Meškić Z., *Pravo Evropske unije II – Povelja Evropske unije o osnovnim pravima*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2017.
- Satzger H., *International and European Criminal Law*, C. H. Beck – Hart – Nomos, 2012.
- Simović M., Blagojević M., Simović V., *Međunarodno krivično pravo*, 2. izd., Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2013.
- Simović M., Simović M., Simović V., „Pravo na pristup sudu kao elemenat prava na pravično suđenje – međunarodni standardi i praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, broj 22, god. 11, 2018.
- Simović M., Jovašević D., *Leksikon krivičnog prava Bosne i Hercegovine*, Akademija nauka i umjetnosti BiH, Sarajevo, 2018.
- Spencer R. J., „The *Corpus Juris* Project - has it a future?“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol 2, 1999.
- Šarin D., „Aspekti prava na pravično suđenje – pravo na pristup sudu kroz jurisprudenciju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Split, god. 53, br. 3, 2016.
- Vuletić I., „Pravo EU u kaznenom i kaznenom procesnom pravu“, *Procesnopravni aspekti prava EU*, Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2016.
- Zaharieva R., „The European Investigation Order and the Joint Investigation Team – which road to take, A practitioner’s perspective“, *ERA Forum*, Vol. 18, 2017.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 06.08.2021.

Prihvaćen: 03.09.2021.

PREGLEDNI RAD

LJUBINKO MITROVIĆ
VELJKO IKANOVIĆ

JEMSTVO U KRIVIČNOM PROCESNOM ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE SRPSKE

Za valjano i efikasno, odnosno uspješno i kvalitetno vođenje konkretnog krivičnog postupka nužno je ostvarenje niza pretpostavki koje se tiču kako samog suda tako i ostalih, prije svega glavnih krivičnoprocesnih subjekata.¹ Svakako jedna od najvažnijih pretpostavki kojom se postiže uspješno i efikasno vođenje krivičnog postupka odnosi se na neophodnost prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog, ali i niza drugih krivičnoprocesnih subjekata (svjedoka, vještaka, tumača i drugih lica) određenim procesnopravnim radnjama koje se sprovode u sudu. Slično drugim, i Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske iz maja 2012. godine² propisuje nekoliko mjera za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku, i to: poziv, dovođenje, mjere zabrane, jemstvo (predviđeno u čl. 192–195 ZKP RS) i pritvor. U krivičnoprocesnom smislu, jemstvo predstavlja mjeru obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog tokom čitavog krivičnog postupka. S druge strane,

Prof. dr Ljubinko Mitrović, Ombudsman za ljudska prava Bosne i Hercegovine, redovni profesor na Panevropskom univerzitetu „Apeiron“ u Banjoj Luci, naučni saradnik na Institutu za uporedno pravo u Beogradu, e-mail: ljubinko58@gmail.com.

Dr Veljko Ikanović, vanredni profesor na Panevropskom univerzitetu „Apeiron“ u Banjoj Luci, sudija Vrhovnog suda Republike Srpske, e-mail: veljko.ikanovic@pravosudje.ba.

¹ Ljubinko Mitrović, Dragan Jovašević, Mjere za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku u Republici Srpskoj, Zbornik radova, Međunarodna naučno – stručna konferencija na temu: *Kriminalistički i krivično procesni aspekti dokaza i dokazivanja*, Sarajevo, 2013, 141-154.

² Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 53/2012, 91/2017, 66/2018 i 15/2021.

*jemstvo je i garancija za nesmetano vođenje krivičnog postupka od njegovog početka do kraja. Jemstvo se kao krivičnoprocesna mjera primjenjuje kao zamjena, odnosno alternativa ili surogat za pritvor u slučaju kada postoji opasnost od bjekstva osumnjičenog, odnosno optuženog lica, što predstavlja quaestio facti. To znači da primjena ove mjere zabrane dolazi u obzir samo u slučaju ako prema osumnjičenom, odnosno optuženom licu tek treba odrediti pritvor (prethodna supstitucija) ili je pritvor već određen (naknadna supstitucija) zbog okolnosti da postoji bojazan od njegovog bjekstva (čime bi osumnjičeni, odnosno optuženi onemogućio uspješno započinjanje ili vođenje krivičnog postupka i rasvjetljenje i razrješenje krivične stvari).*³

Ključne riječi: *sud, krivični postupak, osumnjičeni, optuženi, mjere za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku, jemstvo*

NEKOLIKO RIJEČI O JEMSTVU UOPŠTE

Jemstvo (kaucija, kapara, zaloga, depozit, garancija, polog, avans) u nekom najopštijem značenju predstavlja garanciju da će se određena obaveza ispuniti. O kakvoj je obavezi riječ, govori nam grana prava kojoj ta obaveza pripada, odnosno grana prava s čijeg aspekta posmatramo jemstvo. Važno je istaći da jemstvo kao pravni institut postoji u građanskopravnom smislu (građanskom pravu), kao što postoji i jemstvo u krivičnom postupku (krivičnom procesnom pravu). Razlika je u pravnoj prirodi i funkciji jemstva u navedenim granama prava.

Jemstvo u građanskopravnom smislu potiče još iz rimskog prava, a ovaj pravni institut je kod nas danas detaljnije razrađen Zakonom o obligacionim odnosima Republike Srpske.⁴ Shodno tome, u građanskopravnom smislu jemstvo jeste garancija da će jemac ispuniti obavezu dužnika, ako on to sam ne učini. Važeći Zakon o obligacionim odnosima Republike Srpske jemstvo detaljnije razrađuje u odredbama čl. 997. do 1003., s tim da odredba člana 997. glasi: Ugovorom o jemstvu se jemac obavezuje prema povjeriocu da će ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika, ako to ovaj ne učini.⁵

Jemstvo kao institut krivičnog procesnog prava predstavlja mjeru obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog lica u krivičnom postupku.

³ Stanko Bejatović, *Mere za povećanje efikasnosti i pojednostavljenje krivičnog postupka*, Zbornik radova, *Osnovne karakteristike predloga novog jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva*, Beograd, 2000. godine, 145-155.

⁴ Glava XXIX Jemstvo, Zakon o obligacionim odnosima Republike Srpske, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 37/2001 – dr. zakon, 39/2003 i 74/2004.

⁵ Zakon o obligacionim odnosima Republike Srpske, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 37/2001 – dr. zakon, 39/2003 i 74/2004.

Slično jemstvu u građanskom pravu u kojem jemstvo podrazumijeva garanciju da će jemac ispuniti obavezu dužnika, ako on to sam ne učini, jemstvom u krivičnom postupku garantuje se prisutnost osumnjičenog, odnosno optuženog do kraja krivičnog postupka.

U svakom slučaju, jemstvo kao opšti institut daje određenu sigurnost, koja se odnosi kako na naplativost potraživanja, tako i na sprovođenje krivičnog postupka sve do njegovog pravnosnažnog okončanja.

Između jemstva u građanskopravnom smislu i jemstva u krivičnom postupku postoje određene razlike. Tako je jemstvo u građanskopravnom smislu nezavisno i samostalno u odnosu na jemstvo u krivičnom postupku. S druge strane, važna razlika je i u pogledu položaja jemca. Naime, jemac u građanskopravnom smislu ima pravo regresa prema dužniku čiji je dug isplatio, dok jemac u krivičnom postupku nema pravo regresa prema optuženom za ono što je uplatio, jer se u tom slučaju jemac lično obavezao na plaćanje određenog iznosa, a ne na plaćanje dužnikovog duga.

Porijeklo jemstva kao instituta krivičnog procesnog prava nalazi se u anglosaksonskoj pravnoj tradiciji, s tim da je ovaj pravni institut i njegoa tradicija prihvaćen i u kontinentalnom pravu. U svakom slučaju, jemstvo je izvorno institut građanskog prava koji je implemetiran u krivični postupak radi ostvarivanja krivičnoprocesnih ciljeva.

JEMSTVO U NAŠEM KRIVIČNOM POSTUPKU I NJEGOV ODNOS SA PRITVOROM

Jemstvo u krivičnom postupku

Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, u odredbama čl. 192.-195. predviđa jemstvo (kaucija – *cautio*) kao mjeru za obezbjeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku. S druge strane, jemstvo se kao krivičnoprocesna mjera primjenjuje kao zamjena, odnosno alternativa ili surogat za pritvor u onoj situaciji kada postoji opasnost od bjekstva osumnjičenog, odnosno optuženog lica, što predstavlja *quaestio facti*.⁶

Jemstvo je mjera za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog sve do kraja krivičnog postupka, odnosno mjera kojom se postiže uspješno vođenje krivičnog postupka. Kada kažemo prisustvo osumnjičenog, odnosno optuženog do kraja krivičnog postupka ne mislimo samo na njihovo prisustvo na glavnom pretresu, odnosno drugim stadijumima krivičnog postupka, već svakako

⁶ Lj. Mitrović, D. Jovašević (2013), op. cit., 141-154.

na njihovo prisustvo sve do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka. U svakom slučaju, jemstvo služi za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog sve do trenutka pravnosnažnosti presude, odnosno sve do otpočinjanja izvršenja kazne lišenja slobode, pod uslovom da je ona izrečena. U našem pravnom sistemu, jemstvom se ne garantuje izvršenje novčane kazne, troškova postupka, imovinskopravnog zahtjeva i sl.⁷

Suštinski, cilj jemstva prema našim krivičnoprocesnim zakonima⁸ jeste da se obezbijedi prisustvo osumnjičenog, odnosno optuženog tokom trajanja krivičnog postupka.⁹ Pored ispunjenja suštinskog cilja, ova mjera obezbjeđenja ima još jedan važan zadatak: izbjegavanje primjene značajno teže mjere obezbjeđenja, odnosno pritvora. Razlog prednjem svakako leži u činjenici da kada se primjenjuje pritvor kao mjera obezbjeđenja, onda ta mjera pored osumnjičenog, odnosno optuženog (i njegove porodice) pogađa i „državu“, jer je država ta koja je dužna da obezbijedi sredstva za izdržavanje pritvora, kao i sredstva za naknadu štete ukoliko se u nekoj kasnijoj fazi pokaže da je pritvor bio neosnovan.

Nadalje, treba istaći da inicijativa za određivanje jemstva kao mjere obezbjeđenja nikad ne potiče od državnog organa. Naime, sud nikad ne zahtijeva jemstvo, niti uslovljava odsustvo pritvora davanjem jemstva.¹⁰ Shodno tome, primjenu jemstva kao mjere obezbjeđenja mogu da traže isključivo osumnjičeni, odnosno optuženi ili neko treće lice za njega (svakako uz saglasnost osumnjičenog, odnosno optuženog). S druge strane, zakonska je obaveza suda da o pravu na jemstvo pouči osumnjičenog, odnosno optuženog. I na kraju, kada je riječ o pružanju (davanju)

⁷ Tihomir Vasiljević, Momčilo Grubač, *Komentar zakona o krivičnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1987, 328.

⁸ Krivičnoprocesno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini danas, shodno njenoj ustavnoj strukturi i raspodjeli nadležnosti čine četiri zasebna krivičnoprocesna pravna sistema, i to: Bosne i Hercegovine, Republike Srpske, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Ovo svakako podrazumijeva i nesmetanu egzistenciju četiri zakona o krivičnom postupku, i to: Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 53/2012, 91/2017, 66/2018 i 15/2021; Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 35/2003, 56/2003 – ispr., 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014 i 74/2020; Zakona o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 34/2013 – prečišćen tekst, 27/2014, 3/2019 i 16/2020 i Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/2003, 32/2003 – ispr, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018.

⁹ Miodrag Simović, Vladimir Simović, *Krivično procesno pravo – uvod i opšti dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2013, 486.

¹⁰ T. Vasiljević, M. Grubač (1987), op. cit., 327.

jemstva, jemstvo mogu dati osumnjičeni, odnosno optuženi, ali i neko treće lice za njih, svakako uz njihovu saglasnost. Ova saglasnost je u slučaju davanja jemstva posebno važna, jer se ona ogleda u davanju ličnog obećanja osumnjičenog, odnosno optuženog sudu da se neće kriti niti bez odobrenja napuštati svoje boravište.

Prema našim krivičnoprocesnim zakonima jemstvo mogu koristiti sve kategorije osumnjičenih, odnosno optuženih lica. U svakom slučaju, to znači da nema ograničenja u pogledu težine krivičnog djela, povratnika, lica bez prebivališta, lica sa prebivalištem u inostranstvu, pa čak ni u pogledu stranaca. Bez obzira na to što se jemstvo može primijeniti na sve kategorije osumnjičenih, odnosno optuženih, sud u svakom konkretnom slučaju ocjenjuje da li će odrediti jemstvo. Prilikom donošenja odluke o jemstvu sud u svakom konkretnom slučaju mora imati u vidu da li će se jemstvom postići njegova svrha, a to je obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog, kao i da li postoji opasnost da će se osumnjičeni, odnosno optuženi skrivati, odnosno bez odobrenja suda napuštati svoje boravište.

Primjena ove mjere zabrane dolazi u obzir samo u slučaju ako prema osumnjičenom, odnosno optuženom licu tek treba odrediti pritvor (prethodna supstitucija) ili je pritvor već određen (naknadna supstitucija) zbog okolnosti da postoji bojazan od njegovog bjekstva (čime bi onemogućio uspješno započinjanje ili vođenje krivičnog postupka i rasvjetljenje i razrješenje krivične stvari).¹¹ To osumnjičeno, odnosno optuženo lice može se ostaviti na slobodi, odnosno može se pustiti na slobodu samo pod sljedećim uslovom: da ono lično ili neko drugi za njega pruži jemstvo da do kraja krivičnog postupka (što znači do njegovog pravnosnažanog okončanja) neće pobjeći. Pored ovog, prema odredbi člana 192. ZKP RS iz 2012. godine, jemstvo se može odrediti i kao mjera za obezbjeđenje poštovanja obaveze osumnjičenog, odnosno optuženog da se neće kriti i da bez odobrenja neće napustiti svoje boravište. To s druge strane znači, da se osumnjičenom, odnosno optuženom licu kome je određen pritvor iz nekog drugog razloga (a ne zbog opasnosti od bjekstva) ne može u zamjenu za pritvor ni u kom slučaju izreći jemstvo kao mjera obezbjeđenja.

Odnos jemstva i pritvora

Pritvor je posljednja i najteža mjera procesne prinude kojom se obezbjeđuje prisustvo osumnjičenog, odnosno optuženog pred javnim tužiocem i sudom i uspješno vođenje krivičnog postupka.¹² Pritvor je i mjera kojom se oduzima sloboda

¹¹ Stanko Bejatović (2000), op. cit., 145-155.

¹² Ljubinko Mitrović, Sonja Tomašević, Pritvor i druga ograničenja slobode radi obezbjeđenja prisustva okrivljenog u kaznenim postupcima i slobode i prava lica lišenih – ograničenih slobode kretanja i komuniciranja (Iskustva Bosne i Hercegovine), Regionalna konferencija: *Pritvor i druge*

da kretanja osumnjičenom, odnosno optuženom licu.¹³ S druge strane, i jemstvo predstavlja mjeru obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog pred javnim tužiocem i sudom i uspješno vođenje krivičnog postupka, s tim da se ovdje radi o značajno blažoj mjeri od pritvora, odnosno mjeri koja se koristi kao zamjena za pritvor.

Veza između ove dvije mjere obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku, kao i za uspješno vođenje krivičnog postupka ogleda se u njihovom posebnom odnosu koji je zavisn, posmatrano sa aspekta jemstva. Naime, jemstvo zavisi od pritvora, odnosno ukoliko pritvor nije određen ili on neće biti određen, onda nema ni jemstva, jer jemstvo, u svakom slučaju zamjenjuje pritvor.

Jemstvo predstavlja mjeru obezbjeđenja koja je značajno blaža od pritvora i zbog toga se koristi kao zamjena za pritvor. Pri tome, treba imati u vidu i činjenicu da jemstvo ne može zamijeniti svaki pritvor. Naime, jemstvom se zamjenjuje već određen pritvor (naknadna supstitucija) ili pritvor koji se tek treba odrediti (prethodna supstitucija) prema osumnjičenom, odnosno optuženom licu zbog okolnosti da postoji opasnost (bojazan) od bjekstva osumnjičenog, odnosno optuženog. Shodno tome, određivanje pritvora mora biti isključivo iz razloga bojazni od bjekstva, a ne iz drugih razloga kao što su težina krivičnog djela, težina izrečene kazne, opasnost od ometanja istrage, opasnost od ponavljanja ili dovršenja krivičnog djela i slično.

Da li, odnosno kada opasnost od bjekstva osumnjičenog, odnosno optuženog postoji, zavisi od niza karakteristika svakog konkretnog slučaja, ali i od ličnosti osumnjičenog, odnosno optuženog lica. Shodno tome, sud po svojoj slobodnoj procjeni, u svakom konkretnom slučaju procjenjuje da li postoji opasnost od bjekstva. Ukoliko sud (pro)ocijeni da takva opasnost postoji, on je dužan da pomenutu opasnost od bjekstva osumnjičenog, odnosno optuženog otkloni. Sudu su u tom kontekstu na raspolaganju dvije mogućnosti za otklanjanje opasnosti od bjekstva, a to su: određivanje pritvora ili donošenje rješenja o jemstvu.

Otklanjanje opasnosti od bjekstva osumnjičenog, odnosno optuženog, određivanjem pritvora, nije uslovljeno ničim. S druge strane, jemstvo, u granicama zakona predstavlja samo mogućnost za sud, a njegovo davanje podvrgnuto je diskrecionoj ocjeni suda.¹⁴ Za slučaj određivanja jemstva kao metode kojom će otkloniti opasnost od bjekstva, sud mora imati u vidu da je za osumnjičenog, odnosno

mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena), Beograd, 2019, 183-200.

¹³ Dragan Jovašević, Veljko Ikanović, *Krivično procesno pravo Republike Srpske*, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, 2016, 114.

¹⁴ Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Srbije, Beograd, 1971, 371.

optuženog neko lice ili on sam pružio jemstvo (svakako uz procjenu suda da će se jemstvom stvarno ukloniti opasnost od bjekstva).

Ukoliko sud procijeni da je pružanje, odnosno davanje jemstva dovoljna garancija prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u postupku, on će u svakom slučaju i odrediti jemstvo, jer sud ima i dodatnu obavezu da vodi računa da nikad ne primjenjuje težu mjeru obezbjeđenja ukoliko istu svrhu može postići blažom mjerom. Ukoliko sud usvoji molbu, odnosno prijedlog za puštanje osumnjičenog, odnosno optuženog na slobodu uz jemstvo, osumnjičeni, odnosno optuženi se pušta na slobodu tek kada rješenje o prihvatanju jemstva postane pravnosnažno, uz uslov da je jemstvo prethodno položeno, tj. obezbijeđeno.

SADRŽAJ I VRSTE JEMSTVA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Sadržaj jemstvaj

Sadržaj jemstva je dvostruk: jemstvo se sastoji u moralnoj obavezi i materijalnoj garanciji osumnjičenog, odnosno optuženog ili drugog lica.¹⁵ Moralna obaveza podrazumijeva izjavu koja se daje od strane osumnjičenog, odnosno optuženog ili nekog drugog lica, s tim da ta izjava predstavlja garanciju da osumnjičeni, odnosno optuženi neće pobjeći do okončanja krivičnog postupka, kao i da se neće kriti niti bez dozvole suda napustiti svoje boravište. S druge strane, materijalna garancija, najkraće rečeno predstavlja polaganje gotovog novca, odnosno pokretnih stvari ili dokaza o stavljenoj hipoteci za iznos jemstva na nepokretnostima u sudski depozit. Sadržinski, jemstvo može da se sastoji u ličnoj i stvarnoj obavezanosti (obligaciji) osumnjičenog, odnosno optuženog ili nekog drugog lica i ono se sastoji u: polaganju gotovog novca - domaćeg ili stranog, papira od vrijednosti, dragocjenosti ili drugih pokretnih stvari veće vrijednosti koje se lako mogu unovčiti i čuvati, stavljanju hipoteke za iznos jemstva na nepokretna dobra lica koje daje jemstvo ili ličnoj obavezi jednog ili više građana da će u slučaju bjekstva osumnjičenog, odnosno optuženog platiti utvrđeni iznos jemstva.

Materijalnu garanciju kod jemstva uvijek daju ili sam osumnjičeni, odnosno optuženi ili neko drugo lice, ili istovremeno i osumnjičeni, odnosno optuženi i jedno ili više drugih lica. Pri tome, materijalna strana jemstva uvijek mora biti novčano izražena (dakle, jemstvo uvijek glasi na novčani iznos), bez obzira da li se jemstvo sastoji u gotovom novcu ili drugim vrijednim pokretnim stvarima.¹⁶

¹⁵ D. Jovašević, V. Ikanović (2016), op. cit., 112.

¹⁶ Ljubinko Mitrović, Dragan Jovašević, Pritvor u sudskoj praksi u Republici Srbiji, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Univerziteta APEIRON*, broj 2, Banja Luka, 2021, 308-333.

Dakle, pored moralne obaveze mora da u konkretnoj situaciji postoji i materijalna garancija kako bi sadržina jemstva bila potpuna i kako bi jemstvo bilo valjano.

Iznos jemstva

Krivično-procesno zakonodavstvo u Republici Srpskoj ne određuje visinu i kriterijume za određivanje visine jemstva u pojedinim konkretnim slučajevima, s tim da sud, po slobodnoj ocjeni, u svakom konkretnom slučaju visinu jemstva određuje zavisno od težine krivičnog djela (odnosno visine zapriječene kazne), ličnih i porodičnih prilika osumnjičenog, odnosno optuženog lica i imovinskog stanja lica koje daje jemstvo.¹⁷ Jemstvo uvijek glasi na novčani iznos. Treba takođe napomenuti da lice koje daje jemstvo mora sudu u svakom slučaju dostaviti i dokaze o svom imovinskom stanju, zatim porijeklu imovine, te vlasništvu i posjedu nad imovinom koja se daje kao jemstvo.

Jemstvo predstavlja faktičko pitanje, jer se njegov iznos određuje u svakom konkretnom slučaju. Dakle, jemstvo nije određeno zakonom, odnosno zakonom nije određen kako njegov najniži iznos, tako ni najviši iznos jemstva. Zašto je to tako? Potpuno je razumljivo da ako bi se jemstvo određivalo u previsokom iznosu, mnogi jemci ne bi mogli da pruže jemstvo, što bi jemstvo učinilo privilegijom isključivo bogatih ljudi. S druge strane, ukoliko bi se jemstvo određivalo u preniskom iznosu, to bi institutu jemstva umanjilo značaj, a jemstvo bi vjerovatno i potpuno izgubilo svoju funkciju, jer u tom slučaju ne bi predstavljalo dovoljnu garanciju niti ozbiljnu opomenu. U svakom slučaju, jemstvo treba određivati u onom iznosu koji, za svaki konkretan slučaj, otklanja sumnju da bi osumnjičeni, odnosno optuženi mogao pobjeći.

Dostupnosti jemstva svim slojevima građana u jednom društvu doprinosi svakako i zakonska norma koja, premda jemstvo uvijek glasi na novčani iznos, daje mogućnost jemcu pružanja jemstva ne samo u novcu. Naime, prema slovu zakona, moguće je pružiti jemstvo i u pokretnim stvarima veće vrijednosti, nekretninama, odnosno uspostavljanjem hipoteke na nekretninu i slično.

Novčani iznos na koji glasi jemstvo može se određivati u konvertibilnim markama, ali i u nekoj drugoj valuti. Međutim, neovisno o tome, ukoliko je kao jemstvo položen novčani iznos, prilikom vraćanja jemstva vraća se ona valuta koja je i položena, a ako je položena dragocjenost ili slično, vraća se položena dragocjenost, a ne novčana protivvrijednost.

¹⁷ D. Jovašević, V. Ikanović (2016), op. cit., 112.

Vrste jemstva

Jemstvo u krivičnom postupku u Republici Srpskoj može biti stvarno jemstvo (*cautio realis*) i lično ili verbalno jemstvo (*cautio verbalis*). S druge strane, bez obzira da li se radilo o stvarnom ili ličnom jemstvu, jemstvo uvijek mora da glasi na novčani iznos.

Stvarno jemstvo (cautio realis)

Stvarno jemstvo predstavlja vrstu jemstva kod koga se prilikom pružanja jemstva iznos samog jemstva polaže u gotovom novcu ili se zalažu pokretne stvari koje su veće vrijednosti ili se stavlja hipoteka na nepokretne stvari u vlasništvu lica koje pruža jemstvo. Kada kažemo pokretne stvari veće vrijednosti, misli se na dragocjenosti, umjetničke slike, antičke predmete i slične stvari koje se mogu lako čuvati i lako unovčiti u slučaju propadanja jemstva. Nepokretne stvari su same po sebi veće vrijednosti. U svakom slučaju, prilikom davanja pokretnih ili nepokretnih stvari kao jemstva, potrebno je da te stvari imaju odgovarajuću vrijednost (vrijednost je bitna za slučaj da jemstvo propadne, jer će se prodajom tih stvari ostvariti iznos jemstva).

U sudskoj praksi se u najvećem broju slučajeva kao jemstvo uzima novac koji se polaže u sudski depozit. Dragocjenosti i druge pokretne stvari se rijetko daju i uzimaju kao jemstvo, što je razumljivo, jer se tada sudu nameće dodatni problem koji se odnosi na stručnu procjenu njihove vrijednosti.¹⁸

Davalac stvarnog jemstva može da bude, što je i najčešći slučaj, sam osumnjičeni, odnosno optuženi. Druga mogućnost je da to umjesto osumnjičenog, odnosno optuženog lica učini treće lice. I na kraju, moguće je pružanje jemstva od strane osumnjičenog, odnosno optuženog i trećeg lica zajedno.

Davalac stvarnog jemstva mora u svakom konkretnom slučaju obezbijediti valjanost jemstva, što se posebno odnosi na slučajeve davanja jemstva na nepokretnim stvarima. Tako, ukoliko se kao jemstvo nudi nepokretna stvar, potrebno je da davalac jemstva priloži dokaz o vlasništvu nad tom nepokretnom stvari (izvod iz katastra nepokretnosti). S druge strane, ako se kao jemstvo nudi hipoteka na nepokretnoj stvari, davalac jemstva je dužan da priloži dokaz o tome da je završen postupak stavljanja hipoteke, odnosno on prilaže dokaz da je hipoteka na toj nepokretnoj stvari upisana u katastru nepokretnosti.

¹⁸ Hajrija Sijeričić-Čolić, Malik Hadžiomerađić, Marinko Jurčević, Damjan Kaurinović, Mi-odrag Simović, *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Savjet Evrope/Evropska komisija, Sarajevo, 2005, 396.

Lično ili verbalno jemstvo (cautio verbalis)

Lično ili verbalno jemstvo predstavlja onu vrstu jemstva koja se sastoji u obećanju jednog ili više lica da će u slučaju da osumnjičeni, odnosno optuženi pobjegne, platiti određeni iznos novca. Dakle, lično jemstvo je karakteristično po tome što se određeni iznos novca ne polaže unaprijed, niti se daje obezbjeđenje na imovini za obećani iznos, već do polaganja predmeta jemstva dolazi samo u slučaju da osumnjičeni, odnosno optuženi pobjegne. Stoga, sasvim je logično da lično jemstvo ne mogu pružiti osumnjičeni, odnosno optuženi.¹⁹ Ukoliko lično jemstvo pruža više lica, ta lica odgovaraju solidarno za određeni iznos jemstva.²⁰

U slučaju da jemstvo propadne, odnosno u slučaju bjekstva osumnjičenog, odnosno optuženog, jemac plaća obećani iznos jemstva, odnosno jedina njegova obaveza sastoji se u plaćanju iznosa jemstva.

ODREĐIVANJE JEMSTVA

Puštanje na slobodu uz davanje jemstva mogu tražiti okrivljeni, odnosno drugo lice za njega, s tim da jemstva bez pristanka okrivljenog praktično ne može biti, jer ga okrivljeni uvijek može izbjeći odbijanjem da pruži lično obećanje da se neće kriti i da neće bez odobrenja napustiti boravište.²¹ Sud je dužan osumnjičenog, odnosno optuženog u svakom konkretnom slučaju poučiti o njegovom pravu da traži jemstvo. Jemstvo se može tražiti i dobiti u svakom stadijumu postupka, čak i kada je donesena prvostepena presuda.

Osumnjičeni, odnosno optuženi kojem se pritvor treba odrediti ili mu je već određen samo zbog bojazni da će pobjeći, može se ostaviti na slobodi, odnosno može se pustiti na slobodu ukoliko on lično ili neko drugi za njega pruži jemstvo da do kraja krivičnog postupka neće pobjeći, a sam osumnjičeni, odnosno optuženi obeća da se neće kriti i da bez odobrenja neće napustiti svoje boravište.²² Iz odredbe člana 192. Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske može se zaključiti šta je osnovni uslov za određivanje jemstva: da je osumnjičenom, odnosno optuženom određen ili se treba odrediti pritvor, po osnovu bojazni od bjekstva. To znači da svi drugi osnovi za određivanje pritvora nisu uslovi za jemstvo, odnosno isključuju

¹⁹ T. Vasiljević, M. Grubač (1987), op. cit., 329.

²⁰ T. Vasiljević, M. Grubač (1987), op. cit., 330.

²¹ T. Vasiljević (1971), op. cit., 371.

²² Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 53/2012, 91/2017, 66/2018 i 15/2021.

primjenu jemstva. Zapravo, svaki drugi razlog za određivanje pritvora negira funkciju jemstva, odnosno nesmetano vođenje krivičnog postupka.

Pored navedenog, osnovnog uslova za određivanje jemstva, potrebno je da osumnjičeni, odnosno optuženi ili drugo lice za njega ponudi jemstvo. Inicijativa za jemstvo nikada ne potiče od državnog organa, dakle sud nikada ne zahtijeva jemstvo, kao zamjenu za pritvor. Inicijativa za jemstvo je uvijek na osumnjičenom, odnosno optuženom, njegovom braniocu ili trećim licima. Ukoliko jemstvo nude neka druga lica mimo osumnjičenog, odnosno optuženog, potreban je svakako pristanak osumnjičenog, odnosno optuženog, ali i obećanje da se neće kriti niti napustiti boravište bez odobrenja (to obećanje daje osumnjičeni, odnosno optuženi lično, i ne može ga dati njegov branilac umjesto njega).

Postupak određivanja jemstva počinje podnošenjem prijedloga za određivanje jemstva. Prijedlog podnosi branilac osumnjičenog, odnosno optuženog. Samim tim što je branilac podnio prijedlog i on je dao obećanje da osumnjičeni, odnosno optuženi neće napustiti boravište bez odobrenja, niti se kriti. Međutim, prijedlog koji podnese branilac ne sadrži sve potrebne elemente da bi sud mogao da odlučuje o prijedlogu. Naime, sud pored prijedloga koji mu podnosi branilac, mora da uzme od osumnjičenog, odnosno optuženog obećanje da se neće kriti i bez odobrenja napustiti boravište.

Zakon ne predviđa formu u kojoj se jemstvo nudi, s tim da se jemstvo može ponuditi u pisanoj formi, odnosno podneskom ili izjavom na zapisnik kod suda. Lice koje nudi jemstvo ne mora da navede iznos koji nudi kao jemstvo, međutim svakako bi bilo korisno da to lice navede okolnosti koje utiču na određivanje visine jemstva. Često lice koje nudi jemstvo predlaže i visinu jemstva, ali to svakako ne znači da je to obavezujuće za sud koji o visini jemstva odlučuje.

Prije nego što sud odluči o jemstvu, mora pribaviti mišljenje javnog tužioca i već pomenuto obećanje od osumnjičenog, odnosno optuženog. Da li će prijedlog za puštanje na slobodu uz jemstvo biti usvojen ili odbijen, zavisi od ocjene suda u svakom konkretnom slučaju. Prilikom ocjenjivanja svakog konkretnog slučaja, odnosno prilikom ocjene da li će prihvatiti ili odbiti prijedlog o puštanju na slobodu uz jemstvo, sud mora posebno voditi računa o tome da li postoji opasnost da će osumnjičeni, odnosno optuženi pobjeći i na taj način onemogućiti nesmetano vođenje krivičnog postupka.

Ukoliko sud prilikom odlučivanja o jemstvu utvrdi da su ispunjeni uslovi za primjenu jemstva, on će odrediti iznos jemstva, koji, prema mišljenju suda, može da obezbijedi prisustvo osumnjičenog, odnosno optuženog tokom krivičnog postupka. Lice koje je ponudilo jemstvo, odnosno davalac jemstva, može taj iznos koji odredi sud da prihvati ili ne prihvati. Ukoliko davalac jemstva prihvati iznos jemstva koji

je određen od strane suda, sud će donijeti rješenje o prihvatanju jemstva, a ukoliko davalac jemstva odbije taj iznos, sud će donijeti rješenje o odbijanju jemstva.

RJEŠENJE O JEMSTVU

Odluka o određivanju i ukidanju jemstva uvijek se donosi u formi rješenja, a po prethodnom saslušanju javnog tužioca (po čijem se optužnom aktu i vodi krivični postupak). Svako rješenje o jemstvu mora da sadrži: uvod, dispozitiv (izreku) i obrazloženje.²³ Prepis rješenja koje se dostavlja strankama, pored prethodno navedenog, mora da sadrži i pouku o pravu na žalbu.

U uvodu rješenja o jemstvu važno je da se navede zakonski osnov za donošenje rješenja. U dispozitivu, odnosno izreci rješenja moraju da budu navedeni sljedeći podaci: iznos jemstva koji se navodi u konvertibilnim markama; stvari koje se daju u zalogu kada je jemstvo stvarno, kao i mjesto gdje se daju u zalogu; nepokretnosti na koje se upisuje hipoteka, kao i mjesto gdje se hipoteka upisuje; podaci o licu koje nudi jemstvo; podaci o licu koje će se davanjem jemstva pustiti na slobodu i odluka suda kojom je prethodno određen pritvor. Rješenje o jemstvu mora biti obrazloženo. Na kraju rješenja, potrebno je navesti i rok u kojem jemstvo treba da se položi.

Pojedini sudovi u dispozitivu ili obrazloženju rješenja o jemstvu navode i šta će se desiti sa jemstvom koje je položeno, ukoliko osumnjičeni, odnosno optuženi pobjegne. Tako se najčešće navodi da će se jemstvo u ovakvim situacijama proglašiti propalim, a zatim da će se iznos jemstva uplatiti u budžet. Prednje nije obavezna sadržina rješenja o jemstvu, ali se smatra jednom vrstom upozorenja za davaoca jemstva, kako bi on znao šta će se desiti ako lice za koje on pruža jemstvo pobjegne.

Rješenja o jemstvu su sljedeća:

- Rješenje kojim se *odbacuje* zahtjev za primjenu jemstva;
- Rješenje kojim se *odbija* zahtjev za primjenu jemstva;
- Rješenje kojim se *određuje (prihvata)* jemstvo;
- Rješenje kojim se jemstvo *ukida*;
- Rješenje kojim se jemstvo *proglašava propalim* (tj. kojim se iznos jemstva unosi u budžet);
- Rješenje kojim se *odlučuje o žalbi* izjavljenoj protiv nekog od prethodno navedenih rješenja.²⁴

²³ H. Sijerčić-Čolić, M. Hadžiomerađić, M. Jurčević, D. Kaurinović, M. Simović (2005), op. cit., 402.

²⁴ *Ibidem*.

Kada govorimo o tome ko je nadležan za donošenje rješenja o jemstvu, treba istaći da rješenje o jemstvu uvijek donosi sud. Koji će to sud biti u konkretnom slučaju, zavisi od toga u kojoj se fazi krivičnog postupka donosi rješenje o jemstvu. Shodno prednjem, rješenje o jemstvu donosi:

- u fazi istrage – rješenje o jemstvu donosi sudija za prethodni postupak;
- ako je istraga obustavljena – rješenje o ukidanju jemstva donosi sudija za prethodni postupak;
- poslije podizanja optužnice – rješenje o jemstvu donosi sudija za prethodno saslušanje;
- nakon dostavljanja optužnice sudiji, odnosno vijeću, radi zakazivanja glavnog pretresa – rješenje o jemstvu donosi taj sudija, odnosno predsjednik vijeća.

Rješenje kojim se određuje, odnosno ukida jemstvo donosi se po saslušanju javnog tužioca. S druge strane, prije donošenja rješenja kojim se jemstvo proglašava propalim nije potrebno saslušanje javnog tužioca. Za donošenje odluke o ukidanju jemstva potrebno je prethodno saslušati javnog tužioca, a ukoliko se ukidanje jemstva odobrava prije nego što je okončan krivični postupak, moraju se u rješenju navesti razlozi zbog kojih je prestao osnov za pritvor, umjesto kojeg je određeno jemstvo.²⁵

Rješenje o jemstvu se obavezno dostavlja javnom tužiocu, optuženom i njegovom braniocu, s tim da bi ga trebalo dostaviti i davaocu jemstva (ukoliko jemstvo nije položio sam optuženi, nego treće lice za njega). Protiv tog rješenja žalbu mogu izjaviti javni tužilac, optuženi i branilac, i to u roku od tri dana.²⁶

Rješenje o odobravanju jemstva dostavlja se strankama u postupku i davaocu jemstva. Na rješenje o jemstvu mogu se žaliti tužilac (zbog toga što je jemstvo odobreno ili zato što je iznos jemstva nizak) i okrivljeni (ukoliko smatra da je iznos jemstva previsok).²⁷ Na rješenje o jemstvu žalbu može izjaviti i treće lice, odnosno davalac jemstva, kao lice čija su prava povrijeđena (u slučaju kada je iznos jemstva određen previše visoko, ako određeno jemstvo nije u skladu sa njegovom ponudom, ako stvar koju on nudi kao jemstvo nije procijenjena realno itd.).

Rješenje o propasti jemstva dostavlja se davaocu jemstva, s tim da je davalac jemstva ujedno i lice koje u slučaju donošenja ovog rješenja može izjaviti žalbu. Treće lice, odnosno davalac jemstva ne može izjaviti žalbu ako se radi o rješenju kojim se jemstvo odbija, zato što se smatra da donošenjem takvog rješenja ne mogu biti povrijeđena prava trećeg lica.

Protiv rješenja kojim se odbija jemstvo žalbu mogu izjaviti optuženi i branilac.

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ T. Vasiljević, M. Grubač (1987), op. cit., 333.

PRESTANAK JEMSTVA

Procesni ishod jemstva zavisi od ponašanja osumnjičenog, odnosno optuženog, kao i od načina okončanja krivičnog postupka.²⁸ U osnovi, jemstvo može da prestane na dva načina, i to: a) propašću jemstva ili b) oslobođenjem od jemstva i vraćanjem jemstva onom kome pripada.

Jemstvo propada u slučaju kada osumnjičeni, odnosno optuženi pobjegne. S druge strane, jemstvo ne propada u slučaju kada se osumnjičeni, odnosno optuženi samo krije, jer za takav slučaj jemstvo nije ni dato.²⁹ Ukoliko osumnjičeni, odnosno optuženi pobjegne, rješenjem suda određuje se kome će pripasti vrijednost koja je data kao jemstvo (budžetu entiteta, Bosne i Hercegovine ili Distrikta Brčko, zavisno od toga koji je sud vodio postupak). Ovu odluku donosi isti onaj sastav suda koji je i odredio samo jemstvo.

Jemstvo postaje slobodno, odnosno ukida se u nekoliko različitih situacija, i to:

a) ako se prema optuženom, koji je na slobodi uz dato jemstvo, odredi pritvor. Dakle, jedan od načina prestanka jemstva jeste i kada se jemstvo zamijeni pritvorom u određenim slučajevima. Naime, jemstvo će prestati, a optuženom će biti određen pritvor ako na uredan poziv ne dođe, a svoj izostanak ne opravda ili ako se sprema za bjekstvo ili ako se protiv optuženog nakon što je ostavljen na slobodi pojavi neki drugi zakonski osnov za pritvor;³⁰

b) ako prestanu da postoje razlozi za pritvor koji je zamijenjen jemstvom ili ako se jemstvo može zamijeniti blažom mjerom zabrane napuštanja boravišta. Ukoliko prestanu da postoje razlozi zbog kojih je pritvor, koji je kasnije zamijenjen jemstvom, određen, tada jemstvo prestaje, odnosno postaje slobodno. Takođe, do prestanka jemstva doći će i ukoliko se stvore uslovi da se jemstvo može zamijeniti blažom mjerom obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku;

c) ako se donese pravosnažna odluka kojom se krivični postupak protiv optuženog okončava. Naime, kada odluka postane pravosnažna, te se tako krivični postupak protiv optuženog okonča, tada jemstvo prestaje. Odluka kojom se postupak okončava može biti u vidu rješenja o obustavi krivičnog postupka ili u vidu presude. Međutim, ako bi se postupak okončao i kao rezultat imao presudu kojom se

²⁸ H. Sijerčić-Čolić, M. Hadžiomerađić, M. Jurčević, D. Kaurinović, M. Simović (2005), op. cit., 400.

²⁹ T. Vasiljević (1971), op. cit., 371.

³⁰ H. Sijerčić-Čolić, M. Hadžiomerađić, M. Jurčević, D. Kaurinović, M. Simović (2005), op. cit., 399.

optuženi osuđuje na kaznu strogog zatvora ili na безусловnu kaznu zatvora, jemstvo će se ukinuti tek kada osuđeni počne da izdržava kaznu.³¹ Razlog za to jeste garancija prisustva osuđenog lica sve do početka izdržavanja kazne, odnosno u takvoj situaciji jemstvo prerasta u mjeru obezbjeđenja izvršenja izrečene kazne zatvora. Međutim, ovakvo jemstvo, koje bi trebalo da traje do početka izdržavanja izrečene kazne zatvora ipak će prestati ako bi presuda, nakon pravnosnažnosti, bila ukinuta zbog vanrednog pravnog lijeka ili nekih drugih okolnosti koje ukazuju da postupak izvršenja treba obustaviti. Takvi razlozi mogu biti smrt osuđenog lica, zastarjelost izvršenja i sl. i

d) ako davalac jemstva, treće lice ili sam osumnjičeni, odnosno optuženi, odustanu od datog jemstva. Dakle, jemstvo će prestati kada davalac jemstva odustane od datog jemstva, čak i u onim situacijama kada je davalac jemstva sam osumnjičeni, odnosno optuženi. U ovom slučaju dato jemstvo će postati slobodno tek kada se osumnjičeni, odnosno optuženi liši slobode. S druge strane, i jemci mogu da odustanu od garancije za osumnjičenog, odnosno optuženog ukoliko on ne zaslužuje njihovo povjerenje.³² Jemci mogu da odustanu od datog jemstva bilo kada u toku postupka. U ovom slučaju prije ukidanja jemstva doći će do određivanja pritvora, a osumnjičeni, odnosno optuženi će se lišiti slobode bez čekanja na pravosnažnost rješenja o ukidanju jemstva.

JEMSTVO U PRAKSI OSNOVNOG SUDA U BANJOJ LUCI

U Osnovnom sudu u Banjoj Luci, u periodu od 2013. do 2020. godine donešeno je svega šest rješenja o jemstvu. Na osnovu ovog podatka zaključujemo da se jemstvo u praksi Osnovnog suda u Banjoj Luci primjenjuje veoma rijetko.³³

³¹ T. Vasiljević (1971), op. cit., 372.

³² *Ibidem*.

³³ Kakvo je stanje sa primjenom jemstva u ostalim sudovima u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini pokušali smo saznati upućivanjem zahtjeva za pristup informacijama Visokom sudskom i tužilačkom savjetu Bosne i Hercegovine (akt od 14. maja 2021. godine). Tekst navedenog zahtjeva je glasio: Molim Vas da mi za potrebe izrade naučnog rada u oblasti praćenja stanja krivičnog i prekršajnog procesnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini dostavite sljedeće podatke: 1. Podatke o broju donesenih rješenja o jemstvu u krivičnim stvarima, za period od 1.1.2016. godine do 31.12.2020. godine, odvojeno po sudovima; 2. Za koja krivična djela je određivano jemstvo, odvojeno po sudovima; 3. Za koga je jemstvo određivano: domaće ili strane državljanke – odvojeno po sudovima; 4. Broj predmeta u kojima je jemstvo propalo – vraćeno, odvojeno po sudovima; 5. Iznos određenog jemstva – odvojeno po predmetima i sudovima i 6. Podatke o broju donesenih rješenja o jemstvu u prekršajnim stvarima, za period od 1.1.2016. godine do 31.12.2020. godine, odvojeno po sudovima. Dana, 7. jula 2021. godine primili smo Rješenje broj 08-07-10-2196-2/2021 od 5. jula 2021.

Kada je riječ o krivičnim djelima za koja se najčešće određivalo jemstvo, krivično djelo ugrožavanja javnog saobraćaja prednjači nad ostalim krivičnim djelima. Naime, od šest pomenutih rješenja o jemstvu, čak četiri su u vezi sa krivičnim djelom ugrožavanja javnog saobraćaja. Dakle, više od polovine rješenja o jemstvu doneseno je u vezi sa navedenim krivičnim djelom. Osim krivičnog djela ugrožavanja javnog saobraćaja, zapažena su i krivična djela krađe i teške tjelesne povrede (po jedan slučaj) u vezi sa kojima je doneseno rješenje o jemstvu.

Ono što je lako uočljivo iz navedenih rješenja jeste činjenica da se rješenja o jemstvu u praksi Osnovnog suda u Banjoj Luci najčešće donose u odnosu na strane državljane. Tako je od šest donesenih rješenja o jemstvu, čak pet njih doneseno u vezi sa stranim državljanima, što čini 83,33% od ukupnog broja donesenih rješenja, a samo jedno u vezi sa državljaninom Republike Srpske, odnosno Bosne i Hercegovine. Međutim, i taj jedan slučaj donošenja rješenja o jemstvu za domaćeg državljanina karakterističan je po tome što lice kojem je određeno jemstvo, iako je domaći državljanin, ima boravište u Njemačkoj.

Pozitivna karakteristika rješenja o jemstvu donesenih od strane Osnovnog suda u Banjoj Luci jeste da je u svih šest slučajeva određivanja jemstva, jemstvo vraćano licu koje ga je položilo. U svakom slučaju, može se konstatovati da se jemstvom postizao željeni cilj, a to je da se obezbijedi prisustvo osumnjičenog, odnosno optuženog tokom trajanja krivičnog postupka. Naravno pored osnovnog cilja jemstva kao mjere obezbjeđenja, postizan je i sporedni cilj, odnosno izbjegnuta je mjera obezbjeđenja pritvora, koja je znatno teža mjera u odnosu na jemstvo.

ZAKLJUČAK

Za valjano i efikasno, odnosno uspješno i kvalitetno vođenje konkretnog krivičnog postupka nužno je ostvarenje niza pretpostavki koje se tiču kako samog suda tako i ostalih, prije svega glavnih krivičnoprocesnih subjekata. Svakako jedna od najvažnijih pretpostavki kojom se postiže uspješno i efikasno vođenje krivičnog postupka odnosi se na neophodnost prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog, ali i niza drugih krivičnoprocesnih subjekata (svjedoka, vještaka, tumača i drugih lica) određenim procesnopravnim radnjama koje se sprovode u sudu.

godine u kojem se konstatuje: *...Vijeće nije u mogućnosti dostaviti tražene podatke jer u Sistemu za automatsko upravljanje predmetima u sudovima (CMS) sudovi ne evidentiraju konzistentno ponuđene relevantne dokumente, odnosno ne registruju ili samo djelimično registruju institut jemstva u krivičnim i prekršajnim postupcima, a što podatke koji bi eventualno bili dostupni kroz ovaj sistem čini nepotpunim i nelogičnim, iz čega proizilazi zaključak da se isti ne bi mogli koristiti u svrhu izrade naučno-istraživačkog rada koji podrazumijeva tačne, precizne i konsizne podatke...*

Jemstvo je, zajedno sa pozivom, dovođenjem, mjerama zabrane i pritvorom važna garancija obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku. Jemstvo je pravni institut rasprostranjen u skoro svim pravnim sistemima svijeta. Međutim, svi pravni sistemi nemaju ista krivično procesna pravila koja regulišu jemstvo. Ono što je važno istaknuti jeste značaj jemstva, koji se pored same garancije prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog, ogleda i u tome što umjesto privremenog zatvora omogućava privremenu slobodu. Boravak u pritvoru mogao bi izazvati velike negativne posljedice za privatni i poslovni život lica kojem je određen, što samo potvrđuje značaj jemstva.

Prof. Dr. LJUBINKO MITROVIĆ
Human Rights Ombudsman of Bosnia and Herzegovina
Dr. VELJKO IKANOVIĆ
Judge of the Republika Srpska Supreme Court

GUARANTEES IN CRIMINAL PROCEDURE LEGISLATION OF REPUBLIKA SRPSKA

Summary

There are a number of assumptions concerning both the court itself and other, primarily main, participants in criminal proceedings that need to be met for specific criminal proceedings to be conducted properly, efficiently and successfully and in a quality manner. Certainly one of the most important assumptions to conduct criminal proceedings successfully and efficiently refers to the necessity of the suspect/defendant's presence, but also of the presence of a number of other participants in criminal proceedings (witnesses, expert witnesses, interpreters and others) during certain activities in legal procedures to be carried out in court. As is the case with others, the May 2012 Criminal Procedure Code of the Republika Srpska, too, stipulates several measures to secure the suspect/defendant's presence in criminal proceedings, and these are as follows: summoning, bringing to court, injunction, guarantee (provided for in Art. 192 – 195 RS CPC) and detention.

For the purpose of criminal procedure, the guarantee is a measure to secure the suspect/defendant's presence throughout the criminal trial. On the other hand, guarantees warrant unhindered conduct of criminal proceedings from start to finish.

The guarantee as a measure in criminal proceedings is applied as an alternative to or substitute or surrogate for detention when there is a risk that the suspect/defendant will flee, which is an issue of fact (*quaestio facti*). This means that enforcing this injunction is possible only in case detention is yet to be ordered (*ante festum* substitution) or detention has already been ordered (*post festum* substitution) because of the fear that the suspect/defendant will flee (which is how the suspect/defendant would prevent the successful instigation and conduct of the criminal procedure and bringing light to and resolving the criminal matter in question).

Key words: court, criminal proceedings/procedure, suspect, defendant, measures to secure the suspect/defendant's presence in criminal proceedings, guarantee

Literatura

- Bejatović S., Mere za povećanje efikasnosti i pojednostavljenje krivičnog postupka, Zbornik radova, *Osnovne karakteristike predloga novog jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva*, Beograd, 2000.
- Jovašević D., Ikanović V., *Krivično procesno pravo Republike Srpske*, Panevropski Univerzitet Apeiron, Banja Luka, 2016.
- Mitrović Lj., Jovašević D., Pritvor u sudskoj praksi u Republici Srbiji, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Univerziteta APEIRON*, broj 2, Banja Luka, 2012.
- Mitrović Lj., Jovašević D., Mjere za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku u Republici Srpskoj, Zbornik radova, Međunarodna naučno – stručna konferencija na temu: *Kriminalistički i krivično procesni aspekti dokaza i dokazivanja*, Sarajevo, 2013.
- Mitrović Lj., Tomašević S., Pritvor i druga ograničenja slobode radi obezbjeđenja prisustva okrivljenog u kaznenim postupcima i slobode i prava lica lišenih – ograničenih slobode kretanja i komuniciranja (Iskustva Bosne i Hercegovine), Regionalna konferencija: *Pritvor i druge mere obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i primena)*, Beograd, 2019.
- Sijerčić-Čolić H., Hadžiomerađić M., Jurčević M., Kaurinović D., Simović M., *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Savjet Evrope/Evropska komisija Sarajevo, 2005.
- Simović M., Simović V., *Krivično procesno pravo – uvod i opšti dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2013.
- Vasiljević T., *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Srbije, Beograd, 1971.
- Vasiljević T., Grubač M., *Komentar zakona o krivičnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1987.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 03.08.2021.

Prihvaćen: 04.09.2021.

PREGLEDNI RAD

SADMIR KAROVIĆ
SUAD ORLIĆ

ALTERNATIVNO ILI DIVERZIONO POSTUPANJE U MALOLJETNIČKOM KRIVIČNOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE – OPRAVDANOST I SVRSISHODNOST PRIMJENE

U ovom radu apostrofirana je opravdanost i svrsishodnost primjene alternativnih ili diverzionih mjera prema maloljetnicima kao izvršiocima određenih krivičnih djela u maloljetničkom krivičnom pravu Bosne i Hercegovine. Protektivni ili zaštitnički pristup i odnos zakonodavca prema ovoj specifičnoj starosnoj kategoriji se neposredno afirmiše ali i praktično ispoljava u primjeni alternativnih ili diverzionih mjera čijom se primjenom može postići odgovarajuća svrha odnosno cilj. Također, naglašene su i određene specifičnosti maloljetničkog krivičnog prava u Bosni i Hercegovini, te je izvršen i kratak komparativni osvrt na države iz neposrednog okruženja u vezi uvođenja i primjene navedenih mjera kao savremenog odgovora na ovaj kriminalitet. Uvođenjem, propisivanjem i primjenom ovih mjera prema maloljetnicima, zakonodavac je iskazao poseban senzibilitet prema ovoj starosnoj kategoriji iz čega prepoznajemo sasvim jasnu diferencijaciju u odnosu na punoljetne izvršioce krivičnih djela.

Ključne riječi: *alternativne/diverzione mjere, maloljetnici, maloljetničko krivično pravo, Bosna i Hercegovina*

Dr Sadržir Karović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Travniku, zaposlen u Državnoj agenciji za istrage i zaštitu, Bosna i Hercegovina, e-mail: karovic.s@hotmail.com.

Dr Suad Orlić, vanredni profesor Univerziteta u Zenici, zaposlen u Ministarstvu unutrašnjih poslova Zeničko-dobojskog kantona, Bosna i Hercegovina, e-mail: suad.orlic@gmail.com.

U V O D

Maloljetničko krivično pravo u Bosni i Hercegovini je, kao i sve druge samostalne i autonomne nauke odnosno naučne discipline iz krivičnopravne naučne oblasti, prošlo kroz različite etape svog evolutivnog razvoja. I danas postoje različita mišljenja i stavovi naučne i stručne javnosti u vezi naučne samostalnosti i autonomnosti maloljetničkog krivičnog prava ali je evidentno da se radi o krivičnom pravu koje sa razlogom nosi prefiks „maloljetničko“, te da po svim naučnim i metodološkim standardima zavređuje veliki interes i pažnju, posebno uzimajući u obzir veoma dinamične i intenzivne intervencije zakonodavca na planu prihvatanja i kreiranja nekih novih zakonskih rješenja koja se odnose na protektivni ili zaštitni odnos prema maloljetnicima. U zadnje dvije decenije, Bosna i Hercegovina je, prihvatanjem međunarodnopravnih standarda koji se odnose na maloljetnike kao učinioce krivičnih djela u normativnom smislu, iskazala spremnost i dosljednost kada je u pitanju poboljšanje krivičnopravnog statusa i položaja maloljetnika. U tom kontekstu, samostalnost i autonomnost maloljetničkog krivičnog prava u Bosni i Hercegovini možemo promatrati kroz prizmu usvajanja i stupanja na snagu Zakona o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku na nivou entiteta Federacije Bosne i Hercegovine¹ i Republike Srpske² kao i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine,³ s obzirom da su izdvojene zakonske odredbe koje se odnose na specifičan krivičnopravni status i položaj maloljetnika. Navedenim zakonima koji izdvajaju odredbe koje se primjenjuju prema djeci i maloljetnicima, posebno se naglašava protektivni (zaštitnički) odnos i utvrđuju posebna pravila postupanja prema djeci koja su u sukobu sa zakonom, mlađim punoljetnim osobama i djeci koja su žrtve ili svjedoci.⁴ Međutim, na državnom nivou, odredbe koje se odnose na maloljetnike kao učinioce krivičnih djela su još uvijek propisane u opštem dijelu Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine tj. nisu izdvojene iz opšteg dijela u poseban zakon. Donošenjem Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku na entitetskim nivoima i nivou Brčko distrikta BiH, krivičnopravni status

¹ Zakon o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 7/14.

² Zakon o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 13/10, 63/11, 61/13.

³ Zakon o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, *Službene novine Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 53/11.

⁴ Marina M. Simović, Sadmir Karović, „Restorativni aspekti maloljetničkog krivičnog prava u Bosni i Hercegovini sa osvrtom na alternativne mjere“, *Pravna riječ*, Udruženje pravnikâ Republike Srpske, tom XVII, br. 63/20, Banja Luka, 2020, 551.

maloljetnika je po prvi put regulisan na jedan cjelovitiji način u jednom pravnom aktu. Ovaj Zakon polazi od principa supsidijarnosti primjene krivične sankcije i davanja prednosti vansudskim oblicima intervencije čime se otvara prostor za širu primjenu rješenja sa elementima restorativne pravde, odnosno za primjenu alternativnih mjera u postojeći sistem državnog reagovanja na kriminalitet maloljetnika.⁵

S obzirom na navedenu autonomnost i samostalnost koja se ispoljava u izdvajanju zakonskih odredbi koje se odnose na krivičnopravni status i položaj maloljetnika, materija maloljetničkog krivičnog prava se izučava kao poseban nastavni predmet na visokoškolskim ustanovama u Bosni i Hercegovini. Aktualnost i važnost maloljetničkog krivičnog prava zbog njegovog prije svega sadržaja gdje su u fokusu naučnog interesovanja maloljetnici, potvrđuje opravdanost i svrsishodnost njegove naučne autonomnosti i samostalnosti u krivičnopravnoj naučnoj oblasti. Također, s obzirom na navedeni predmet interesovanja maloljetničkog krivičnog prava, veoma je važno naglasiti i njegovu međusobnu povezanost, uslovljenost i interakciju sa drugim srodnim naukama (porodično pravo, psihologija, socijalni rad, pedagogija i dr.), posebno ako se uzme u obzir važnost, opravdanost i svrsishodnost diverzionog, alternativnog ili neformalnog načina postupanja organa maloljetničkog krivičnog pravosuđa prema maloljetnicima kao učiniocima krivičnih djela. U narednom periodu je realno za očekivati da će maloljetničko krivično pravo nastaviti sa svojim evolutivnim razvojem i određenim modifikacijama postojećih i prihvatanjem nekih novih rješenja i odgovora u odnosu na krucijalna pitanja materijalne, procesne i izvršne prirode, posebno sa aspekta zaštite maloljetnika, te omogućavanja njegovog pravilnog razvoja, prevaspitanja, pružanja adekvatne stručne pomoći kao i različitih oblika institucionalne podrške. Međunarodna zajednica je izradom, prihvatanjem i usvajanjem određenih međunarodnopravnih standarda u oblasti zaštite ljudskih prava i sloboda u kontekstu kataloga prava osumnjičenog, odnosno optuženog lica, poseban senzibilitet i protektivni odnos iskazala prema maloljetnicima, tako da je i u tom smislu u narednom periodu realno za očekivati kontinuirano tražanje za adekvatnim odgovorima i rješenjima iz oblasti maloljetničkog krivičnog prava. Starosna dob, fenomenološka raznovrsnost krivičnih djela u kojima se maloljetnici pojavljuju kao učinioci i oštećeni odnosno žrtve izvršenja krivičnih djela, destruktivna priroda posljedica kao i druge specifičnosti predstavljaju alarm za naučnu i stručnu javnost u vezi pronalaženja adekvatnih i srazmjernih zakonskih rješenja.

⁵ Sanja Čopić, *Restorativna pravda i krivičnopravni sistem – teorija, zakonodavstvo i praksa*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2015, 229.

PRIHVATLJIVOST, OPRAVDANOST I SVRSISHODNOST PRIMJENE
ALTERNATIVNIH KRIVIČNOPRAVNIH MJERA

Krivičnopравни status, položaj i tretman maloljetnika kao učinioca krivičnih djela predstavlja veoma specifičnu materiju odnosno oblast koja po svojoj prirodi, sadržaju i brojnim specifičnostima zahtijeva poseban pristup specijaliziranih organa maloljetničkog krivičnog pravosuđa. Iako se krivična djela učinjena od strane maloljetnika po svojoj sve većoj fenomenološkoj rasprostranjenosti, posljedicama i drugim specifičnostima na prvi pogled ne razlikuju od krivičnih djela učinjenih od strane punoljetnih učinilaca, postoje značajne razlike u krivičnopravnom statusu, položaju i tretmanu maloljetne osobe u vezi postupanja organa maloljetničkog pravosuđa na planu zaštite u odnosu na punoljetne izvršioce krivičnih djela. Savremene tendencije humanizacije krivičnog prava u cjelosti zahtijevaju drugačiji pristup kada je u pitanju postupanje organa maloljetničkog pravosuđa prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela. U tom smislu, alternativne mjere kao posebne ili specifične krivičnopravne mjere potrebno je promatrati upravo kroz prizmu zaštite koja se neposredno ispoljava u povoljnijem krivičnopravnom statusu, položaju i tretmanu u postupanju prema maloljetnicima, kada su u pitanju blaža ili tzv. bagatelna krivična djela, uvažavajući prije svega pravilan psihofizički razvoj maloljetnika. S obzirom da je kažnjavanje izgubilo svoju svrsishodnost u vezi postupanja prema maloljetnim učiniocima, izuzev ekstremnih ili radikalnih slučajeva gdje se maloljetnici pojavljuju kao učinioci krivičnih djela sa izraženim destruktivnim posljedicama i strožijom propisanom sankcijom, te da su postavljeni neki drugi ciljevi u kontekstu resocijalizacije i pravilnog razvoja, alternativne mjere kao posebne krivičnopravne mjere su kompatibilne, svrsishodne i srazmjerne navedenim ciljevima.

Alternativno postupanje koje se ispoljava u primjeni alternativnih mjera predstavlja adekvatnu reakciju, kako bi se blažim ili povoljnijim postupanjem prema maloljetniku postigao odgovarajući cilj odnosno svrha, cijeneći objektivne i subjektivne okolnosti u svakom konkretnom slučaju. Također, navedeno alternativno postupanje po svojoj prirodi sadrži komponentu humanosti prilikom postupanja prema maloljetnicima kao učiniocima krivičnih djela. Jedan od ključnih aspekata alternativnog postupanja koji ide u prilog uvođenju alternativnih mjera predstavlja i izbjegavanje stigmatiziranja (etiketiranja) maloljetnika u određenoj lokalnoj zajednici, te mogućnost da se maloljetnik uz adekvatan angažman i tretman nadležnih organa resocijalizira i u konačnici socijalno adaptira kao društveno koristan član lokalne zajednice gdje će moći iskazati svoje sposobnosti, kreativnost, inovativnost i zadovoljiti svoje individualne potrebe u skladu sa svojim uzrastom, te svoje ponašanje prilagoditi opšteusvojenim obrascima ponašanja.

DIVERZIONO, ALTERNATIVNO ILI NEFORMALNO POSTUPANJE
PREMA MALOLJETNICIMA – OPŠTE ODREDNICE KONCEPTA

U različitim periodima ljudske istorije evidentni su i različiti modeli odnosno oblici krivičnog prava društva odnosno države, a kasnije i međunarodne zajednice na kriminalitet kao složenu društvenu pojavu, uvažavajući aktuelne i specifične uslove i okolnosti koje su neposredno determinirale koncept institucionalnog i vaninstitucionalnog (društvenog ili vanpravnog) reagovanja na ovaj fenomen. Od najprimitivnijih oblika povezivanja i organizovanja ljudi do danas, razvijali su se i mijenjali oblici reakcije na kriminalitet, tako da je današnje savremeno krivično pravo prošlo kroz različite etape u svom razvoju. U tom smislu primijetimo da je sa opštim razvojem krivičnog prava primjena represivnih sredstava ograničena i smanjena odnosno svedena na neophodni minimum sa kojim je moguće postići legitiman zakonski cilj. Tendencija humanizacije savremenog krivičnog prava u zadnje dvije decenije se posebno odrazila na specifičan i povoljniji krivičnopravni status i položaj maloljetnika kao učinilaca krivičnih djela, uvažavajući njihovu starosnu dob kao osnovu za diferencijaciju prilikom postupanja u odnosu na punoljetne učinioce krivičnih djela. Zakonodavac je sa opravdanim ali i svrsishodnim razlogom iskazao poseban protektivni ili zaštitni senzibilitet, pristup i odnos kada su u pitanju maloljetnici kao učinioци krivičnih djela.

U procesu reformi krivičnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine, usvajanjem i ratifikacijom brojnih međunarodnopravnih dokumenata, država Bosna i Hercegovina je na taj način preuzela i obavezu da svoje zakonodavstvo harmonizira, prilagodi i uskladi sa usvojenim međunarodnopravnim standardima koji se odnose na zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda. Tendencija humanizacije u vezi zaštite ljudskih prava i sloboda se neposredno odnosi na propisivanje i neposrednu primjenu kataloga prava osumnjičenog, odnosno optuženog lica u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine ali i na specifičan krivičnopravni status i položaj maloljetnika. I u terminološkom smislu, prilikom korištenja pojedinih pravnih termina ili instituta, izražena je tendencija zaštite ili protektivnog odnosa prema maloljetnicima gdje se ne upotrebljavaju termini svojstveni za klasično krivično pravo koji se primjenjuju u odnosu na punoljetne izvršioce krivičnih djela (pre)vaspitanje, a ne kažnjavanje, postupak prema a ne protiv maloljetnika, upotreba termina krivice se izbjegava, umjesto maloljetnički kriminalitet upotrebljava se maloljetničko prestupništvo – mladi prestupnici i dr.), kako bi i u tom smislu krivičnopravni položaj i status maloljetnika bio povoljniji u odnosu na punoljetna lica.⁶ Taj povoljniji krivičnopravni status i položaj maloljetnika

⁶ Sadmir Karović, Ahmet Maloku, Skender Shala, „Maloljetničko krivično pravo u Bosni i Hercegovini sa osvrtom na krivičnopravni položaj i odgovornost maloljetnika“, *Kriminalističke teme*

se neposredno ispoljava u primjeni diverzionog, alternativnog ili neformalnog načina postupanja organa maloljetničkog krivičnog pravosuđa prema maloljetnicima kao učiniocima krivičnih djela. Brojne naučne studije sugerišu da je neophodno uvođenje što šireg registra diverzionih mjera i postupaka, a isto proizlazi i iz međunarodnih dokumenata koji se bave oblastima maloljetničke delinkvencije i maloljetničkog pravosuđa.⁷ Uvođenje alternativnih mjera u savremeno maloljetničko krivično pravo dovelo je do tzv. pluralističkog sistema maloljetničkih krivičnopравnih mjera ili „trećeg stuba“ sankcija, odnosno diverzionog modela ili sistema koji je poznat i kao sistem restorativne pravde gdje se prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela primjenjuju mjere koje su alternativa krivičnim sankcijama.⁸ Ovaj diverzioni model krivičnopравnog reagovanja po svojoj prirodi je usmjeren na izbjegavanje krivičnog postupka i izricanje krivičnih sankcija, te „skretanju“ i preusmjeravanju postupanja na druge grane prava. Slijedeći savremene tendencije u maloljetničkom krivičnom pravu, koje između ostalog, karakterizira široka primjena diverzionog modela postupanja, kao koncepta koji se ogleda u izbjegavanju ili preusmjeravanju krivičnog postupka prema maloljetnicima ka vansudskim mehanizmima rješavanja maloljetničkih krivičnih predmeta, u domaćem zakonodavstvu već jednu deceniju egzistiraju instrumenti odnosnog modela poznati kao odgojne preporuke.⁹

Uvažavajući pravnu prirodu, opravdanost i svrsishodnost uvođenja i primjene diverzionog, alternativnog ili neformalnog načina odnosno modela postupanja prema maloljetnicima, evidentno je da zakonodavac nije akcentirao u prvi plan svrsishodnost kažnjavanja maloljetnika, već je iskazao poseban protektivni ili zaštitnički pristup i odnos koji se neposredno manifestuje ili ispoljava u prevaspitavanju, preodgoju, pravilnom razvoju, pružanju pomoći, brizi i raznim oblicima podrške maloljetniku, cijeneći prije svega njegovu starosnu dob, nedovoljnu psihofizičku razvijenost i druge individualne specifičnosti odnosno lične karakteristike. Resocijalizacija i namjera popravljavanja maloljetnika koja podrazumijeva angažman specijaliziranih organa stručno osposobljenih i educiranih za rad sa maloljetnicima predstavlja suštinsku

– *Godina XX*, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Univerzitet u Sarajevu, br. 1-2, Sarajevo, 2020, 112.

⁷ Milica Kovačević, „Diverzioni koncept postupanja prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela – opšta razmatranja i osvrt na Srbiju“, *Pravni zapisi*, Pravni fakultet Univerziteta Union, br. 1., Beograd, 2015, 110.

⁸ Dragan Jovašević, „Alternativne mjere u novom maloljetničkom krivičnom pravu Federacije Bosne i Hercegovine“, *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih djela i prekršaja* (ur. Stevanović Ivana), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja Beograd, Beograd, 2015, 121-129.

⁹ Vedad Gurda, Denis Husić, „Polijsko upozorenje – nova alternativna mjera u maloljetničkom krivičnom pravu Bosne i Hercegovine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, tom 1, br. 1., Pravni fakultet, Univerzitet u Tuzli, Tuzla, 2015, 72.

orijentaciju u postupanju prema ovoj specifičnoj starosnoj kategoriji. Opravdanost i svrsishodnost diverzionog modela ili koncepta postupanja prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela, pronalazimo i u međunarodnopravnim dokumentima koji predstavljaju međunarodni pravni osnov za propisivanje novih zakonskih rješenja, a u cilju prilagođavanja odnosno harmonizacije domaće (nacionalnog) krivičnog zakonodavstva.¹⁰ U kontekstu brojnih dokumenata koji uspostavljaju određene standarde postupanja u oblasti maloljetničkog (krivičnog) pravosuđa i preveniranja maloljetničkog prestupništva značajno je apostrofirati sledeće dokumente: Evropska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950., Konvencija o zaštiti djece od seksualnog iskorištavanja i seksualnog zlostavljanja iz 2007. godine, kao i mnoštvo instrumenata koji pripadaju kategoriji tzv. mekih izvora prava (*soft law*), kao što su: Preporuka (R(1987)20) o društvenim reakcijama na prestupništvo maloljetnika iz 1987. godine, Preporuka (R(1988)6) o društvenim reakcijama na prestupništvo mladih iz migrantskih porodica iz 1988. godine, Preporuka (R(1993)2) o socijalno-medicinskim aspektima zlostavljanja djece iz 1993. godine, Preporuka (R(2003)20) o razmatranju novih načina djelovanja na području maloljetničkog prestupništva i uloge maloljetničkog pravosuđa iz 2003. godine, Preporuka (R(2005)5) o pravima djece koja žive u ustanovama iz 2005. godine, Rezolucija Parlamentarne Skupštine (1530) „Djeca žrtve: suzbijanje svih oblika nasilja, izrabljivanja i zloupotreba“ iz 2007. godine, Preporuka (Rec (2008) 11) o Evropskim pravilima o sankcijama i mjerama izrečenim maloljetnim učiniteljima krivičnih djela iz 2008. godine, Smjernice o pravosuđu prilagođenom djeci iz 2010. godine, Rezolucija Parlamentarne Skupštine (1796) „Mladi učitelji: socijalne mjere, edukacija i rehabilitacija“ iz 2011. godine, te Rezolucija Parlamentarne Skupštine (13511) „Maloljetničko pravosuđe prilagođeno djeci: od retorike do stvarnosti“ (2014).¹¹

Analizom odredbi koje se odnose na alternativne mjere u postupanju sa maloljetnim izvršiocima krivičnih djela, kao značajna novina u maloljetničkom krivičnom pravu Bosne i Hercegovine, evidentno je da su navedene mjere propisane u zakonima o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske,¹² Federacije Bosne i Hercegovine¹³ i Brčko Distrikta Bosne

¹⁰ Detaljnije vidjeti član 40. stav 3. tačka b. Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima djeteta, Pravilo 5.1 Standardna minimalna pravila UN za mjere alternativne institucionalnom tretmanu i dr.

¹¹ Vedad Gurda, „Evropski instrumenti i standardi u oblasti maloljetničkog krivičnog pravosuđa“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, vol. 58, br. 1-2, Beograd, 2020, 108.

¹² Detaljnije, čl. 22–28 Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske.

¹³ Detaljnije, čl. 23–28 Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine.

i Hercegovine.¹⁴ U tom smislu maloljetničko krivično pravo u Bosni i Hercegovini prepoznaje dvije vrste alternativnih mjera: 1) policijsko upozorenje i 2) odgojne/vaspitne preporuke. S obzirom na značaj navedenih krivičnopравnih mjera u maloljetničkom krivičnom pravu Bosne i Hercegovine, izvršićemo kratak osvrt na navedene alternativne mjere.

Policijsko upozorenje

U cilju primjene međunarodnih standarda i na osnovu primjera dobre prakse iz regiona, u Bosni i Hercegovini odnosno na entitetskim nivoima i nivou Brčko Distrikta BiH, uvedeno je policijsko upozorenje kao posebna vrsta alternativnih, diverzionih mjera prema maloljetnicima. Policijsko upozorenje predstavlja mjeru izbjegavanja krivičnog postupka koju može izreći ovlaštena službena osoba policijskog organa, a kojom se maloljetnom učiniocu upućuje određeni socijalno-etički prekor i ukazuje na pravnu i društvenu nedopustivost, te štetnost njegovog ponašanja, posljedice koje takvo ponašanje može imati za njega, kao i na mogućnost vođenja krivičnog postupka i izricanje krivične sankcije u slučaju ponovnog izvršenja krivičnog djela.¹⁵ Uvođenjem policijskog upozorenja kao alternativne mjere u primjeni prema maloljetnicima otvorena je mogućnost da se vansudskim mjerama, od strane policijskih službenika, djeluje na ličnost i ponašanje maloljetnika.¹⁶ Policijsko upozorenje ima za cilj: a) da se ne pokreće krivični postupak prema maloljetniku, te b) da se utiče na pravilan razvoj maloljetnika i jačanje njegove lične odgovornosti kako ubuduće ne bi činio krivična djela.¹⁷ Navedena mjera se može izreći: a) maloljetniku koji je učinio krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, b) ukoliko mu ranije nije izricano policijsko upozorenje, primijenjena vaspitna preporuka ili izrečena krivična sankcija, te c) ako je to srazmjerno okolnostima i težini učinjenog krivičnog djela. Daljnji uslovi za izricanje policijskog upozorenja jesu: d) priznanje krivičnog djela od strane maloljetnika, e) priznanje koje je dao slobodno i dobrovoljno, te f) ako postoji dovoljno dokaza da je on učinio konkretno krivično djelo. Tek ako su kumulativno ispunjeni

¹⁴ Detaljnije, čl. 22–28 Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.

¹⁵ M. Simović, S. Karović, op.cit., 556.

¹⁶ Nijaz Karić, *Socijalni rad i maloljetnička delinkvencija u zajednici* – drugo izmjenjeno i dopunjeno izdanje, OFF SET, Tuzla, 2017, 293.

¹⁷ Član 22, st. 4 u vezi sa članom 25. Zakona o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

svi pobrojani zakonski uslovi, te ukoliko tužilac, s obzirom na prirodu krivičnog djela i okolnosti pod kojima je ono učinjeno, raniji život maloljetnika i njegova lična svojstva, (pr)ocijeni da pokretanje krivičnog postupka ne bi bilo svrsishodno, on može dati traženo odobrenje za izricanje predmetne mjere.¹⁸ Pored veoma izražene i značajne otkrivačke, istražne i dokazne uloge ovlaštenih službenih lica u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine koja proizilazi iz tužilačkog koncepta istrage, primjećujemo i veoma značajnu i važnu ulogu i u vezi specifičnog odnosa i postupanja prema maloljetnicima u kontekstu primjene policijskog upozorenja kao alternativne mjere.

Uvažavajući navedenu uogu i značaj ovlaštenih službenih lica kada je u pitanju primjena ove alternativne mjere, proizilazi i sasvim opravdan i svrsishodan zahtjev adekvatne stručne osposobljenosti i specijaliziranosti ovlaštenih službenih lica u smislu operacionalizacije navedenih aktivnosti, te posjedovanje odgovarajućih vještina i znanja kao imperativ. U tom smislu, za izricanje, odnosno primjenu ove alternativne mjere ovlaštena službena lica treba da posjeduju posebna znanja i da prođu kroz odgovarajuću edukaciju iz oblasti prava djeteta i maloljetničke delinkvencije.¹⁹ Ovlaštena službena lica moraju iskazati poseban senzibilitet i protektivni odnos prema maloljetnicima kao izvršiocima krivičnih djela ali i kao oštećenim licima (žrtvama) izvršenja krivičnih djela. Ovaj imperativ stručne osposobljenosti i specijaliziranosti ne odnosi se samo na ovlaštena službena lica, već i na sve druge nadležne subjekte odnosno pojedince kojima su povjerena ovlaštenja prilikom postupanja prema maloljetnicima (tužiocima, sudijama, socijalnim radnicima, socijalnim pedagozima-defektolozima, psiholozima, kriminolozima i dr.). Pored propisane otkrivačke, istražne i dokazne uloge ovlaštenih službenih lica u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine²⁰, iz naprijed navedenog prepoznajemo veoma važna ulogu i značaj ovlaštenih službenih lica u vezi primjene ove alternativne mjere prema maloljetnim licima.

Vaspitne preporuke

Pored policijskog upozorenja kao alternativne mjere, maloljetničko krivično pravo u Bosni i Hercegovini prepoznaje i vaspitne preporuke. S druge strane, vaspitne preporuke jesu mjere fakultativnog karaktera, odnosno *sui generis* krivičnopravne

¹⁸ Član 22, st. 1 i 2 a u vezi sa čl. 9. i 88. Zakona o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije BiH, Republike Srpske i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

¹⁹ Hajrija Sijerčić – Čolić, Vildana Vranj, *Uvod u Penologiju i izvršno krivično pravo Bosne i Hercegovine*, Pravni Fakultet, Sarajevo, 2011, 232.

²⁰ Sadmir Karović, Suad Orlić, „Otkrivačka, istražna i dokazna uloga ovlaštenih službenih osoba u kaznenom postupku Bosne i Hercegovine“, *Policijska i sigurnost*, tom 29, br. 1-2, Zagreb, 2020, 112-125.

mjere koje nemaju karakter krivičnih sankcija, a čija je svrha da se ne pokreće krivični postupak prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela ili da se obustavi već pokrenuti krivični postupak, odnosno da se njihovom primjenom jača lična odgovornost maloljetnika kako on ubuduće ne bi vršio krivična djela, posebno ona koja nazivamo krivičnim djelima srednjeg ili bagatelnog kriminaliteta.²¹ Vaspitne preporuke ili vaspitni nalozi jesu posebne mjere *sui generis* koje nemaju karakter krivične sankcije,²² već predstavljaju posebne alternativne, krivičnopravne mjere koje se primijenjuju prema maloljetnim licima s ciljem ostvarenja određene svrhe (cilja ili uloge).²³ Vaspitne preporuke po svojoj pravnoj prirodi i praktičnoj primjeni sadrže protektivnu ili zaštitnu komponentu u odnosu na maloljetna lica kao izvršioce određenih krivičnih djela. Ukoliko tužilac ocijeni da je izricanje vaspitnih preporuka moguće i opravdano, on može izreći neku od sljedećih preporuka: a) lično izvinjenje oštećenom, b) naknada štete oštećenom, c) redovno pohađanje škole i d) posjećivanje vaspitnih, obrazovnih, psiholoških i drugih savjetovališta, te ako je maloljetnik blagovremeno izvršio vaspitnu preporuku tužilac donosi odluku da se neće podnositi zahtjev za pokretanje pripremnog postupka. U svakom konkretnom slučaju postupajući tužilac cijeni opravdanost i svrsishodnost primjene neke od naprijed navedenih vaspitnih preporuka u odnosu na konkretno maloljetno lice, uvažavajući određene specifičnosti koje determiniraju neposredno odlučivanje o budućoj praktičnoj primjeni i postizanju očekivane svrhe, odnosno cilja.

Međutim, ukoliko tužilac iz bilo kojih razloga, ipak, podnese zahtjev za pokretanje pripremnog postupka sudiji za maloljetnike, sudija ima obavezu da prije odlučivanja po zahtjevu tužioca (pod istim navedenim uslovima) razmotri mogućnost i opravdanost izricanja neke od vaspitnih preporuka iz svoje nadležnosti, kao što su: a) rad u korist humanitarne organizacije ili lokalne zajednice, b) prihvatanje odgovarajućeg zaposlenja, c) smještaj u drugu porodicu, dom ili ustanovu, te d) liječenje u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi.²⁴ Iz navedenog proizilazi da je

²¹ Ljubinko Mitrović, „Vaspitne preporuke i njihova primjena u uporednom pravu“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, Panevropski univerzitet Aperion, tom 3, br. 3, Banja Luka, 2013, 20.

²² Pojedini autori imaju drugačije mišljenje u pogledu pravne prirode, odnosno karaktera vaspitnih preporuka, odnosno vaspitnih naloga. Naime, prema Zlatku Nikoliću vaspitne preporuke, odnosno vaspitni nalozi nemaju karakter alternativnih mjera, već predstavljaju krivične sankcije temeljeći svoje mišljenje na tome da vaspitne naloge izriču državni organi (tužilaštvo i sud), a ne centar za socijalni rad u kom slučaju bi te mjere izgubile karakter krivičnih sankcija (v. Zlatko Nikolić, Ivan Joksić, *Maloljetnička delinkvencija*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2011, 136-137).

²³ Miodrag N. Simović, Dragan Jovašević, Ljubinko Mitrović, Marina M. Simović, *Maloljetničko krivično pravo*, treće izdanje (izmijenjeno i dopunjeno), Grafomark, Banja Luka, 2021, 460.

²⁴ Detaljnije, M. Simović, S. Karović, op.cit., 557-560.

zakonodavac propisao brojne i raznovrsne vaspitne preporuke koje su prilagođene realnim potrebama i određenim individualnim specifičnostima maloljetnog lica u zavisnosti od realne i adekvatne procjene.

KOMPARATIVNI OSVRT NA DIVERZIONO, ALTERNATIVNO
ILI NEFORMALNO POSTUPANJE PREMA MALOLJETNICIMA
U CRNOJ GORI I SRBIJI

S obzirom na savremene tendencije humanizacije maloljetničkog krivičnog prava, različite oblike alternativnog postupanja prema maloljetnicima kao učinio-cima krivičnih djela primijecujemo u brojnim savremenim maloljetničkim krivič-nopravnim sistemima kao savremeni odgovor i reakciju na kriminalitet izvršen od strane ove specifične starosne kategorije. One imaju karakter odgojnih, obrazovnih ili medicinskih mjera koje se primjenjuju, istina, prema maloljetnom učinio-cu krivičnog djela, kako bi on pod njihovim dejstvom promijenio svoj raniji, dotadašnji stil i način života, ponašanje, navike i interesiranja.²⁵ Talas reformi maloljetničkog krivičnog prava i usklađivanje sa prihvaćenim i usvojenim međunarodno-pravnim standardima, nije zaobišao ni države iz neposrednog okruženja Bosne i Hercegovine sa jasno izraženom protektivnom ili zaštitnom komponentom prema maloljetnicima kao specifičnoj starosnoj kategoriji. Načelna je ideja da sistem maloljetničkog pravosuđa, odnosno uopšte oficijelnog reagovanja na krivična djela maloljetnika, u odnosu na određene situacije maloljetničke delinkvencije, ima na raspolaganju određeni broj odgovarajućih alternativnih mehanizama, kojima se na adekvatan način mogu supstituisati krivične sankcije.²⁶ Alternativni ili diverzioni koncept postupanja po svom sadržaju nije unificiran i jedinstven u svim državama već postoje i određene razlike s obzirom na realne potrebe. Iz navedenog proizilazi i da u okviru alternativnog ili diverzionog postupanja postoje različiti (pod)oblici diverzionog ili alternativnog postupanja prema maloljetnicima.

U vezi alternativnog ili diverzionog postupanja prema maloljetnicima u krivičnom postupku u susjednoj Crnoj Gori, alternativne mjere su opomena i vaspitni nalog.²⁷ Opomena se može izreći, odnosno odrediti prema maloljetnom učinio-cu krivičnog djela za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna

²⁵ Suad Orlić, Izet Pehlić, Nermin Tufekčić, *Maloljetničko prestupništvo*, Islamski pedagoški fakultet, Univerzitet u Zenici, 2019, 358.

²⁶ Milan Škulić, *Maloljetničko krivično pravo*, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Beograd, 2011, 156.

²⁷ Član 9, st 2 Zakona o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku, *Službeni list Crne Gore*, br. 064/11 od 29.12.2011, 001/18 od 04.01.2018.

zatvora do tri godine, ako: 1) postoje dokazi iz kojih proizilazi osnovana sumnja da je maloljetnik učinio krivično djelo; 2) maloljetnik da svoj pristanak uz saglasnost zakonskog zastupnika; 3) prema maloljetniku nije ranije primijenjen vaspitni nalog ili izrečena kivična sankcija.²⁸ Kada je u pitanju Crna Gora, odredbe koje se odnose na vaspitni nalog propisane su u članovima 11-13. Zakona o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku iz 2011. godine. Vaspitni nalozi su: 1) poravnanje sa oštećenim; 2) redovno pohađanje škole ili redovno odlaženje na posao; 3) uključivanje u određene sportske aktivnosti; 4) obavljanje društveno korisnog ili humanitarnog rada; 5) plaćanje novčanog iznosa u korist humanitarne organizacije, fonda ili javne ustanove; 6) podvrgavanje odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkohola ili droge; 7) uključivanje u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi, savjetovalištu ili drugoj odgovarajućoj organizaciji; 8) pohađanje kurseva za stručno osposobljavanje ili priprema i polaganje ispita; 9) uzdržavanje od posjećivanja određenog mjesta ili kontakta sa određenim licima.

Također, alternativno ili diverziono postupanje koje se odnosi na primjenu vaspitnih naloga prepoznamo i u maloljetničkom krivičnom pravu Srbije koje je u primjeni od 1. januara 2006. godine – Zakon o maloljetnim učinocima krivičnih djela i krivičnopravnoj zaštiti maloljetnih lica.²⁹ Odredbe koje se odnose na vaspitne naloge propisane su u članovima 5-8, a iste sadržajno inkorporiraju opšta pravila, svrhu, vrste i izbor vaspitnih naloga. Vaspitni nalozi su: 1) poravnanje sa oštećenim kako bi se naknadom štete, izvinjenjem, radom ili na neki drugi način otklonile, u celini ili delimično, štetne posledice dela; 2) redovno pohađanje škole ili redovno odlaženje na posao; 3) uključivanje, bez naknade, u rad humanitarnih organizacija ili poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja; 4) podvrgavanje odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkoholnih pića ili opojnih droga; 5) uključivanje u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi ili savetovalištu.³⁰ U cilju jasne diferencijacije, neophodno je naglasiti da vaspitni nalozi nisu vrsta krivičnih sankcija, iako primjećujemo komparativnom analizom da su vaspitni nalozi slični vaspitnim mjerama, posebnim obavezama. Dakle, ovdje se radi o mjerama isključivo specijalno preventivnog karaktera koje vode vanskudskim oblicima intervencije.³¹

²⁸ Član 10, st. 1 Zakona o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku, *Službeni list Crne Gore*, br. 064/11 od 29.12.2011, 001/18 od 04.01.2018.

²⁹ *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005

³⁰ Član 7. Zakona o maloljetnim učinocima krivičnih djela i krivičnopravnoj zaštiti maloljetnih lica, *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005.

³¹ M. Simović, Lj. Mitrović, M. Simović, op.cit., 180.

ZAKLJUČAK

Humanizacija savremenog krivičnog prava uključujući njegova tri podsistema materijalno, procesno i izvršno krivično pravo u zadnje dvije decenije, posebno se odrazila na maloljetničko krivično pravo. Odredbe koje se odnose na maloljetnike su izdvojene u poseban zakon na entitetskom nivou (Federacija Bosne i Hercegovine i Republika Srpska) i Distriktu Brčko Bosne i Hercegovine ali su još uvijek na državnom nivou ove odredbe propisane u opštem dijelu zakona u posebnom poglavlju. Zakoni o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku propisuju dvije vrste alternativnih mjera: policijsko upozorenje i vaspitne/odgojne preporuke – nalozi, zabrane i uputstva. Maloljetničko krivično pravo u Bosni i Hercegovini je na taj način steklo djelimičnu autonomnost, s obzirom da na državnom nivou odredbe iz opšteg dijela zakona još uvijek nisu izdvojene u poseban zakon. Međutim, analizom postojećih zakonskih rješenja koja se odnose na maloljetnike kao izvršioce krivičnih djela primjećujemo sasvim jasno izraženu protektivnu ili zaštitnu komponentu, uvažavajući prije svega njihovu starosnu dob ali i druge individualne subjektivne/lične karakteristike kao osnov za diferencijaciju u odnosu na postupanje prema punoljetnim izvršiocima krivičnih djela.

U vezi navedenog, možemo konstatovati da postoji saglasnost da alternativno, diverziono ili neformalno postupanje ovlaštenih subjekata, odnosno pojedinaca za postupanje prema maloljetnicima u vezi primjene alternativnih mjera predstavlja savremeni odgovor i (re)akciju na ovaj kriminalitet gdje je zakonodavac iskazao poseban senzibilitet u smislu protektivnog ili zaštitničkog odnosa prema ovoj specifičnoj starosnoj kategoriji. Opravdanost i svrsishodnost uvođenja i primjene alternativnih mjera u maloljetničko krivično pravo Bosne i Hercegovine pronalazimo i u međunarodnopravnim dokumentima (Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima djeteta i dr.) kao pravnoj osnovi, a koji sadrže međunarodne standarde u vezi postupanja ovlaštenih subjekata, odnosno pojedinaca prema ovoj starosnoj kategoriji. Alternativno postupanje specijaliziranih subjekata primjećujemo i u državama iz neposrednog okruženja ali u mnogim drugim državama Evrope sa određenim razlikama alternativnog ili diverzionog postupanja (različiti oblici alternativnog ili diverzionog postupanja). Dakle, alternativni ili diverzioni koncept postupanja po svom sadržaju nije unificiran i jedinstven već postoje i određene razlike s obzirom na realne potrebe. Umjesto ranije prisutnih pretežno represivnih mjera usmjerenih na kažnjavanje, sada je evidentna protektivna ili zaštitna namjera zakonodavca da uvođenjem i primjenom alternativnih mjera koje imaju za cilj skretanje krivičnog postupka omoguću resocijalizaciju maloljetnika, kako bi se ova starosna kategorija sačuvala od štetnih efekata sankcija krivične prirode.

Dr. SADMIR KAROVIĆ
Associate Professor, Faculty of Law
University of Travnik

Dr. SUAD ORLIĆ
Associate Professor, University of Zenica

ALTERNATIVE OR DIVERSIONAL PROCEEDINGS IN JUVENILE
CRIMINAL LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA - JUSTIFICATION
AND PURPOSE OF APPLICATION

Summary

This paper emphasizes the justification and expediency of the application of alternative or diversionary measures against juveniles as perpetrators of certain criminal offenses in juvenile criminal law of Bosnia and Herzegovina. The protective or protective approach and the attitude of the legislator towards this specific age category is directly affirmed, but also practically manifested in the application of alternative or diversionary measures, the application of which can achieve the appropriate purpose or goal. Also, certain specifics of juvenile criminal law in Bosnia and Herzegovina were emphasized, and a brief comparative review of the countries from the immediate environment was made regarding the introduction and application of these measures as a modern response to this crime. By introducing, prescribing and applying these measures towards juveniles, the legislator has shown a special sensitivity towards this age category, from which we recognize a very clear differentiation in relation to adult perpetrators of criminal offenses.

Key words: alternative / diversionary measures, juveniles, juvenile criminal law, Bosnia and Herzegovina

Literatura

- Čopić S., *Restorativna pravda i krivičnopravni sistem – teorija, zakonodavstvo i praksa*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2015.
- Gurda V., „Evropski instrumenti i standardi u oblasti maloljetničkog krivičnog pravosuđa“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, vol. 58, br. 1-2, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2020.
- Gurda V., Husić D., „Polijsko upozorenje – nova alternativna mjera u maloljetničkom krivičnom pravu Bosne i Hercegovine“, *Zbornik radova Pravnog fakultet u Tuzli*, tom 1, br. 1., Pravni fakultet, Univerzitet u Tuzli, Tuzla, 2015.
- Jovašević D., „Alternativne mere u novom maloletničkom krivičnom pravu Federacije Bosne i Hercegovine“, *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja* (ur. Stevanović I.), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2015.
- Karić N., *Socijalni rad i maloljetnička delinkvencija u zajednici*, OFF-SET, Tuzla, 2017.
- Karović S., Orlić S., „Otkrivačka, istražna i dokazna uloga ovlaštenih službenih osoba u kaznenom postupku Bosne i Hercegovine“, *Policija i sigurnost*, tom 29, br. 1-2, Zagreb, 2020.

- Karović S., Maloku A., Shala S., „Maloljetničko krivično pravo u Bosni i Hercegovini sa osvrtom na krivičnopravni položaj i odgovornost maloljetnika“, *Kriminalističke teme – Godina XX*, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Univerzitet u Sarajevu, br. 1-2, Sarajevo, 2020.
- Kovačević M., „Diverzion koncept postupanja prema maloljetnim učinocima krivičnih djela – opšta razmatranja i osvrt na Srbiju“, *Pravni zapisi*, Pravni fakultet Univerziteta Union, tom VI, br. 1., Beograd, 2015.
- Mitrović Lj., „Vaspitne preporuke i njihova primjena u uporednom pravu“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, tom 3, br. 3, Panevropski univerzitet Aperion, Banja Luka, 2013.
- Nikolić Z., Joksić., *Maloletnička delinkvencija – socijalnopsihološki i krivičnopravni aspekti*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2011.
- Orlić S., Pehlić I., Tufekčić N., *Maloljetničko prestupništvo*, Islamski pedagoški fakultet, Univerzitet u Zenici, 2019.
- Sijerčić-Čolić H., Vranj V., *Uvod u penologiju i izvršno krivično pravo Bosne i Hercegovine*, Pravni fakultet, Sarajevo, 2011.
- Simović M. M., Karović S., „Restorativni aspekti maloljetničkog krivičnog prava u Bosni i Hercegovini sa osvrtom na alternativne mjere“, *Pravna riječ*, Udruženje pravnikar Republike Srpske, tom XVII, br. 63/20, Banja Luka, 2020.
- Simović N. M., Jovašević D., Mitrović Lj., Simović M. M., *Maloljetničko krivično pravo*, treće izdanje (izmijenjeno i dopunjeno), Grafomark, Banja Luka, 2021.
- Škulić M., *Maloljetničko krivično pravo*, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Beograd, 2011.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 01.09.2021.

Prihvaćen: 30.09.2021.

PREGLEDNI RAD

ANDREJA MIHAILOVIĆ

PROBATIO DIABOLICA „PLODOVIMA OTROVNOG DRVETA“

*„Već male greške u načelima dovode do
onih krupnih u konačnim izvodima“*

Aristotel¹

U radu se portretira doktrina „plodova otrovnog drveta“, svojevrsni konstrukt krivično-procesne alhemije u vidu specifične kategorije dokaza, deriviranih iz izvorno nezakonitih dokaza. Imajući u vidu činjenicu da je doktrina „plodova otrovnog drveta“ proizvod anglosaksonskog pravnog sistema, pod geslom pravičnog postupka, pronašla mjesto i u nekim jurisdikcijama evropskokontinentalnog sistema, u radu se kroz uporedni metod analiziraju strukturalne razlike i komparativne prednosti oba pristupa. Dok su Njemačka, Austrija i Švajcarska ostale dosledne afinitetu ka načelu istine u krivičnom postupku po cijenu konzumacije „otrovnih plodova“, zemlje Zapadnog Balkana su, uprkos evropskokontinentalnoj tradiciji, dominantno usvojile američki model. Međutim, dok se u SAD-u rigidnost ove doktrine, kao ekstenzije ekskluzijskog pravila, nastoji ublažiti propisivanjem spektra izuzetaka, jurisdikcije koje su je recipirale ostaju gotovo imune na njih. Time je otvoren prostor za ozbiljne probleme u praksi jer do odbacivanja indirektno nezakonitih dokaza dolazi po automatizmu, uz zanemarivanje okolnosti da je najveći broj nezakonitosti u pogledu prikupljanja dokaza već predviđen u vidu zasebnih krivičnih djela, što eliminiše potrebu za njihovim dodatnim sankcionisanjem u samom postupku.

Ključne riječi: „plodovi otrovnog drveta“, krivični postupak, nezakoniti dokazi, dokazne zabrane

Dr Andreja Mihailović, saradnik u nastavi na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore,
e-mail: andreja@ucg.ac.me.

¹ Toma Akvinski, *Biće i suština*, Beograd, 2010, 5.

U V O D

Poput akrobate na pelivanskom konopcu, evolucija krivičnog postupka se odvijala tragom balansa između dva imperativa – načela istine i proceduralne korektnosti. Pod stegom hladne aritmetike i optikom promjena, toj imanentnoj ranjivosti pozitivnog prava, krivični postupak je uporno inklinirao njihovoj nedokučivoj simetriji, ostajući uvijek nekako zaglavljn na međuprostoru „podnošljive tolerancije u primjeni tih imperativa“.² I kao što se u ratu ne biraju sredstva, jasno je zašto se glavno oružje za poslednju liniju odbrane vrhovnih društvenih vrijednosti često postavljalo kao sasvim nepodesno, bilo zbog nedemokračičnosti akuzatorskog, bilo zbog arbitrarnosti inkvizitorskog postupka. Ni sve novonastale hibridne forme, potpomognute deklarativnom konvergencijom angloameričkog i evropskokontinentalnog sistema, ali faktičkom galantnošću prvog i gostoprimestvu drugog, nisu uspjele da iznjedre univerzalno prihvatljiv procesni dizajn bez markantnih neuralgičnih tački kao je nezakonitost dokaza. Ipak, čini se da se spoznajom ideje o pravičnom postupku krivičnoprocesna nauka povelu utiskom „da se konačno domogla svjetlosti koja bi trebalo da je vodi, pri čemu su anglosaksonske procesne ideje natopile tlo kontinentalnog pravnog područja prodirući u same temelje velikog evropskog krivičnoprocesnog zdanja. Ili kazano Homerovim pjesničkim jezikom, te se ideje evropskim kontinetom danas šire kao požar u suvoj borovoj šumi.“³

EKSKLUZIJSKO PRAVILO

Polazeći od osnovnog postulata krivičnog postupka – da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog djela izrekne krivična sankcija pod propisanim uslovima i na osnovu zakonito sprovedenog postupka, dolazi do izražaja njegova karakterna bipolarnost. U zahtjevu da niko nevin ne bude osuđen inkorporirana je podređenost korpusu ljudskih prava i osnovnih sloboda, dok zahtjev za izricanjem krivične sankcije inherentno sadrži potrebu za njihovim žrtvovanjem u korist efikasnog krivičnog gonjenja. Na podlozi korelacije ovih zahtjeva, kao i same strukture krivičnog postupka, bazirani su sistemi nezakonitih dokaza u svim kodifikacijama, reflektujući afinitet zakonodavca ka dominaciji načela istine ili zaštite individualnih prava optuženog. Zajednički imenitelj tih sistema je nepodobnost za zasnivanje presude, u SAD-u formulisane u vidu ekskluzijskog pravila (*exclusionary rule*), a na kontinentu najčešće u vidu relativnih zabrana ocjena dokaza.

² Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 1042.

³ Strahinja Davidov, *Utvrdjivanje činjenica u krivičnom postupku – ima li pravde bez istine?*, Niš, 2014, 8.

Naime, trijumf ideje ljudskih prava otrgnuo je potrebu za utvrđivanjem istine iz aure ekskluzivnosti svodeći je na tek jednu u nizu vrijednosti kojoj krivični postupak treba da strijemi. Upravo zato se arhitektura nezakonitih dokaza gotovo univerzalno tretira kao „delikatno pitanje o kojem teorija ne može reći nešto određenije pa se nekako rezignirano prepušta životu prava da pronade put u toj zapletenoj materiji.“⁴ Za razliku od zemalja *common law*-a u kojima je judikatura bila zamajac razvoja ekskluzijskog pravila, kontinentalno pravo osciliralo je od početne skepse do sve ekstenzivnije regulacije dokaznih zabrana. Iako se pojam dokaznih zabrana (*Beweisverbote*) u doktrini pojavio u zori XX vijeka, prva zakonski propisana zabrana ocjene dokaza uslijedila je reakcijom na autoritativnu praksu Trećeg Rajha tek 1950. god. kao apsolutna zabrana upotrebe dokaza pribavljenim fizičkim ili psihičkim zlostavljanjem okrivljenika.⁵ Razlog zbog kojeg je anglosaksonsko pravo tako rano odnjegovalo svoje ekskluzijsko pravilo ogleđa se u samoj strukturi suđenja koje podrazumijeva učešće laičke javnosti – porote. Budući da porotnici nisu profesionalne sudije logično je očekivati određene poteškoće pri ocjeni dokaza, te je iz tog razloga, nužnost bilo osigurati takav preventivni sistem u kojem pravno nevaljani dokazi uopšte ne bi mogli ni doći u razmatranje. U suštini, radilo se o jednom specifičnom profilaktičkom pravilu ustanovljenom radi zaštite ustavnih prava građana od nezakonitih istraga, čije uporište nalazimo u IV Amandmanu Bill of Rights.⁶ Inicijalna primjena ovog pravila u krivičnom postupku uslijedila je u slučaju *Height* 1902. god. u kojem je sud zaključio da je saslušanjem okrivljenog prekršena procesna klauzula, kao i član 1 Ustava Ajove⁷ koji zabranjuje neosnovane pretrese. Pravilo je potvrđeno na saveznom nivou 1914. god. presudom Vrhovnog suda u slučaju *Weeks protiv SAD*-a, čime je označen početak sve ozbiljnijeg razmatranja zaštite individualnih prava u krivičnim postupcima.⁸

I dok su oponenti ekskluzijsko pravilo oštro kritikovali zbog protežiranja forme nad suštinom, tj. proceduralne korektnosti nauštrb potrebe za utvrđivanjem istine, ono je svoje uporište nalazilo u čvrstom moralnom argumentu da se suzbijanje

⁴ Mirjan Damaška, „Procesne posljedice upotrebe dokaza dobivenih na nedozvoljen način“, *Naša zakonitost*, br. 3-6, Zagreb, 1960, 220.

⁵ Igor Martinović, Damir Kos, „Nezakoniti dokazi: Teorijske i praktične dvojbe u svijetlu Evropskog suda za ljudska prava“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 23, br. 2, Zagreb, 2016, 317.

⁶ Fourth Amendment, https://www.law.cornell.edu/constitution/fourth_amendment, 10.09.2021.

⁷ Adam Triplett, „Iowa’s Exclusionary Rule: Expanding the Application of the Exclusionary Rule During Sentencing Hearings Under the Iowa Constitution“, *Drake Law Review*, vol. 63, Drake, 2015, 987-1013.

⁸ Allen Francis, „Exclusionary Rule in the American Law of Search and Seizure, The Exclusionary Rule Regarding Illegally Seized Evidence“, *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Northwestern University Pritzker School of Law, 52 (3), 1961, 246-254.

kriminaliteta ne može sprovesti njegovom proizvodnjom. Ukoliko država poseže za novim krivičnim djelima u borbi protiv postojećih, sasvim izvjesno ona gubi svoj moralni legitimitet za kažnjavanje svojih građana brišući granicu koja je razgraničava od prestupnika. Drugi, često istican argument u korist ekskluzijskog pravila ogleda se u neophodnosti disciplinovanja organa krivičnog gonjenja. Naime, deficit dokaznog materijala poznata je karakteristika krivičnog postupka, zbog čega su „organi progona koji rade pod imperativnom efikasnosti izloženi stalnom pritisku da dokaze pribave makar i po cijenu povrede zakona.“⁹ Iz tog razloga se ekskluzijsko pravilo tretira i kao instrument obesmišljavanja napora istražnih organa za obezbjeđivanjem dokaza posredstvom kršenja prava Ustavom i zakonom garantovanih prava. Međutim, uprkos plemenitoj vokaciji i ovaj argument je bio kamen spoticanja pravnih praktičara najčešće sa pozivom na stanovište sudije Cardoza da „sud ne bi smio puštati kriminalce na slobodu samo zbog greške policije.“¹⁰

Ambivalenciju ekskluzijskog pravila možda je najbolje ilustrovao sudija Apelacionog suda Guido Calabresi ističući da: „ako u SAD-u postoji lakmus papir za razlikovanje takozvanih liberala od takozvanih konzervativaca onda je to definitivno ekskluzijsko pravilo. Više od stava prema abortusu, više od pogleda na pravo i ekonomiju (...) stanovište prema ekskluzijskom pravilu je sasvim pouzdan indikator kojoj strani neko pripada. Za liberale ono predstavlja stub prava na privatnost, od suštinskog značaja za zaštitu od predatorstva policije.¹¹ Za konzervativce, ono je apsurd kroz koji se provlače opasni kriminalci i jasan pokazatelj da sudovi preferiraju tehnikalije umjesto istine.“¹²

PLODOVI OTROVNOG DRVETA

U prilog kontraverznosti ekskluzijskog pravila vrlo brzo se postavilo još delikatnije pitanje – da li se ono primjenjuje isključivo na izvorno nezakonite dokaze ili se njegov zahvat proteže i na sve posredne dokaze koji su iz njih proistekli. Konkretno, da li se obaveza izuzimanja nezakonitih dokaza odnosi i na dokaze do kojih se došlo eksploatacijom prvobitne nezakonitosti? Pitanje je prvi put postavljeno 1920. god. u slučaju *Silverthorne Lumber Co. protiv SAD-a* u kojem je Vlada zastupala gledište da Ustav brani nezakonito oduzimanje dokaza, ali ne i svaku informacionu

⁹ Ištvan Feješ, „Sistem izuzetaka od primjene teorije plodova otrovnog drveta“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br.2, Novi Sad, 2015, 523.

¹⁰ Robert Carlson, *Criminal Justice Procedure*, Cincinnati, Ohio, 1986, 140.

¹¹ Yale Kamisar, „Comparative Reprehensibility and the Fourth Amendment Exclusionary Rule“, *Michigan Law Review*, 86/1, Michigan, 1987, 43-45.

¹² Guido Calabresi, „The Exclusionary Rule“, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Harvard Society for Law & Public Policy, vol. 26, no. 1, 2003, 111.

povoljnost koja bi se mogla ostvariti putem takvog nezakonitog čina. Sud je zauzeo kategoričan stav da „se takvi dokazi ne samo neće koristiti pred Sudom, već se uopšte ne mogu koristiti“.¹³ Ovo pravilo je bezimeno egzistiralo gotovo dvije decenije, da bi u predmetu *Nardone* protiv SAD-a dobilo svoj bajkovit naziv – „plodovi otrovnog drveta“. Sud je ovo doktrinu formulisao na sledeći način – „ako je drvo otrovno i njegovi plodovi će biti takođe otrovni tako da će biti otrovano i lice koje pojede plod“.¹⁴ U rigidnoj interpretaciji, radi se o ekstenziji dokazne nezakonitosti koja inhibira konvalidaciju svih dokaza deriviranih iz nje.¹⁵ Na prvi pogled sasvim legitimna doktrina, kompatibilna sa načelima pravne države, u svojoj doslovnoj primjeni ipak vrlo lako može navesti na stranputicu. Kao ilustrativan primjer je iznuđenje iskaza o mjestu zakopanog leša. U slučaju iznuđenog iskaza okrivljenog, ekskluzijsko pravilo nalaže izuzimanje, a samim tim i zabranu pretresa mjesta označenog u iskazu. To dalje znači da se leš koji u posmatranom primjeru predstavlja „plod otrovnog drveta“ ne bi mogao ni uzeti u razmatranje, tj. smatrati da ne postoji, te u nedostatku drugih dokaza „očigledno krivog okrivljenog treba osloboditi optužbe što je u suprotnosti sa elementarnim osjećajem pravde kod ljudi.“¹⁶ Položaj organa krivičnog gonjenja u opisanom slučaju neodoljivo podsjeća položaj tužioca u sporu oko kviritske svojine u rimskom pravu, popularno nazvan „*probatio diabolica*“ (đavolje dokazivanje), koji je postao gotovo opšta pravna metafora za slučajeve u kojima je teško dokazati neku pravnorelevantnu činjenicu.¹⁷ Iz tog razloga, angloamerička judikatura je paralelno sa doktrinom iznjedrila cijeli spektar izuzetaka koji u konačnom ishodištu imaju da je njena ekstremna primjena sama postala izuzetak.

„Očišćena mrlja“ („*purged taint*“, „*attenuation connectyon princyple*“)

Iako se „doktrina plodova otrovnog drveta“ pred američkim sudovima vrlo lako ugnijezdila kao efikasan alat za jačanje pravosudnog integriteta, prvi izuzetak

¹³ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S.385 (1920).

¹⁴ *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, 341 (1939). Jeffrey M. Bain, Michael K . Kelly, „Fruit of the Poisonous Tree: Recent Developments as Viewed Through Its Exceptions“, *University of Miami Law Review*, University of Miami, Vol. 31, No. 1, 1977, 616.

¹⁵ Analogiju možemo naći u čuvenom Katonovom pravilu „*Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*“ („ono što je nevaljano od početka ne može se osnažiti protokom vremena“), a kasnije i u Opštem imovinskom zakoniku za Crnu Goru Valtazara Bogišića iz 1888. – „Što se grbo rodi vrijeme ne ispravi“.

¹⁶ I. Feješ, op. cit., 529.

¹⁷ Marko Petrak, *Traditio Iuridica II*, Zagreb, 2016, 272.

koji je na izvjestan način otupio njenu oštricu konstituisan je paralelno sa njom. Naime, u već pomenutom predmetu *Nardone* sud je, pozivom na zdrav razum, istakao da „ukoliko je veza između nezakonitog priskluškivanja i tako pribavljenog dokaza postala ublažena („oslabljena po intezitetu, sili, efektu ili vrijednosti“¹⁸) to može raspršiti unaprijed nastalu mrlju“.¹⁹ Tako je stvoren prvi izuzetak poznat pod nazovom – doktrina „očišćene mrlje“ koji se sastoji u sledećem mehanizmu – postojanje velikog broja dodatnih faktora koji posreduju između nezakonitog postupanja istražnog organa i pribavljenog dokaza ne mogu opravdati primjenu ekskluzijskog pravila, te bi i takve dokaze trebalo prihvatiti uprkos činjenici da se za njih ne bi saznalo bez primarne nezakonitosti.²⁰ Dakle, ključno pitanje koje se ovdje postavlja je da li se do dokaza došlo čisto eksploatacijom nezakonitosti ili postojanjem izvjesnih okolnosti dovoljno jakih da prekinu uzročni lanac i izvu-ku „otrov“ iz problematičnog dokaza dopuštajući njegovu primjenu. Prvi u nizu takvih okolnosti formulisan je u predmetu *Wong Sun*²¹ u kojem je osumnjičeni saslušan neposredno po nezakonitom hapšenju. Vrhovni sud je odbio da dokaz uzme u razmatranje budući da nije postojala vremenska distanca između dobijeno-rog priznanja i nezakonitog hapšenja osumnjičenog. Pored toga, dužina uzročno-posljedičnog lanca takođe predstavlja značajnu okolnost u dokaznoj detoksikaciji. Naime, u istom slučaju *Wong Sun*, nedugo nakon puštanja na slobodu usled protivpravnog hapšenja, osumnjičeni se samoinicijativno vratio u policiju i priznao djelo, čime je, po mišljenju Vrhovnog suda, anulirana nezakonitost i konvalidirano prethodno odbačeno priznanje.

Isto tako, treba imati u vidu i stepen krivice učinioca, kao i prostu činjenicu da neki dokazi lakše „ozdrave“ od drugih. U tom smislu, ukoliko je dokaz pribavljen protivpravnom namjernom radnjom policije, teško da može biti uzet u razmatranje kao dokaz pribavljen istom radnjom počinjenom iz nehata. Suprotno tome, veća je vjerovatnoća osnovano očekivati da će „otrovani“ iskaz biti upotrebljiviji „otrovanog“ materijalnog dokaza. Svoj stav o razlici između „zatrovanosti“ ličnih i materijalnih dokaza Vrhovni sud je obrazložio na način da dok materijalne (nežive) dokaze neko treba da otkrije, iskazi svjedoka su posljedica autonomije njihove volje te se, iz tog razloga, najlakše mogu očistiti primjenom pravila „nezavisnog izvora“.²²

¹⁸ James Murray, *The Oxford English Dictionary*, 1970, Oxford, 550.

¹⁹ *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, 341 (1939).

²⁰ Steven Emanuel, *Criminal Evidence*, Aspen Publishers, 2007, 293.

²¹ *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

²² I. Feješ, op. cit., 532.

Nezavisni izvor („independent source“)

Na zametak teorije nezavisnog izvora nailazimo već u slučaju *Silverthorne Lumber Company protiv SAD-a* 1920. god. u tvrdnji Vrhovnog suda da: „ako je saznanje o nezakonito pribavljenim činjenicama proisteklo iz nezakonitog izvora, one se mogu dokazivati kao i sve druge“. Ovdje se postavlja pitanje isključivosti kauzaliteta dokaza sa nezakonitim porijeklom. Dakle, ukoliko je plod samo djelimično „zatrovan“ on može biti upotrebljiv ukoliko organi krivičnog progona uspiju dokazati da su do njega došli drugim putem koji je „čist“, nezavisan i legalan.

U ovom slučaju se radi o definitivno najcjelishodnijem izuzetku od doktrine „plodova otrovnog drveta“ bez kojeg bi i sama svrha doktrine bila obesmišljena. Naime, ukoliko bi jedan policajac pronašao dokaz na nezakonit način, on bi ostao trajno neupotrebljiv uprkos činjenici da je drugi policajac do istog dokaza došao sasvim legalno, što bi samu doktrinu od procesnog korektiva dovelo do procesnog paradoksa.

Neizbježno otkriće („inevitable discovery“)

Najmlađi izuzetak – doktrina „neizbježnog otkrića“ uslijedila je kao protektivni mehanizam od razmetljive primjene ekskluzijskog pravila. Doktrina je ponikla iz stavova nekih američkih sudova da dokazi „neće biti ukaljani ukoliko bi uobičajno policijsko postupanje dovelo do istih tragova.“²³ Na prvi pogled radi se o istom izuzetku kao i kod doktrine „nezavisnog izvora“, međutim sa značajnom razlikom. Iako dijele sličnu polaznu osnovu, značajna distinkcija je što kod „nezavisnog izvora“ zaista dolazi do pribavljanja dokaza zakonitim putem dok god doktrine „neizbježnog izvora“ govorimo samo o hipotetičkoj mogućnosti da se posredno nezakoniti dokaz zakonito pribavi.

Radi se o oštro osporavanom izuzetku jer se uzročna veza između „otrovnog ploda“ i primarne nezakonitosti raskida samo na osnovu hipoteze da bi drugi istražni postupci neizbježno doveli do istih rezultata. Iz tog razloga se za ovu kategoriju nezakonitih dokaza govori da se radi o „plodovima drveta koje se hrani i čistim i zagađenim vodama“²⁴ čime se ukazuje na njihovu dualnu prirodu oborive pretpostavljene nezakonitosti. Naime, radi se o pravilu visokog stepena sudijske diskrecije u odlučivanju, budući da se za procjenu relevantnosti uzročnosti u ovom slučaju sudovi najčešće vode srazmjerom flagrantnosti službenog prekršaja i saznajne vrijednosti nezakonitog dokaza sa prirodom povrijeđenog prava.

²³ Conneely Brian, Murphy, Edmond, „Inevitable Discovery: The Hypothetical Independent Source Exception to the Exclusionary Rule“, *Hofstra Law Review*, Hofstra University, vol. 5:1, 1976, 138.

²⁴ *Ibidem*.

Izuzetak „dobre vjere“ („good faith“)

Vjerovatno najkontrazverzniji izuzetak i najteži udarac ekskluzijskom pravilu uslijedio je u slučaju SAD protiv Leon 1984. god. U ovom slučaju, sud nije izuzeo dokaze koje je policija pribavila na osnovu naloga izdatog bez zadovoljenja kriterijuma osnovane sumnje. Ključni argument za takvo postupanje sud je našao u načelu savjesnosti koje nalaže da se ne mogu izuzeti dokazi do kojih se došlo postupanjem u razumnoj dobroj vjeri. Kao dodatan argument, sud je naveo sam cilj ekskluzijskog pravila koje se ogleda u disciplinovanju policije, a ne sudske vlasti. Upravo to je dovelo do oštre osude od strane apologeta načela pravičnosti koji smatraju da se doktrinom „dobre vjere“ pravi neopravdano privilegovan status nezakonitog postupanja suda u odnosu na nezakonito postupanje policije.

Doktrina „srebrnog poslužavnika“ („silver platter doctrine“)

Doktrina „srebrnog poslužavnika“ nije samonikli izuzetak, već je dio šireg koncepta odnosa saveznih sa organima država članica. Iako se ekskluzijsko pravilo pokazalo kao moćan pravni lijek za povrede IV Amandmana, doktrina „srebrnog poslužavnika“ mu je bitno sužila opseg djelovanja. Naime, u slučaju Lustig protiv SAD-a²⁵ 1949. god., sudija Felix Frankfurter je konstatovao da dokazi pribavljeni povredom IV Amandmana ipak treba smatrati prihvatljivim ukoliko ih je policija države članice servirala federalnim vlastima na „srebrnoj tacni“, tj. bez bilo kakvog učešća federalnih organa.

Za ovo su potrebna dva uslova: 1) da savezna vlada nije bila involvirana u istragu i 2) dokazi nisu prikupljeni za potrebe saveznih vlasti, već za potrebe države članice.²⁶ U svom izvornom obliku doktrina je ostala na snazi gotovo dvije decenije sve do ukidanja od strane Vrhovnog suda u predmetu Elkins protiv SAD-a²⁷ u kojem je sud izrazio zabrinutost da „na posebno ironičan način“ kompromituje ustavnu zaštitu podstrekavanjem policije država članica na povredu IV Amandmana.²⁸ Ipak, sudska praksa je ponovo udahнула život ovoj doktrini postupno je rekonstruišući u slučajevima kolateralnih postupaka pred velikom porotom, civilnih poreskih tužbi i opoziva uslovnog otpusta. Na taj način je tendencija ka eliminaciji

²⁵ Lustig v. United States, 338 U.S. 74 (1949)

²⁶ Robert L. King, „The International Silver Platter and the „Shocks the Conscience“ Test: U.S. Law Enforcement Overseas“, Washington University Law Review, 67, Washington, 1989, 493.

²⁷ Elkins v. United States, 364 U.S. 206 (1960).

²⁸ David Gray, Meagan Cooper, David McAloon, „The Supreme Court’s Contemporary Silver Platter Doctrine“, *Texas Law Review*, 91, Texas, 2012, 11.

rigidnosti ekskluzijskog pravila kolateralnom upotrebom nezakonitih dokaza evocirala stara pitanja njegovog ustavnog porijekla i teleološke orijentacije, ostavljajući ih bez odgovora do današnjeg dana.

KOMPARATIVNI PREGLED

Tokom cijele evolucije, krivični postupak je predstavljao vjernu refleksiju psihosocijalne klime jedne zajednice, stepena njenog razvoja i odnosa prema temeljnim društvenim vrijednostima. Imajući u vidu da se radi o grani prava sa najnižim stepenom međunarodne harmonizacije, nezavisnost krivično procesnog prava svake zemlje ga čini svojevrsnim simbolom isključivog nacionalnog suvereniteta.²⁹ Samim tim, razumljiva je izražena šarenolikost u materiji izdvajanja nezakonitih dokaza, u literaturi etiketiranoj kao „ključni trenutak kaznenog postupka“.³⁰ To je i razlog zbog kojeg se doktrina „plodova otrovnog drveta“, kao originerno anglosaksonski institut, dugo karakterisala kao apstrakcija koja bi evropskokontinentalnom sistemu, religijski podređenom materijalnoj istini, izgledala kao da „dolazi iz mašte“.³¹ Ipak, ta apstrakcija je pod parolom „pravičnog postupka“ u homeopatskim dozama³² pronašla put do evropskog kontinenta što je izazvalo evidentne promjene na polju dokaznih zabrana.

Kao eklatantan predstavnik evropskokontinentalnog sistema, Njemačka je ostala dosledna cilju ispitivanja materijalne istine odbacujući doktrinu „plodova otrovnog drveta“. Nezakonitost dokaza u njemačkom pravu se procjenjuje po sistemu vaganja pretežnijeg interesa (*Abwägungslehre*) na način da se upoređuje težina krivičnog djela sa težinom povrede zakona koju su ostvarili istražni organi, uzimajući u obzir vjerodostojnost dokaza, kao i mogućnost da se do njega dođe iz drugih izvora.³³ Njemački postupak nije stranački postupak, već je u potpunosti podređen utvrđivanju činjeničnog stanja, zbog čega se na izgradnju dokaznih zabrana gleda

²⁹ Berislav Pavišić, Eduard Kunštek, „Tranzicije evropskih krivičnih postupaka“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije, stanje i perspektive*, Niš, 2009, 552.

³⁰ Marko Carić, „Izdvajanje nezakonitih dokaza iz spisa predmeta – ključni trenutak kaznenog postupka“, *Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva*, Zagreb, 2004, 298.

³¹ Mirjan Damaška, „Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study“, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 121, Pennsylvania, 1972, 522.

³² Belgija, Danska, Italija, Grčka, Kipar, Malta i Luksemburg priznaju ekskluzijsko pravilo uz određene izuzetke. Na primjer Belgija i Danska dozvoljavaju upotrebu nezakonitih dokaza u korist okrivljenog.

³³ Friedrich-Christian Schroeder, *Strafprozeßrecht*, Beck, München, 2001, 79.

kao na razgradnju šansi da se pronade istina.³⁴ Izuzimanje nezakonitog dokaza je krajnja mjera, a dokazi koji su iz njega proistekli su u načelu dopušteni, dok se povrede zakona pričinjene od strane službenih organa sankcionišu u zasebnom krivičnom postupku.

Sličan princip primjenjuje se u Austriji i Švajcarskoj (*Interessenabwägung*), dok Francuska načelno dopušta upotrebu dokaza do kojih se došlo povredom procesnih pravila, ostavljajući mogućnost njihovog izuzimanja u slučajevima povrede interesa stranke vodeći računa o „najboljoj mogućoj ravnoteži“ (*le meilleur équilibre possible*).³⁵ Englesko pravo njeguje visok stepen sudske diskrecije pri razmatranju potrebe za izuzimanjem dokaza uz uvažavanje zahtjeva pravičnosti (*fairness*), kako prema okrivljenom, tako i prema tužiocu. Jedna od rijetkih evropskih zemalja koja je koketirala sa doktrinom „plodova otrovnog drveta“ bila je Holandija, odbacujući je nedugo nakon uvođenja. Sa druge strane, novozelandsko pravo je sa plodovima otrovnog drveta eksperimentisalo nekoliko decenija. Zvaničan odustanak od doktrine dogodio se 2002. god. slučajem R. protiv Shaheed³⁶ u kojem je učinilac krivičnog djela silovanja i otmice djece otkriven na osnovu uzorka krvi uzete bez naloga, uz obrazloženje da se njenim mehaničkim djelovanjem i izostankom senzibiliteta prema okolnostima konkretnog slučaja nipodaštavaju društvene tendencije ka suzbijanju kriminaliteta.³⁷

Svoj stav po ovom pitanju, Evropski sud za ljudska prava je prvi put zauzeo 1988. god. u predmetu Schenk protiv Švajcarske³⁸ ističući: „da iako član 6. Konvencije garantuje pravo na pravično suđenje, on ne propisuje kriterijume dopuštenosti pojedinih dokaza budući da je to u domenu nacionalnog prava.“ Iako je ESLJP dugo zadržao neutralan stav da je procjena zakonitosti dokaza u primarnoj nadležnosti nacionalnih prava, u predmetu Jalloh protiv Njemačke³⁹ 2006. god., napravljen je iskorak u pravcu uvođenja ekskluzijskog pravila putem apsolutne zabrane dokaza pribavljenih mučenjem. U tom slučaju ESLJP je konstatovao da se presuda nikada ne smije zasnivati na dokazima do kojih se došlo brutalnošću i nasilnim radnjama bez obzira na njihovu dokaznu snagu. Interesantno, ESLJP je pod povredom

³⁴ Igor Bojanić, Zlata Đurđević, „Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 15, br. 2, Zagreb, 2008, 981.

³⁵ Jean-François Renucci, *Code de Procédure Pénale*, Dalloz, Paris, 2005, 1256.

³⁶ R v Shaheed [2002] NZLR 377.

³⁷ Željko Karas, Miroslav Jukić, „Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 16, br. 2, Zagreb, 2009, 615.

³⁸ Schenk v Switzerland: ECHR 12 Jul 1988.

³⁹ Jalloh v. Germany (Application no. 54810/00).

prava na pravičan postupak podveo isključivo radnje koje se mogu podvesti pod mučenjem, ne uvodeći apsolutnu dokaznu zabranu za niže stepene povrede člana 3. Konvencije.⁴⁰ Takvo postupanje ESLJP-a je na meti kritika da podriva poluvjekovan stav da pravo na pravično suđenje predstavlja vrhovnu vrijednost koja ne smije izdisati pred interesom efikasnosti postupka, pri čemu prava garantovana Konvencijom treba interpretirati kao koherentnu cjelinu, a ne kao teorijsku izluziju.⁴¹

REGIONALNI PRISTUP

Ustav Republike Hrvatske u članu 29. st. 4 propisuje da se dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu upotrijebiti u sudskom postupku.⁴² Na taj način hrvatsko pravo ekskluzivskom pravilu dalo status ustavne kategorije čime se ukazuje na nesporan značaj ovog instituta. Pored toga, Zakonom o krivičnom postupku iz 1997. god. doktrina „plodova otrovnog drveta“ legislativno je sprovedena u hrvatsko krivično procesno pravo uvođenjem odredbe o neupotrebljivosti dokaza koji su proizašli iz nezakonitih dokaza. Važeće zakonsko rješenje ostalo je vjerno doktrini, čineći hrvatski krivični postupak jednim od rijetkih primjera evropskokontinentalnog postupka čiji je sistem izuzimanja dokaza modeliran strogo prema američkom modelu. ZKP eksplicitno isključuje nezakonite dokaze iz osnove za zasnivanje presude, taksativno ih propisujući kao dokaze: 1) koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja; 2) koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava odbrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost ličnog i porodičnog života; 3) koji su pribavljeni povredom odredaba kaznenog postupka i kao takvi izričito predviđeni zakonom, kao i 4) dokaze za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza.⁴³ Ipak, kao zaostavšinu iz prethodno favorizovanog njemačkog modela, zakonodavac je ostavio određen manevarski prostor načelu srazmjernosti za dokaze koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava odbrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost ličnog i porodičnog života ukoliko interes kaznenog progona i kažnjavanja učinioca preteže nad povredom prava, uz ogradu da se sudska odluka ne smije temeljiti isključivo na takvim dokazima.

⁴⁰ I. Bojanić, Z. Đurđević, op. cit., 979.

⁴¹ Milan Jovanović, *Nezakoniti dokazi u krivičnom postupku – evropski standardi i domaće zakonodavstvo*, Novi Sad, 2020, 36.

⁴² Ustav Republike Hrvatske, NN 85/2010.

⁴³ Čl. 10. Zakon o kaznenom postupku NN 152/08, 126/19.

Sa druge strane, za sve preostale kateorije nezakonitih dokaza predviđene su dvije procesne posljedice – izdvajanje iz spisa (koja djeluje *a priori* sprečavajući njihovu upotrebu) i bitnu povredu odredba postupka (koja djeluje *a posteriori*, tj. kada su nezakoniti dokazi već upotrijebljeni za odlučivanje). Iz tog razloga interesantno je zadržavanje izrazito rigidnog stava prema „plodovima otrovnog drveta“ koji su i dalje podvedeni pod režim apsolutnog izdvajanja bez obzira na sve okolnosti konkretnog slučaja. Ovo naročito uzimajući u obzir činjenicu da je čak i američki sistem, koji je poslužio kao uzor ovakvom rješenju, iznjedrio cijeli spektar izuzetaka („očišćena mrlja“, „nezavisni izvor“, „neizbježno otkriće“ i sl.) čime je procesnu formu u velikoj mjeri podredio suštini. Iako je moguće govoriti i o određenim pozitivnim aspektima (povećana zaštita stranaka u postupku, izbjegavanje sudske arbitrarnost), mišljenje većine autora je da preveliko „čistunstvo“ ovakvog rješenja i naročito krut stav sudske prakse često dovodi do kolizije sa načelom pravičnosti, što nameće potrebu za propisivanjem sličnih izuzetaka kao u američkom modelu.⁴⁴

Nešto umjereniji stav prema „plodovima otrovnog drveta“ prisutan je u Zakonu o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine,⁴⁵ koji takođe propisuje načelnu zabranu njihove upotrebe. Iako član 10. ZKP BiH predviđa da sud ne može zasnovati svoju odluku na dokazima koji su dobijeni na osnovu dokaza pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratifikovala, niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama ovog zakona, sudska praksa je pokazala veći stepen fleksibilnosti u odnosu na hrvatski model. Naime, do eliminacije dokaza proisteklih iz izvorno nezakonitih dokaza ne dolazi po automatizmu kao u Hrvatskoj, već se u praksi dozvoljava izuzetak „nezavisnog izvora“, te se dozvoljava upotreba deriviranih dokaza ukoliko proističu i iz zakonitog izvora.

Članom 16. Zakonika o Krivičnom postupku Republike Srbije⁴⁶ propisano je da se sudske odluke ne mogu zasnovati na dokazima koji su, neposredno ili posredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom, ovim zakonikom, drugim zakonom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, osim u postupku koji se vodi zbog pribavljanja takvih dokaza. Dakle, srpski zakonodavac napravio je izvjesnu dihotomiju nezakonitih dokaza – one koji su *per se* nezakoniti (direktno nezakonite dokaze)

⁴⁴ Bojan Obradović, Ivan Župan: „Plodovi otrovne vočke u hrvatskom i poredbenom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 18, br. 1, Zagreb, 2011, 130.

⁴⁵ Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *Sl. glasnik BiH*, br. 3/2003, 72/2013 i 65/2018.

⁴⁶ Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – odluka US i 62/2021 – odluka US.

i dokaze koji su nezakoniti po načinu pribavljanja (indirektno nezakonite dokaze), čime je proklamovana doktrina „plodova otrovnog drveta“. Međutim, član 438. je tretira samo kao relativno bitnu povredu krivičnog postupka koja neće dovesti do ukidanja presude ukoliko je izvjesno da bi i bez spornog dokaza bila donijeta ista presuda. Time je, po mišljenju nekih autora, devalvirano načelo „plodova otrovnog drveta“ što ozbiljno narušava zakonsku konzistentnost.⁴⁷ Ipak, ovdje je evidentna doslednost evropskokontinentalnom porijeklu, što potvrđuje i dužnost utvrđivanja materijalne istine iz čl. 16. izražena u obavezi suda da sa jednakom pažnjom utvrdi činjenice koje terete ili idu u korist okrivljenom. Sud može zasnivati presudu samo na činjenicama u čiju je izvjesnost uvjeren, ocjenjujući sve izvedene dokaze po slobodnom sudijskom uverenju, čime je ostvaren visok stepen diskrecije pri odlučivanju.

Crnogorski zakonodavni dizajn je gotovo identičan sa nešto jasnijom aluzijom na „plodove otrovnog drveta“ u vidu formulacije – drugi dokazi „za koje se saznalo iz“ direktno nezakonitih dokaza i restriktivnijim krugom potencijalnih izvora direktne nezakonitosti – „povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda zajemčenih Ustavom ili potvrđenim međunarodnim ugovorima, ili na dokazima koji su pribavljeni povredama odredaba krivičnog postupka“, za razliku od srpskog rješenja koje se odnosi i na povrede opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava, kao i drugih zakona (a ne samo Zakonika o krivičnom postupku⁴⁸). Istovjetan je i tretman u vidu relativno bitne povrede krivičnog postupka obzirom da je čl. 386. predviđeno da se presuda može zasnovati uprkos nezakonitom dokazu, ako je očigledno da bi i bez njega bila donijeta ista presuda.

U tom smislu navešćemo jedan primjer iz crnogorske sudske prakse u kojem je došlo do doslovne primjene doktrine „plodova otrovnog drveta“. U slučaju K 248/2015⁴⁹ okrivljenom je stavljeno na teret izvršenje krivičnog djela nedozvoljeno držanje oružja i eksplozivnih materija iz čl. 403. st.1. Krivičnog zakonika Crne Gore nakon što je pretresom njegovog stana pronađen pištolj bez oružanog lista sa 23 komada pištoljskih metaka, a u jednom od njegovih vozila drugi sa 6 komada pištoljskih metaka. Ostajući pri optužnom predlogu, državni tužilac tražio da se okrivljeni proglasi krivim uz izricanje mjere bezbjednosti oduzimanja predmetne količine i vrste oružja i municije. Nakon sprovedenog dokaznog postupka sud je okrivljenog oslobodio optužbe smatrajući da ista nije dokazana, budući da su iz

⁴⁷ Advokatska komora Srbije, *Projekat reforme krivičnog zakonodavstva*, Beograd, 2016, 48.

⁴⁸ Zakonik o krivičnom postupku, *Sl. list CG*, br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – odluka US, 2/2015 – odluka US, 35/2015, 58/2015 – dr. zakon, 28/2018 – odluka US i 116/2020 – odluka US.

⁴⁹ Presuda K br. 248/2015 Osnovnog suda u Nikšiću.

spisa predmeta izdvojeni Zapisnik o pretresu stana i drugih prostorija okrivljenog i nalaženje predmeta u vozilu iz razloga što naredba sudije za istragu nije obuhvatala pretres vozila. Samim tim, pretres vozila je izvršen suprotno odredbi čl. 76. st.1. ZKP-a, što iz krivičnog postupka eliminiše sve dokaze do kojih se došlo kao rezultat takvog postupanja. U obrazloženju presude sud se eksplicitno pozvao na doktrinu „plodova otrovnog drveta“, pa u je u predmetnom slučaju izdvojio i potvrdu o privremeno oduzetim predmetima izdatu od strane Centra bezbjednosti, izvještaj o balističkom vještačenju Forenzičkog centra kao i fotodokumentaciju sačinjenu od strane policije. Dakle, uprkos relativno brojnim materijalnim dokazima, sud je okrivljenog oslobodio optužbe držeći da ista nije dokazana.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Krivični postupak predstavlja izraz civilizacijske čežnje za pravdom. Uprkos svom instrumentalnom karakteru, on je više od procedure, budući da odvaja krive od nevinih.⁵⁰ Kao takav, on je uvijek paradigma i refleksija najdragocjenijih društvenih vrijednosti bez imuniteta na socijalne, političke i kulturološke ukuse svog socijaliteta. Upravo je zato u istorijskoj društvenoj genezi krivična procedura dugo ljubomorno čuvana u nacionalnim okvirima kao dijete svog vremena i simbol isključivog nacionalnog suvereniteta jedne zemlje.

Ipak, nesavladivost globalizacije probila je krivičnoprocesne bedeme konstruišući uniformne imperatve, kao vezivno tkivo u integraciji krivičnih postupaka i isključivu propusnicu za ulazak u sferu demokratskog svijeta. Na krilima trijumfa ideje ljudskih prava, načelo pravičnosti pozicioniralo se kao rukovodeći princip modeliranja krivičnog postupka – „njegovo aksiomatsko prihvatanje uzima se za siguran znak racionalnosti i razločnosti, dok sumnja u njega implicira pogubnu retrogradnost.“⁵¹ Na taj je način načelo pravičnog postupka, postalo gotovo univerzalan kalup i mjera kvaliteta krivičnog postupka. Budući da svoj legitimitet crpi iz proceduralne korektnosti koja je vrlo podložna koliziji sa načelom efikasnosti, ne iznenađuju kritike da je, uprkos plemenitim aspiracijama, „procesni puritanizam“ savremenosti zasjenio čak i načelo istine. Još manje iznenađuje činjenica da je u tom mozaiku užarenih pitanja, tematika nezakonitih dokaza zauzela centralno mjesto kao ugaoni kamen strukturalne napetosti između kolektivnog interesa suzbijanja kriminaliteta i zaštite individualnih prava učesnika u postupku. Kao nužan korektiv velikoj slobodi porote, ekskluzijsko pravilo se u američkom sistemu

⁵⁰ S. Davidov, op. cit., 252.

⁵¹ *Ibidem*.

oštro obračunavalo sa nezakonitim dokazima dosežući najširi zahvat doktrinom „plodova otrovnog drveta“. Ipak, diskutabilan senzibilitet prema načelu istine i zahtjevi procesne efikasnosti uticali su na američku judikaturu da isplete mrežu izuzetaka za sanaciju „zatrovanih dokaza“ čime je ublažen izvorno radikalni pristup. I dok je jedan broj zemalja evropskokontinentalnog sistema (Njemačka, Švajcarska, Austrija) ostao lojalan istinoljubivosti i kategorično odbacio doktrinu kao prijetnju relevantnom utvrđivanju pravnočinjeničnog stanja, druge su joj žustro pohrlile zanemarujući potencijalnu nekompatibilnost sa svojom procesnom tradicijom. U tom anglofiličnom nadmetanju, neke jurisdikcije su postale veći katolici od Pape, implementirajući „plodove otrovnog drveta“ u rudimentarnom obliku ne obazirujući se na izuzetke od njihove primjene ili usvajajući ih krajnje restriktivno. Ne sporeći pozitivne efekte na planu disciplinovanja organa krivičnog progona i zaštite individualnih prava, realnost je da izvorna forma doktrine danas predstavlja relikv prošlosti, te da izolovana od izuzetaka može ozbiljno inhibirati potragu za istinom u krivičnom postupku. Sa druge strane, ni potreba za utvrđivanjem istine ne može biti opravdanje za povrede temeljnih ljudskih prava, zbog čega je krivičnoprocesna morfologija često izložena nepomirljivo suprotstavljenim zahtjevima. Zato je krivični postupak osuđen na nesavršenost što potvrđuje i Platon kada kaže da je „savršena forma nedokučiva ovom svijetu“.⁵² Ali ako i dalje vjerujemo pravu koje nas je nebrojeno puta iznevjerilo u svojoj misiji ostvarivanja pravde, zašto ne bi i krivičnom procesu u njegovoj misiji dokazivanja krivice?

Dr. ANDREJA MIHAILOVIĆ
Teaching associate, Faculty of Law
University of Montenegro

PROBATIO DIABOLICA WITH THE „FRUITS OF THE POISONOUS TREE“

Summary

The paper portrays the doctrine of „fruit of the poisonous tree“, a kind of construct of criminal procedural alchemy in the form of a specific category of evidence, derived from the originally illegal evidence. Having in mind the fact that the doctrine of „fruit of the poisonous tree“ is a product of the Anglo-Saxon legal system, it has found a place in some jurisdictions of the European continental system, the paper analyzes structural differences and comparative advantages of both approaches. While Germany, Austria and Switzerland remained consistent in their affinity for the principle of truth in criminal proceedings at the cost of consuming „poisonous fruits“, the countries of the Western Balkans, despite the European-continental tradition, have predominantly adopted the American

⁵² Platon, *Državnik*, Beograd, 2008, 39-41.

model. However, while in the US the rigidity of this doctrine, as an extension of the exclusionary rule, is sought to be mitigated by prescribing a spectrum of exceptions, the jurisdictions that received it remain almost immune to them. This opens space for serious problems in practice because the rejection of indirectly illegal evidence is automatic, ignoring the fact that most illegalities in terms of collecting evidence are already provided in the form of crimes, which eliminates the need for additional sanctions in the procedure itself.

Key words: „fruits of the poisonous tree“, criminal proceeding, illegal evidence, evidentiary prohibitions

Literatura

- Akvinski T., *Biće i suština*, Beograd, 2010, 5.
- Bain J., Kelly M., „Fruit of the Poisonous Tree: Recent Developments as Viewed Through Its Exceptions“, *University of Miami Law Review*, Vol. 31, No. 3, 1977.
- Bojanić I., Đurđević Z., „Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 15, br. 2, Zagreb, 2008.
- Calabresi, G. „The Exclusionary Rule“, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Harvard Society for Law & Public Policy, Vol. 26, No. 1, 2003.
- Carić M., „Izdvajanje nezakonitih dokaza iz spisa predmeta – ključni trenutak kaznenog postupka“, *Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva*, Zagreb, 2004.
- Carlson R., *Criminal Justice Procedure*, Cincinnati, Ohio, 1986.
- Conneely B., Murphy E. „Inevitable Discovery: The Hypothetical Independent Source Exception to the Exclusionary Rule“, *Hofstra Law Review*, Vol. 5, No. 1, Hofstra University, 1976.
- Damaška M., „Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study“, *University of Pennsylvania Law Review*, No. 121, 1972.
- Damaška M., „Procesne posljedice upotrebe dokaza dobivenih na nedozvoljen način“, *Naša zakonitost*, br. 6, Zagreb, 1960.
- Davidov S., *Utvrdjivanje činjenica u krivičnom postupku – ima li pravde bez istine?*, Niš, 2014.
- Emanuel S., *Criminal Evidence*, Aspen Publishers, 2007.
- Feješ I., „Sistem izuzetaka od primjene teorije plodova otrovnog drveta“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, Novi Sad, 2015.
- Francis A., „Exclusionary Rule in the American Law of Search and Seizure, The Exclusionary Rule Regarding Illegally Seized Evidence“, *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, No. 52, Northwestern University Pritzker School of Law, 1961.
- Gray D., Cooper M., McAloon D., „The Supreme Court’s Contemporary Silver Platter Doctrine“, *Texas Law Review*, No. 91, Texas, 2012.
- Jovanović M., *Nezakoniti dokazi u krivičnom postupku – evropski standardi i domaće zakonodavstvo*, Novi Sad, 2020.

- Kamisar Y., „Comparative Reprehensibility and the Fourth Amendment Exclusionary Rule“, *Michingen Law Reviw*, No. 86, Michingen, 1987.
- Karas Ž., Jukić M., „Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 16, br. 2, Zagreb, 2009.
- King R., „The International Silver Platter and the „Shocks the Conscience“ Test: U.S. Law Enforcement Overseas“, *WASH. U. L. Q.*, No. 67, Washington, 1989.
- Martinović I., Kos D., „Nezakoniti dokazi: Teorijske i praktične dvojbe u svijetlu Evropskog suda za ljudska prava“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 23, br. 2, Zagreb, 2016.
- Murray J., *The Oxford English Dictionary*, 1970, Oxford.
- Obradović B., Župan I., „Plodovi otrovne voćke“ u hrvatskom i poredbenom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 18, br. 1, Zagreb, 2011.
- Pavišić B., Kunštek E., „Tranzicije evropskih krivičnih postupaka“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije, stanje i perspektive*, Niš, 2009.
- Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018.
- Petrak M., *Traditio Iuridica II*, Zagreb, 2016.
- Platon, *Državnik*, Beograd, 2008.
- Renucci J., *Code de Procédure Pénale*, Dalloz, Paris, 2005.
- Schroeder F., *Strafprozeßrecht*, Beck, München, 2001.
- Triplett A., „Iowa’s Exclusionary Rule: Expanding the Application of the Exclusionary Rule During Sentencing Hearinings Under the Iowa Constitution“, *Drake Law Review*, vol. 63, Drake, 2015.

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 28.09.2021.
Prihvaćen: 14.10.2021.

PREGLEDNI RAD

DRAGAN PANTIĆ

USTANOVA ZAŠTIĆENOG SVEDOKA U SRPSKOM OBIČAJNOM PRAVU

Savremene nedoumice u vezi sa zaštićenim svedocima poslednjih godina su pobudile naročito interesovanje u domaćoj procesnoj teoriji i praksi. Zbog toga se u ovom radu istražuje postojanje elemenata srpskog običajnog prava u savremenom procesnom zakonodavstvu Srbije. Naime, ističe se postojanje ustanovesoka – zaštićenog (tajnog) svedoka, rasprostranjene u običajnim pravima mnogih slovenskih naroda. To će biti polazna osnova za ispitivanje u kojoj meri ova savremena procesnopravna ustanova ima veze sa onom iz slovenske pradavnine. Zatim se analizira primena ovog dokaznog sredstva u srpskom srednjovekovnom procesnom pravu. Najviše naučne građe o tome pruža sudska praksa Dubrovačke Republike iz XV i XVI veka, gde se u spisima sa sudskih procesa, u kojima su učestvovali Srbi iz zaleđa, uočava često korišćenje ovog dokaznog sredstva. Ova procesnopravna ustanova održala se u pravnom životu Srba u Crnoj Gori, Hercegovini i Boki sve do kraja XIX veka. Na kraju, uporednom analizom savremene pravne ustanove zaštićenog svedoka i soka kao ustanove (starog srpskog) običajnog prava, biće ukazano na činjenicu da su se nekadašnji i sadašnji pravosudni sistemi suočavali sa istim problemima povodom zaštite svedoka, kao i da su ih rešavali na veoma sličan način.

Ključne reči: svedok, zaštićeni svedok, običajno pravo, sok, sodžbina

U V O D

Poslednjih decenija razvijene države se sve više suočavaju sa problemom terorizma i organizovanog kriminala. Za suzbijanje takvih pojava naročito je aktuelan procesni institut zaštićenog svedoka. I u našem krivičnoprocesnom

Dr Dragan D. Pantić, advokat u Velikom Gradištu, e-mail: dr.pantic68@gmail.com.

zakonodavstvu je u poslednjoj deceniji naročita pažnja bila posvećena zaštiti svedoka. Štaviše, usvojeno je više zakona kojima se uređuje ova oblast.

Dokazivanje izvršenja teških krivičnih dela i zaštita svedoka koji pomažu u rasvetljavanju zločina bilo je aktuelno i u prošlosti, naročito zbog toga što se živelo u institucionalno nerazvijenom društvu u kome su se teško prikupljali dokazi od zatvorenih društvenih grupa. Javno svedočenje predstavljalo bi veliku opasnost za svedoka i njegovu porodicu, dok država nije bila na takvom stupnju razvoja da bi obezbedila fizičku zaštitu. Zato se zaštita svedoka sprovodila skrivanjem njegovog identiteta. Takav tajni svedok, čiji je identitet bio po pravilu skriven od opšte javnosti i od okrivljenog, a često i od samog suda, nazivao se – *sok*.

Sok vodi poreklo iz slovenske pradavnine. Dokazno sredstvo soka koristi se u običajnom pravu slovenskih naroda od najstarijih vremena. Osim u starosrpskom pravu, ustanova soka je bila poznata i u staroruskom, litvanskom i češkom pravu, što govori u prilog shvatanju o zajedničkom poreklu ove ustanove.¹ Najviše podataka o soku nalazimo u srednjovekovnim pravnim izvorima, naročito u sudskim spisima Dubrovačke Republike. U krivičnim sudskim procesima u kojima su kao stranke učestvovali Srbi iz zaleđa, dubrovačke sudske vlasti su dopuštale primenu srpskog običajnog prava. Na taj način je u pravosudni sistem Dubrovačke Republike uvedena pravna ustanova porote, gde su se mogla koristiti, osim zakonskih, i sva druga dokazna sredstava. Najznačajnije je bilo saslušanje soka.

Svakako da je pravna ustanova soka bila u upotrebi i u drugim krajevima u kojima su živeli Srbi. Ona se održala dugo vremena u običajnom pravu našeg naroda, bez obzira na propast srednjovekovne države i potpadanje pod tursku vlast. To se najbolje uočava u krajevima u kojima se očuvao autonomni društveni život i samostalno sudstvo, zasnovano na običajnim pravilima. Procesna ustanova soka se koristi u pojedinim oblastima Crne Gore, Hercegovine, Boke i severne Albanije, sve do početka XX veka. Jačanjem države i sudske organizacije prestajala je primena običajnih pravila o soku.

SAVREMENA PROCESNA REŠENJA U VEZI SA USTANOVOM ZAŠTIĆENOG SVEDOKA

U pravu Republike Srbije zaštita svedoka u krivičnom postupku, regulisana je Zakonikom o krivičnom postupku (u daljem tekstu: ZKP) iz 2011. godine.² U njemu su propisani osnovna zaštita svedoka (čl. 102. ZKP), zaštita posebno

¹ Konstantin Jireček, *Istorija Srba II*, Zmaj, Beograd, 1990, 129.

² *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21.

osetljivih svedoka (čl. 103. i 104. ZKP) kao i mere koje se odnose na zaštićenog svedoka (čl. 105–112. ZKP). U čl. 102. predviđena je obaveza suda da svedoka zaštititi od uvrede, pretnje i svakog drugog napada. Takođe, istim članom predviđeno je da će sud lice koje preti ili ugrožava bezbednost svedoka opomenuti ili novčano kazniti, a u slučaju ozbiljne pretnje obavestiti javnog tužioca radi preduzimanja krivičnog gonjenja. Javni tužilac ili sud mogu zahtevati da policija preduzme mere zaštite oštećenog ili svedoka u skladu sa zakonom. Zakonom o programu zaštite učesnika u krivičnom postupku uređena je materija o fizičko-tehničkoj zaštiti svedoka.³

Procesnopravni položaj naročito osetljivih svedoka regulisan je u čl. 103. ZKP posle opštih pravila o načinu saslušanja svedoka. Odredbama čl. 105–111. ZKP propisano je da će sud pružiti posebnu zaštitu svedoku i oštećenom. Takva zaštita se naročito odnosi na zaštićene svedoke, koji su i formalno dobili takav naziv. Mere posebne zaštite takvog svedoka obuhvataju njegovo ispitivanje na takav način da se ne otkrije njegov identitet, kao i mere njegovog fizičkog obezbeđenja u toku postupka. Rešenje o merama posebne zaštite svedoka sud može doneti po službenoj dužnosti, ili na zahtev javnog tužioca ili samog svedoka. U toku istrage, rešenje o merama posebne zaštite svedoka donosi sudija za prethodni postupak, a nakon potvrđivanja optužnice na pravnu snagu – sudsko veće. Posebno je uređen način ispitivanja zaštićenog svedoka, i to isključivanjem javnosti sa glavnog pretresa, prikrivanjem izgleda svedoka i svedočenjem iz posebne prostorije uz promenu glasa i lika svedoka posredstvom tehničkih uređaja. Zaštićeni svedok potpisuje zapisnik pseudonimom. Podaci o zaštićenom svedoku predstavljaju tajne podatke i isti se u zapečaćenom omotu predaju na čuvanje sudiji za prethodni postupak. Odredbe o zaštićenom svedoku shodno se primenjuju i na zaštitu prikrivenog islednika (čl. 112. ZKP). Nadalje je propisano da se presuda ne može zasnivati samo na iskazu zaštićenog svedoka, a obaveza suda je da lica koja prisustvuju ispitivanju zaštićenog svedoka upozori na dužnost čuvanja tajne o identitetu zaštićenog svedoka.

Status svedoka u krivičnom postupku zaštićeni svedok ima na osnovu opštih procesnih pravila, što znači da se ne radi o posebnoj vrsti svedoka. Međutim, prilikom njegovog ispitivanja preduzimaju se mere posebne zaštite kojima se znatnije odstupa od standardnih pravila ispitivanja svedoka.

U našem pozitivnom krivičnoprocesnom zakonodavstvu predviđeno je da javni tužilac može zaključiti sporazum o priznanju krivičnog dela sa okrivljenim (čl. 313–326. ZKP). Poseban procesnopravni položaj u krivičnom postupku ima okrivljeni saradnik koji se ranije terminološki označavao kao svedok saradnik. Njegova dužnost je da na sudu daje istinit iskaz. Ukoliko je okrivljeni saradnik ispunio

³ *Službeni glasnik RS*, br. 85/05.

svoju dužnost, rešenje o prihvatanju sporazuma o svedočenju postaje obavezujuće za sud koji vodi postupak. U tom smislu su prvostepeni i drugostepeni sud vezani dogovorom postignutim između javnog tužioca i okrivljenog u pogledu krivične sankcije, troškova postupka, oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom, kao i sporazumom u pogledu imovinskopravnog zahteva i oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela.

Ukoliko okrivljeni saradnik ne postupi u skladu sa preuzetim obavezama i uskrati davanje podataka ili izvrši novo krivično delo, sud mu rešenjem ukida status saradnika i stavlja van snage rešenje o sporazumu. Od tog trenutka se prema njemu sprovodi postupak kao prema okrivljenom. Ovde se radi o posebnom subjektu „hibridnog“ karaktera, koji poseduje procesne osobine kako svedoka, tako i okrivljenog. Ali, on je pre svega okrivljeni imajući u vidu da neispunjenjem obaveze može izgubiti status saradnika i protiv njega se nastavlja krivično gonjenje.⁴

Sporazum o svedočenju sa javnim tužiocem može zaključiti i osuđeno lice, čime postaje osuđeni saradnik. On je zaključenjem sporazuma u obavezi da saopštava nadležnim pravosudnim organima podatke o nekom drugom krivičnom delu i, u slučaju ispunjenja preuzetih obaveza, stiče uslov za preinačenje pravnosnažne presude odnosno ublažavanje kazne (čl. 327–330 ZKP).

POJAM SOKA ZAŠTIĆENOG (TAJNOG) SVEDOKA U OBIČAJNOM PRAVU SLOVENSКИH NARODA

Procesnopravna ustanova soka je od davnina poznata u običajnom pravu slovenskih naroda. Učešće soka u sudskom postupku odnosi se na svedočenje. Međutim, procesni položaj soka i običnog svedoka razlikuju se, pre svega, po tome što je sok tajni svedok, čiji je identitet po pravilu skriven od opšte javnosti i samog okrivljenog, a u najstarijoj fazi najčešće i od samog suda. Sok je zaključivao dvostrano obavezan sporazum s oštećenim, pri čemu je bio u obavezi da pruži sudu sve podatke o izvršenom delu, a zauzvrat je dobijao nagradu koja se nazivala *sodžbina*. Ponekad je sok delovao preko posrednika – *sokodržice*, koji je istupao u njegovo ime i čuvao skriven njegov identitet.

U pisanim aktima srpskog srednjovekovnog zakonodavstva ne susreće se pojam soka. Međutim, to ne znači da sok nije postojao u sudskoj praksi. U srednjem veku je samo manji deo pravnih odnosa bio regulisan zakonom, dok je veći deo

⁴ Milan Škulić, *Osnovne novine u krivičnom procesnom pravu Srbije: izmene i dopune Zakonika o krivičnom postupku i odredbe Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima*, Beograd, 2009, 29.

bio regulisan običajnim pravom. Zakonodavac je tada regulisao samo ono što ga je iz praktičnih razloga interesovalo, dok je sve ostalo ostavljano običajnom pravu i sudskoj praksi.⁵ Ta činjenica jasno pokazuje da je običajno pravo kod slovenskih naroda imalo veliki značaj, čak dugo vremena nakon što je bilo uvedeno državno sudstvo. Primena normi starog običajnog prava najduže se održala u postupku dokazivanja pomoću svoda i sočenja.⁶

Reč sok je kod nas prvi zabeležio Vuk Karadžić u svom *Srpskom rječniku*, gde je naveo pojmove – *sok*, *sočiti* i *prosočiti*. Izraz sok u smislu tajnog svedoka zabeležio je samo u Crnoj Gori, dok u Sokolskoj nahiji sok nije imao značenje tajnog svedoka, već običnog svedoka.⁷

Izraz sok poznat je u starom češkom, ruskom, litvanskom i srpskom pravu, što ukazuje na veliku starinu te ustanove i zajedničko slovensko poreklo.⁸ Sok i sodžbina su smatrani veoma drevnom ustanovom, pri čemu su pojedini pravni istoričari njeno poreklo datirali u daleku prošlost, navodeći čak da reč *sok* potiče od indoevropske reči *sokey*.⁹ Neki autori su ukazivali da etimološki koren reči upućuje na glagol *suočiti*, tj. ubeđivati nekoga „oči na oči“, te su sinonimi reči *suočnik-souk-sok*,¹⁰ dok su drugi smatrali da se reč sok izvodi od reči *svjedok*, koja se upotrebljavala u srpskim krajevima, i da je srodna sa češkom i poljskom reči *sok* koja znači *klevetnik*.¹¹

Postoje različita mišljenja u vezi sa pravnim položajem ustanove soka. Neki pravni istoričari smatraju soka tužiocem ili potkazivačem prilikom kakve krađe. Oni ukazuju da je često i sam sok bio kradljivac koji je od ukradenog dobra hteo da izvuče koristi.¹² Drugi, koji prihvataju mišljenje da je sok tužilac, objašnjavaju insitut soka i sodžbine tako što je sodžbina sokova nagrada, a sokodržica je posrednik koji istupa javno protiv krivca u dogovoru sa sokom, dok sok hoće da

⁵ Feodor Taranovski, *Istorija srpskog prava u Nemanjičkoj državi II*, Geca Kon, Beograd 1931, 129.

⁶ Karel Kadlec, *Prvobitno slovensko pravo pre X veka* (preveo i dopunio F. Taranovski), Geca Kon, Beograd, 1924, 129.

⁷ Vuk Karadžić, *Srpski rječnik: istumačen njemačkim i latinskim riječma*, Štamparija jermenskog manastira, Beč, 1852, 699.

⁸ K. Jireček, op. cit., 129.

⁹ Vladimir Mažuranić, *Prinosi za hrvatski pravno povijestni rječnik*, IX, Zagreb, 1920, 1345.

¹⁰ Aleksa Jovanović, *Prinosci za istoriju starog srpskog prava II*, Nova trgovačka štamparija, Beograd, 1900, 28.

¹¹ Georg Popović, *Recht und Gericht in Montenegro*, Zagreb, 1877, 86.

¹² K. Jireček, op. cit., 129.

ostane tajan.¹³ Postoji mišljenje da je sok imao ulogu naročito istraživača – dostavljača u krivičnim delima, odnosno da se radi o zvanju državnog činovnika u smislu „sudijinog sokalnika“ iz Dušanovog zakonika, kome je dužnost bila da pronalazi prestupnike.¹⁴ Pojedini autori su mišljenja da je sok lice kome je dužnost da traga za zločinom i zločincem, odnosno da se radi o nekoj vrsti privatnih detektiva koji su radili u potaji tako da zločinac ne bi znao ko ga je sočio. Iznos isplaćene sodžbine ulazio bi u troškove postupka, dok bi osuđeni bio obavezan da naknadi oštećenom takve troškove.¹⁵ Sok je smatran i potkazivačem koji radi za oštećenu stranu, pri čemu se upoređuje sa potkazivačem koji se spominje u srednjovekovnim srpskim hrisovuljama – *navodčijom*.¹⁶ Soku su davane i natprirodne osobine, tako da ga neki autori smatraju čarobnjakom koji svojim moćima pronalazi izgubljene stvari.¹⁷

Pojam sodžbine susrećemo u čl. 49. Statuta Ninske lige, gde je propisano da ukoliko oštećenik uz pomoć soka sazna ko ga je pokrao i osumnjičenog upita o tome – a ovaj porekne, u slučaju da se utvrdi da je zaista osumnjičeni izvršio predmetno delo, „sve njegovo u porob“.¹⁸ Ovaj Statut se smatra veoma starim (potiče iz 1103. godine) i predstavlja pravila teritorijalizovanih Vlaha pod Mletačkom vlašću u ninskoj oblasti. Oni su uživali izvesnu autonomiju u okviru koje su doneli ovaj statut.¹⁹ Sok se spominje i u Vinodolskom zakonu iz 1288. godine: u čl. 45 ovog zakona propisana je visina sodžbine koja se soku može isplatiti.²⁰

Češki istorijskopравни izvori sadrže više podataka o ustanovi soka nego istorijskopравни izvori kod drugih slovenskih naroda. Sok se najpre pominje u Statutu Konrada Ota iz 1222. godine. Osobenost procesnopravnog položaja soka po ovom statutu je izrazita strogost prilikom kažnjavanja soka ako bi lažno optužio okrivljenog.²¹ Pojedini češki istoričari procesnopравни položaj soka objašnjavaju prema

¹³ V Mažuranić, op. cit., 1345.

¹⁴ A. Jovanović, op. cit., 29.

¹⁵ Marko Kostrenčić, „Sok“, *Narodna enciklopedija srpsko-hrvatsko-slovenačka*, IV (prir. S. Stanojević), Budućnost, Novi Sad, 2001, 263.

¹⁶ F. Taranovski, op. cit., 15.

¹⁷ Jullius Lippert, *Social geschichte Boehmens in vorhusstischer Zeit*, Wien, 1896,

¹⁸ Vladimir Mažuranić, *Prinosi za hrvatski pravno-povijestni rječnik*, VII, Zagreb, 1918, 1011.

¹⁹ Branislav Nedeljković, „Sok i sodžbina u starom srpskom pravu“, *Istorijski časopis*, br. 7, Beograd, 1957, 69.

²⁰ Dragoslav Janković, *Istorija države i prava feudalne Srbije XII–XV vek*, dodatak: *Vinodolski zakon (O Vinodolskom zakonu tekst Vinodolskog zakona)*, Naučna knjiga, Beograd, 1957, 163–164.

²¹ Aleksandar Solovjev, *Istorija slovenskih prava; Zakonodavstvo Stefana Dušana cara Srba i Grka*, Službeni list SRJ, Beograd, 1998, 160.

pravnom položaju koji je sok imao u Crnoj Gori, navodeći da se radi o starom slovenskom pravu u kome se, kao i u germanskom, za dokazivanje izvršenja krivičnog dela koristio procesnopravni institut soka.²² Neki autori smatraju pogrešnim nazivati soka sudskim službenikom, privatnim detektivom ili čovekom sa posebnim moćima. Po njima, radi se o običnom čoveku koji je bio svedok zločina ili je naišao na tragove zločina i o tome obavestio oštećenog, a ukoliko je bilo potrebno saopštio bi te činjenice sudu.²³ Ukazuje se i da je reč sok u svim slovenskim jezicima u svom korenu imala značenje tužioca, a tek u drugom redu se koristila u smislu potkazivača. Kod Čeha već u XIII–XIV veku, a kod Rusa znatno kasnije, prevlađuje ovaj drugi smisao iste reči.²⁴ Postoji mišljenje da se češki sok razlikuje od staroslovenskog u pravnom i filološkom smislu.²⁵ Neki pravni istoričari razliku vide u tome što češki sok predstavlja tužioca. On može postupati nezavisno od oštećenog, koji mu se može pridružiti da bi zajedno dokazali krivicu osumnjičenog, dok staroslovenski sok reaguje tek na javni poziv oštećenog i ne nastupa nezavisno od njega.²⁶ Primena pravila staroslovenskog običajnog prava o soku prestaje u Češkoj do kraja XIII veka, dok se nadalje u pravnim spisima nalaze podaci samo o češkom soku.²⁷ Nasuprot njima, pojedini pravni istoričari poistovećivali su češkog soka sa staroslovenskim.²⁸

Ustanova soka je poznata i u zapadnoruskim pravnim izvorima. Pojedini ruski istoričari bili su u nedoumici da li je sok niži sudski činovnik ili špijun.²⁹ Opšta pravila o soku sadrži Zakonik litvanskog kralja Kazimira I iz 1468. godine. U nekoliko odredaba sok se spominje u smislu privatnog islednika, isto kao u Crnoj Gori.³⁰ Prvi Litvanski statut donet je 1529. godine. Ovaj pravni spomenik napisan je ruskim jezikom i u njemu se nalaze pravila o soku.³¹ Iz malobrojnih pravnih izvora može se zaključiti da je procesnopravni položaj zapadnoruskog soka,

²² Hermenegild Jirecek, *Slovenske pravo v Cechach a na Morave*, I, Praha, 1863, 177.

²³ Josef Markov, *Puvod- sok, a jeho misto v systemu Ceskeho stredovekeho pruvodniho rizeni*, Praha, 1928, 6.

²⁴ J. Markov, op. cit., 8.

²⁵ A. Jovanović, op. cit., 28.

²⁶ Miloslav Stieber, *K vyvoji spravy*, Praha, 1901, 185.

²⁷ M. Stieber, op. cit., 186.

²⁸ V. J. Lippert, op. cit., 378; G. Popović, op. cit., 86; J. Markov, op. cit., 7.

²⁹ V. Mihail Jasinski, *Ustavnaia zemskija gramota litovsko ruskogo gosudarstva*, Kiev, 1889, 190; Mihail Vladimírski Budanov, *Hrestomatija po istorii ruskogo prava*, II, Kiev, 1889, 41.

³⁰ A. Solovjev, op. cit., 289.

³¹ *Ibidem*.

uz izvesne specifičnosti, bio najbliži procesnopravnom položaju soka kod drugih južnoslovenskih naroda. U zapadnoruskim istorijskopравnim izvorima ne nalaze se odredbe o posredniku – zastupniku soka, koji bi nastupio u njegovo ime, skrivajući njegov identitet, već bi sok morao lično da prisustvuje suđenju i iznese optužbu protiv okrivljenog. Međutim, postojala je mogućnost da sok dostavi izjavu u pisanoj formi ne dolazeći na suđenje, jer se vodilo računa o reputaciji osumnjičenog, naročito ako nisu postojali drugi dokazi osim izjave soka.

PRAVA I OBAVEZE SOKA PREMA SUDSKIM SPISIMA IZ DUBROVAČKE ARHIVE XV I XVI VEKA

Najviše pisanih podataka o soku nalazi se u Arhivu Dubrovačke Republike, gde su sačuvani podaci o sudskim procesima koje su u XV i XVI veku vodili pripadnici Dubrovačke Republike sa žiteljima srpskog porekla iz zaleđa. Uglavnom se radi o procesima u kojima su učesnici sa sela, a koji u krivičnom postupku koriste srpsko običajno pravo. Takva sudska praksa predstavlja važan pravni izvor za proučavanje ove procesnopravne ustanove.

Primajući krivičnu prijavu u kojoj je kao dokaz predložena izjava soka, kancelar je činio zabelešku ispod teksta i to tako što bi upisivao *soch* ili *pro sozbina dedit*.³² Nakon toga je započinjao postupak. On je mogao trajati više godina, sve do konačne presude. U Dubrovačkoj republici je, osim redovnog postupka čije je sprovođenje bilo regulisano Statutom, dozvoljavana i primena pravila srpskog običajnog prava u postupcima gde su se pripadnici Republike sporili sa žiteljima srpskog porekla iz dubrovačkog zaleđa. Takođe, bilo je dozvoljeno da se sudski postupci održavaju pred porotom. Porota je najčešće bila mešovita. Sačinjavali su je, pod uslovom da budu jednako zastupljeni, kako Dubrovčani tako i žitelji dubrovačkog zaleđa. U ranijem procesnom pravu Dubrovačke Republike nisu bila sadržana pravila o poroti, jer je Republika svoj pravni sistem razvila pod uticajem rimsko-vizantijskog pravnog sistema, u kome se nije koristila ustanova porote. U dokaznom postupku pred porotom nisu korišćena samo zakonska dokazna sredstva, već su mogla biti korišćena i sva druga uobičajena dokazna sredstva koja su postojala u običajnom pravu. Na taj način su porotnici svoje ubeđenje mogli da steknu brže i jednostavnije od državnog suda, koji je bio obavezan da primenjuje zakonska dokazna sredstva. Porota je kao dokazna sredstva koristila istragu, uviđaj, izviđaj, priznanje, zakletvu stranke, iskaze svedoka bez obzira na maloletstvo i odnos sa strankama, čak i indicije. Ali, najčešće je kao dokazno sredstvo korišćen – sok.³³

³² B. Nedeljković (1957), op. cit., 55.

³³ Branislav Nedeljković, „Pogranična porota“, *Istorijski časopis*, br. 24, Beograd, 1977, 42.

Iz sudskih spisa dubrovačkog suda može se zaključiti da je sok u krivičnom postupku svedok koga sud smatra takvim. Međutim, on je posebna vrsta tajnog svedoka, zbog čega u pogledu pravnog položaja soka i običnog svedoka postoje velike razlike. Najpre, to je ugovor o nagradi, koji se naziva *sodžbina*. Ovaj ugovor sok zaključuje sa oštećenim i obavezuje se da će sudu dati sve podatke potrebne da bi se dokazala krivica osumnjičenog. Jedan deo *sodžbine*, ponekad čak i polovinu, sok je primao unapred, a ostatak po okončanju postupka. Ugovorom o *sodžbini* nastajala je dvostrana obaveza. Sok se obavezivao da vrati primljeni *sodžbinu* i da naknadi štetu oštećenom ako ne bi bilo osuđeno lice koje je prosočio. Oštećeni je imao pravo da tuži soka zbog neispunjenja ugovora o *sodžbini*. Radi naglašavanja ozbiljnosti svoje obaveze, sok je često bio prinuđen da obezbedi jemstvo.³⁴

Druga osobenost pravnog položaja soka sadržana je u činjenici da se radi o tajnom svedoku čiji je identitet po pravilu skriven od okrivljenog, a često i od samog suda. Sud je bio obavezan da čuva skriveni identitet soka od osumnjičenih, jer je u interesu Republike da njen pravni sistem funkcioniše. Ako ga je tužilac predložio u krivičnoj prijavi, sok je davao iskaz pred sudom na početku postupka. Ako je za takav slučaj sud odredio odlučivanje od strane porote, sok je svoj iskaz davao u kasnijoj fazi postupka pred porotnicima. U oba slučaja, sok je svedočio bez prisustva javnosti i saznanja okrivljenog o tome. Sok je bio dužan da govori istinu. On je svoj iskaz davao pod zakletvom. U slučaju odbijanja zakletve, predloženo lice bi gubilo položaj soka.³⁵ Kako bi se sakrio identiteta soka, u sudske spise se najčešće nije upisivalo njegovo ime, već se samo konstatovalo da se radi o svedoku – soku.³⁶ Nakon iskazivanja svega što mu je poznato u vezi predmetnog krivičnog dela, sok je izjavljivao koliko iznosi ugovorena *sodžbina* i koliko je primio unapred.³⁷ Troškovi učinjeni na ime *sodžbine* smatrani su troškovima krivičnog postupka. Posle oglašavanja optuženog za krivca, krivac je bio dužan da oštećenom naknadi troškove.

Bilo je slučajeva kada sok nije skrivao svoj identitet pred sudijama ili porotom, dok je u nekim slučajevima sok bio nepoznat čak i samom sudu. Sok je bio ovlašćen da na osnovu pravila sudskog postupka ostane anonimn, i on je takvo svoje ovlašćenje obično koristio. Svedoci, koji su naročito pozvani za tu svrhu,

³⁴ Branislav Nedeljković, *Mešovita porota, Dubrovačka dokumenta XIV i XV veka o pograničnoj poroti*, Mešovita građa, knjiga 6, Istorijski institut, Beograd, 1978, 25; B. Nedeljković (1957), op. cit., 68.

³⁵ B. Nedeljković (1978), op. cit., 45.

³⁶ B. Nedeljković (1957), op. cit., 66.

³⁷ B. Nedeljković (1977), op. cit., 27.

potvrđivali su sudu verodostojnost iskaza soka.³⁸ Ukoliko bi sok davao iskaz pred porotom, njega bi saslušavao samo jedan ili dvojica porotnika, dok bi za ostale njegov identitet takođe ostajao nepoznat.³⁹

U praksi su se događali i slučajevi da je sok bio jedan od izvršilaca krivičnog dela. U tom slučaju, motiv soka za sočenjem bio je pre svega da izbegne svoje kažnjavanje, ali i da eventualno dobije neku nagradu. Obično se radilo o licima koja su kao pripadnici grupe bili očevici izvršenog dela ili su imali učešće manjeg značaja, poput čuvanja straže.⁴⁰ Međutim, neposredni izvršioци krivičnih dela i organizatori kriminalne grupe nisu mogli računati da će dobiti položaj soka.⁴¹

Iako je predstavljao najznačajnije dokazno procesno sredstvo, sok ipak nije bio jedino takvo sredstvo. Već tada se težilo ka tome da se obezbedi što više dokaza, zbog čega se izbegavalo da se presuda zasniva samo na iskazu soka. Po pravilu, iskazom soka se nije okončavao postupak, već je sud nastavljao sa izvođenjem drugih dokaza.⁴²

Sok je imao ogroman značaj u očuvanju javnog reda, mira i zaštiti materijalnih interesa, kako građana Dubrovačke Republike tako i stanovništva iz zaleđa. Zbog toga je glavna dužnost i obaveza suda bila da identitet soka čuva kao strogu tajnu. Tadašnje društvo nije imalo dovoljno razvijen mehanizam fizičko-tehničke zaštite svedoka od osвете okrivljenih, koji bi zastrašivanjem mogli da odvrate svakog mogućeg soka od davanja iskaza. Zbog toga se zaštiti soka skrivanjem njegovog identiteta poklanjala puna pažnja. Sok je sasvim pouzdano mogao računati da njegov identitet neće biti otkriven, kao i da će za opštu javnost i okrivljenog ostati potpuno nepoznat.

PRIMENA OBIČAJNIH PRAVILA O SOKU U CRNOJ GORI, HERCEGOVINI I BOKI U XIX VEKU

Ustanovom soka najpodrobnije se bavio znameniti naučnik Valtazar Bogišić, proučavajući pravne običaje Južnih Slovena. On je pouzdano utvrdio da se sve do kraja XIX veka ustanova soka koristila u Crnoj Gori, Hercegovini i Boki.⁴³

³⁸ B. Nedeljković (1957), op. cit., 59

³⁹ B. Nedeljković (1977), op. cit., 26.

⁴⁰ B. Nedeljković (1957), op. cit., 66.

⁴¹ B. Nedeljković (1957), op. cit., 67; B. Nedeljković (1978), op. cit., 123.

⁴² B. Nedeljković (1977), op. cit., 29.

⁴³ Valtazar Bogišić, *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena, Knjiga prva, Građa u odgovorima iz raznih krajeva Slovenskog Juga*, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1874, 563–564 i 639.

Na osnovu podataka prikupljenih anketom koju je 1873. Godine vršio o pravnim običajima na tim prostorima, Bogišić je utvrdio da se izvođenje dokaza saslušanjem soka još uvek preduzima u Crnoj Gori i Hercegovini, kao i u severnoj Albaniji, gde se sok zove *kapucar*, a sodžbina *kalzi*.⁴⁴ Geografski posmatrano, oblast u kojoj se ustanova soka koristila prostirala se na krajeve između Neretve, Drima i Bojane.⁴⁵

U XIX veku procesna ustanova soka retko se koristila kao dokazno sredstvo. Jačanjem državne uprave i sudske organizacije, pravila običajnog prava o soku sve su ređe primenjivana. Ustanova soka se više nije pojavljivala kao dokazno sredstvo ni na teritoriji pod jurisdikcijom Dubrovačke Republike niti u oblastima pod turskom upravom.⁴⁶ Prostori na kojima se održala u upotrebi ustanova soka predstavljaju specifičan teren, na kome se zbog nerazvijene privrede zadržao autonomni plemenski život. U srpskoj srednjovekovnoj državi, i pre njene propasti, stočarske grupe su imale slobodan unutrašnji život i seosku samoupravu u okviru koje je delovao seoski sud.⁴⁷ U toku turske vladavine pomenute povlastice nisu ukidane. Od podanika se očekivalo samo vršenje vojnih usluga i naplata određenih poreza. Takve oblasti su najčešće bile u nemirnom graničnom području. Budući da je turskoj državi bila potrebna vojna pomoć plemena iz ovih oblasti, ona nije previše istrajavala na uspostavljanju svog pravnog poretka.⁴⁸

Zbog takvih okolnosti, unutrašnji autonomni život u pomenutim krajevima sa utvrđenom unutrašnjom organizacijom plemena i bratstva bio je regulisan običajnim pravom, tj. nepisanim zbornikom pravnih običaja (*ius non scripta*). On se održao sve do kraja XIX veka. Plemensku organizaciju činili su organi poput suda, zbora i glavara. Svaki novonastali spor rešavao se samosudom (što je bilo dopušteno) ili posredstvom zajednice – na zboru ili sudu. Sud je mogao biti glavarski ili izabrani sud dobrih ljudi. Ako bi spor izbio između plemena, on je rešavan na „stanku“ oba plemena ili pred izabranim sudijama iz oba plemena.⁴⁹

U takvoj plemenskoj zajednici bilo je teško zamisliti javno svedočenje protiv pripadnika svog plemena, jer bi to za posledicu moglo imati osvetu ili isključenje iz zajednice. Zato je najprirodnije dokazno sredstvo pred plemenskim ili međuplemenskim

⁴⁴ Valtazar Bogišić, *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji, Izabrana djela*, IV, JU Unireks MB, ITP Unireks, Beograd–Podgorica, 1999, 287– 291.

⁴⁵ B. Nedeljković (1957), op. cit., 68.

⁴⁶ *Ibidem*, 69.

⁴⁷ F. Taranovski (1931), op. cit., 147.

⁴⁸ B. Nedeljković (1957), op. cit., 71.

⁴⁹ *Ibidem*, 73.

sudom bio sok. S druge strane, zbog čvrstih rodbinskih veza i solidarnosti svih članova zajednice kojoj je pripadao, sok se nije smatrao časnom osobom i retko ko je javno priznavao da je bio sok.⁵⁰ Nije se smatrao nepoštenim samo onaj koji je sočio protiv tuđinca, u korist siročeta ili nije uzeo sodžbinu.⁵¹

Sodžbina se u pomenutim krajevima odnosila pretežno na otkrivanje krivičnog dela krađe, ali se mogla odnositi i na paljevinu, grabež i sve druge štete.⁵² Oštećeni bi javno oglašavao, najčešće na skupštini ili zboru, da je pokraden. On je najpre lično ili preko glavara nudio javno oprostaj od kazne, kumstvo ili pobratimstvo, a često i neki dar, ukoliko mu se stvar vrati. Nakon toga je sledilo proklinjanje krivca u mestu izvršenja, što je moglo imati efekta u sujevnom i nerazvijenom društvu. Ako bi krivac ostao nepoznat i nakon toga, oštećeni bi jednostranom izjavom volje preuzimao obavezu da isplati novčanu nagradu svakome ko zna za izvršioca dela i pristane da o tome tajno svedoči na sudu.⁵³ Ako se niko ne bi prihvatio soćenja, javno ponuđena nagrada – sodžbina, bila je povećana, te je u početku često po vrednosti bila viša od vrednosti ukradene stvari. Kasnije je određeno da visina javno obećane nagrade ne sme biti viša od vrednosti same stvari.⁵⁴

Sok je lice koje zna krivca. Najčešće je to neko od siromašnijih ljudi ko iz ekonomskog interesa pristaje na zaključenje sporazuma o sodžbini. Prilikom zaključenja ugovora o sodžbini, sok je dobijao jedan deo sodžbine unapred kao predujam.⁵⁵ Oštećeni i sok su zaključivali ugovor koji je bio dvostrano obavezan, kao u praksi dubrovačkog suda. Sok je primao nagradu na ime soćenja, a njegova obaveza je bila da prosoči pravog krivca koji će biti oglašen krivim i osuđen. U slučaju da nije prosočen pravi krivac, sok je bio dužan da vrati sodžbinu, plati sve nastale troškove i dangubu sudu, oštećenom i prosoćenom.⁵⁶

Često sok radi svoje bezbednosti nije želeo da njegov identitet sazna ni oštećeni, te je koristio posrednika kome bi ispričao sve što zna u vezi predmetnog dela. Takav posrednik se zvao *sokodržica*. To je obično bivao neko od čestitijih ljudi koji je ugledan u društvu, a u koga je sok imao poverenje. On posreduje da se spor reši van suda, a ukoliko dođe do suđenja, onda istupa umesto soka i iznosi sve ono što mu je sok saopštio. U slučaju da optuženi bude osuđen, sodžbina se isplaćuje preko

⁵⁰ G. Popović, op. cit., 86.

⁵¹ V. Bogišić (1999), op. cit., 289.

⁵² B. Nedeljković (1957), op. cit., 75.

⁵³ V. Bogišić (1999), op. cit., 286.

⁵⁴ V. Bogišić (1874), op. cit., 564.

⁵⁵ G. Popović, op. cit., 86.

⁵⁶ V. Bogišić (1999), op. cit., 288.

sokodržice. Sokodržica je odgovarao za istinitost iskaza koje je davao. On je predstavljao u isto vreme jemca za slučaj lažnog sočenja.⁵⁷

Sok je, dakle, tajni svedok, a samo izuzetno to nije bio slučaj. Zbog toga su se u plemenskom društvu morali čuvati u tajnosti podaci o njegovom identitetu. Sok je ostajao nepoznat zahvaljujući sokodržici. Međutim, u slučaju da je oštećeni poznavao soka, njegova dužnost je bila da čuva soku anonimnost. Na sudu bi samo saopštio da ima soka i kakve mu je informacije o izvršenom delu saopštio sok, ne pominjući njegovo ime. Samo po potrebi, oštećeni bi ime soka saopštio jednom od sudija – glavara, u koga je imao poverenja i koji bi anonimnost soka sačuvao od drugih sudija. Tek u slučaju preke potrebe, sok bi izlazio pred sud. U tom slučaju, on je bio dužan da saopšti sve što zna pod pretnjom kažnjavanja kao krivac. Okrivljenom, koji bi saznao identitet soka, bilo je zaprećeno strogim kažnjavanjem ukoliko naudi soku.⁵⁸

ZAKLJUČAK

Pravna ustanova soka potiče iz slovenske pradavnine. Običajna pravila o soku kao tajnom svedoku imala su široku primenu u našem srednjovekovnom procesnom pravu. Takva procesna ustanova održala se u nekim našim krajevima sve do kraja XIX veka. Razvojem savremene države i sudske organizacije prestajala su da se primenjuju pravna pravila o soku. Krajem XX veka, zbog jačanja organizovanog kriminala, pravni institut zaštićenog svedoka ponovo postaje aktuelan. Ta ustanova danas ima široku primenu u razvijenijim državama Zapadne Evrope i SAD, a u poslednjim decenijama i kod nas.

Sadašnji zaštićeni svedok, kao i nekadašnji sok, imaju položaj svedoka u krivičnom postupku. Svedočenjem protiv izvršilaca teških krivičnih dela oni dovode u opasnost svoj život, telo, zdravlje, slobodu ili imovinu većeg obima ili ista dobra njima bliskih lica, zbog čega im sud omogućava posebne mere zaštite. Takve mere se u savremenom krivičnoprocesnom pravu sprovode donošenjem posebnog rešenja, dok se položaj soka dobija upisom zabeleške u sudske knjige prilikom podnošenja prijave (kod dubrovačkog suda) ili odobravanjem položaja od strane sudija – glavara (kod seoskog suda).

U ZKP-u je predviđena mogućnost pisanog sporazuma javnog tužioca sa okrivljenim saradnikom i osuđenim saradnikom, pod uslovom da se u sporazumu jasno preciziraju međusobne obaveze, odnosno šta ova lica treba da izjave u sudskom

⁵⁷ *Ibidem*, 290.

⁵⁸ *Ibidem*, 287.

postupku i kakav ih ishod očekuje u tom slučaju. Takođe, sok je zaključivao dvostrano obavezni sporazum sa oštećenim u kome su precizirane obaveze soka da prosoči prave krivce i pruži sudu sve dokaze za njihovu osudu. Zauzvrat, on bi dobijao novčanu nagradu – sodžbinu, i, svakako, izbegao kažnjavanje ukoliko je bio učesnik prilikom izvršenja krivičnog dela. U toku samog postupka dobijeni status mogao se izgubiti. Okrivljeni saradnik gubi takav položaj ukoliko ne postupio po preuzetim obavezama i uskrati davanje podataka značajnih za dokazivanje izvršenja krivičnih dela, dok sok položaj gubi odbijanjem polaganja zakletve, što posredno ukazuje na uskraćivanje davanja istinitog iskaza.

Najsigurniji način zaštite svedoka predstavlja skrivanje njegovog identiteta (istovetnosti). Zaštićeni svedoci su nepoznati (anonimni) za opštu javnost, dok je prikriiveni islednik potpuno nepoznat čak i za okrivljenog. Slično tome, identitet soka je po pravilu bio skrivan kako od opšte javnosti, tako i od okrivljenog. Prikriiveni islednik se poziva na sud tako da svoj iskaz daje preko neposrednog starešine, dok sok to čini preko poverljivog lica – sokodržice. Obaveza suda i učesnika u postupku da čuvaju tajnu o identitetu svedoka pod pretnjom krivične odgovornosti, uporediva je sa obavezom suda i glavara u prošlosti da čuvaju podatke o identitetu soka kao strogu tajnu.

Korišćenje soka kao dokaznog sredstva u postupku nikada nije bilo dovoljno. Kao što se presuda u savremenom pravu ne može zasnivati samo na iskazu zaštićenog svedoka, tako se i u prošlosti nastojalo da se presuda ne donosi isključivo na osnovu iskaza soka, već na osnovu izvođenja drugih dokaza.

Iz učinjene analize se može zaključiti da se problemi povodom zaštite svedoka u savremenom krivičnoprocesnom pravu rešavaju na sličan način kao nekada u običajnom pravu koje su primenjivali naši preci. Ova pravna ustanova, očigledno, ima svoje drevno poreklo i u istoriji srpskog običajnog prava.

Dr. DRAGAN PANTIĆ
Attorney-at-Law, Veliko Gradište

INSTITUTION OF A PROTECTED WITNESS IN SERBIAN CUSTUMARY LAW

Summary

This paper puts forward a comparative analysis that indicates the existence of some elements of the old customary law in contemporary Serbian criminal procedure. Historically, the institution of *sok* – the protected witness – was known to the common laws of many Slavic peoples. Most of the material regarding this institution is preserved in the court archives of the Republic of Dubrovnik,

as it used to apply old Serbian customary law in cases when the Serbs were involved in a case. The institution of *sok* existed in some of the regions populated by Serbs, such as Montenegro, Hercegovina and Boka. By the end of the XIX century, as the state and the organized judiciary gain their strength, the institution of *sok* disappeared. With the rise of organized crime in Serbia in the late twentieth century, the need for a protected witness arose. Many of the present-day provisions regarding the institution of protected witness bear resemblance to the old customary rules on *sok*, manifesting clearly how the same problems were solved in a similar way in different times and circumstances.

Key words: witness, protected witness, customary law, sok, sodžbina

Literatura

- Bogišić V., *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena, Knjiga prva, Građa u odgovorima iz raznih krajeva Slovenskog Juga*, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1874.
- Bogišić V., *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, Izabrana djela, IV, JU Unireks MB, ITP Unireks, Beograd-Podgorica, 1999.
- Vladimirski Budanov M., *Hrestomatija po istorii ruskoga prava*, II, Kiev, 1889.
- Janković D., *Istorija države i prava feudalne Srbije XII XV vek. Dodatak: Vinodolski zakon (O Vinodolskom zakonu tekst Vinodolskog zakona)*, Naučna knjiga, Beograd, 1957.
- Jasinski M., *Ustavna zemskija gramota litovsko ruskog gosudarstva*, Kiev, 1889.
- Jireček K., *Istorija Srba II*, Zmaj, Beograd, 1990.
- Jireček H., *Slovanske pravo v Cechach a na Morave*, I, Praha, 1863.
- Jovanović A., *Prinosci za istoriju starog srpskog prava*, II, Nova trgovačka štamparija, Beograd, 1900.
- Kadlec K., *Prvobitno slovensko pravo pre X veka* (preveo i dopunio F. Taranovski), Geca Kon, Beograd, 1924.
- Karadžić V., *Srpski rječnik: istumačen njemačkim i latinskim riječma*, Beč, 1852.
- Kostrenčić M., „Sok“, *Narodna enciklopedija srpsko-hrvatsko-slovenačka*, IV (prir. S. Stanovević), Budućnost, Novi Sad, 2001.
- Lippert J., *Social geschichte Boehmens in vorhusstischer Zeit*, Wien, 1896.
- Markov J., *Puvod – sok, a jeho misto v systemu Českeho stredovekeho pruvodniho rizeni*, Praha, 1928.
- Mažuranić V., *Prinosi za hrvatski pravno-povijestni rječnik*, VII, Zagreb, 1918.
- Mažuranić V., *Prinosi za hrvatski pravno povijestni rječnik*, IX, Zagreb, 1920.
- Nedeljković B., „Sok i sodžbina u starom srpskom pravu“, *Istorijski časopis*, br. 7, Beograd, 1957.
- Nedeljković B., „Pogranična porota“, *Istorijski časopis*, br. 24, Beograd, 1977.
- Nedeljković B., *Mešovita porota, Dubrovačka dokumenta XIV i XV veka o pograničnoj poroti*, Mešovita građa, knjiga 6, Istorijski institut, Beograd, 1978.

Popović G., *Recht und Gericht in Montenegro*, Zagreb, 1877.

Solovjev A., *Istorija slovenskih prava; Zakonodavstvo Stefana Dušana cara Srba i Grka*, Službeni list SRJ, Beograd, 1998.

Stieber M., *K vyvoji spravy*, Praha, 1901.

Taranovski F., *Istorija srpskog prava u Nemanjičkoj državi II*, Geca Kon, Beograd, 1931.

Škulić M., *Osnovne novine u krivičnom procesnom pravu Srbije: izmene i dopune Zakonika o krivičnom postupku i odredbe Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima*, Beograd, 2009.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 04.10.2021.

Prihvaćen: 24.10.2021.

PREGLEDNI RAD

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

PRIMENA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST – I tom

APPLICATION OF LAW AND LEGAL CERTAINTY – Vol. I

OSNOVNI REFERAT

INTRODUCTORY REPORT

Zaključenje ugovora i pravna sigurnost

Primena međunarodnih standarda u srpskom ugovornom pravu

Conclusion of Contract and Legal Certainty

-Application of International Standards in Serbian Contract Law-

- *prof. dr Jelena S. Perović Vujačić*, Predsednik Kopaoničke škole

prirodnog prava – Slobodan Perović, redovni profesor

Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Beogradu

7

Prva katedra

First Department

PRAVO NA ŽIVOT

RIGHT TO LIFE

1. Život

Life

Proganjanje kao vid ugrožavanja prava na život

Stalking as a type of right to life endangerment

- *prof. dr Đorđe Đorđević*, redovni profesor

Kriminalističko-policijskog univerziteta u Beogradu

77

Krivično delo ubistvo na mah (čl. 115. KZ) The criminal offence of murder in the heat of passion – <i>prof. dr Nataša Delić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	91
Uvođenje „AMBER alert“ sistema u rad policije Srbije radi zaštite života dece i maloletnika Introduction of the „AMBER alert“ system in the work of the Serbian police for the protection of the lifes of children and minors – <i>prof. dr Željko Nikač</i> , redovni profesor Kriminalističko-policijskog univerziteta u Beogradu; <i>Branko Leštanin</i> , Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije	127
Pravo na život i pogrešne presude The right of life and wrongful sentences – <i>mr Sretko Janković</i> , sudija Apelacionog suda u Beogradu	147
2. Zdravlje <i>Health</i>	
Problemi regulatornog okvira transplantacije u Republici Srbiji Problems of the regulatory framework of transplantation in the Republic of Serbia – <i>dr Hajrija Mujović</i> , naučni savetnik Instituta društvenih nauka u Beogradu, Centar za pravna istraživanja	163
Uvođenje mera za zaštitu javnog zdravlja stanovništva tokom pandemije kovid 19 Introduction of measures for the protection of public health during the Covid-19 pandemic – <i>dr Sofija Nikolić Popadić</i> , naučni saradnik, Institut društvenih nauka, Beograd; <i>dr Marko Milenković</i> , viši naučni saradnik, Institut društvenih nauka, Beograd	183
Patološko-anatomska obdukcija u doba pandemije COVID-19 Pathological-anatomical autopsy during the COVID-19 pandemic – <i>primarius dr Ivana Stojanović</i> , specijalista patolog i citopatolog, Klinički centar Niš	199

3. Ekologija

Ecology

Nezakonit promet opasnih otpada u pravu i praksi Illegal traffic of hazardous waste in law and practice – <i>mr Gordana Petković</i> , direktor Agencije za ekološki konsalting „ECOLIBRA“ u Beogradu	213
Pola veka razvoja savremenog međunarodnog prava životne sredine i primena međunarodnih ugovora Half a century of development of contemporary international environmental law and implementation of international agreements – <i>prof. dr Dragoljub Todić</i> , redovni profesor, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd	229
Pravo na život i zaštita životne sredine u praksi Komiteta za ljudska prava, Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde The right to life and environmental protection in the case-law of the Human Rights Committee, the European Court of Human Rights and the European Court of Justice – <i>Nikola Paunović</i> , Treći sekretar u Ministarstvu spoljnih poslova Republike Srbije, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	243
Energetska efikasnost – posebna oblast prava energetike ili princip prava energetike Energy efficiency – special part of the energy law or principle of the energy law – <i>dr Branislava Lepotić Kovačević</i> , predsednik Udruženja za pravo energetike Srbije	259
Perspektiva ekocida kao međunarodnog krivičnog dela Perspective of ecocide as an international crime – <i>Ljubomir Tintor</i> , master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	275
Prikaz mehanizma za prekogranično usklađivanje ugljeničnog intenziteta (CBAM) i njegovog uticaja na energetske sektor i pravnu sigurnost u Republici Srbiji Overview of carbon border adjustment mechanism (CBAM) and its impact on energy sector and legal security in the Republic of Serbia – <i>Varvara Aleksić</i> , master prava, doktorand na Centralno evropskom univerzitetu u Beču; <i>Miloš Kuzman</i> , savetnik za pravo istraživanja i proizvodnje nafte i gasa, NIS a.d. Novi Sad, potpredsednik Udruženja za pravo energetike Srbije	295

4. Sport

Sport

Organizacija sportskih događaja u okolnostima covid 19

Organization of sports events in the circumstances of COVID-19

- *prof. dr Edita Kastratović*, redovni profesor Fakulteta za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo, Beograd; *dr Milan Dragić*, docent Fakulteta za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo, Beograd 311

Postoje li ograničenja za one koji donose pravila natjecanja za pojedine sportove

Are there restrictions for those who create competition rules for certain sports

- *dr Blanka Kačer*, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Splitu; *prof. dr Hrvoje Kačer*, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Splitu 321

Uloga sportskih saveza u suprotstavljanju nasilju na sportskim priredbama

The role of sports federations in opposing violence at sports events

- *dr Božidar Otašević*, docent Kriminalističko-policijskog univerziteta, Beograd; *dr Bojan Janković*, vanredni profesor Kriminalističko-policijskog univerziteta, Beograd 343

Krivičnopravna odgovornost za doping u sportu

Criminal liability for doping in sport

- *dr Vanda Božić*, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Privredne akademije, Novi Sad; *dr Mirjana Đukić*, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, Kosovska Mitrovica 357

Druga katedra

Second Department

PRAVO NA SLOBODU

RIGHT TO FREEDOM

1. Krivično-pravna i procesna zaštita ličnosti

Criminal-law and Procedural Protection of Personality

Jedan pogled na Zakonik o krivičnom postupku u kontekstu uloge

Ustavnog suda i odnosa između krivičnog procesnog prava / krivičnog prava

i ustavnog prava

A view at the Criminal Procedure Code - in the context of the role

of Constitutional Court and relationship between criminal procedural

law/criminal law and constitutional law

- *prof. dr Milan Škulić*, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, zamenik predsednika Ustavnog suda Srbije 379

Pritvor u vreme pandemije Detention in the pandemic time	
– <i>dr Vanja Bajović</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	433
Mera zabrane napuštanja stana u krivičnom postupku Measure prohibition of leaving a dwelling in criminal proceedings	
– <i>dr Ivana Miljuš</i> , asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	453
Troškovi prekršajnog postupka Costs of misdemeanor proceedings	
– <i>Ivana Radisavljević</i> , asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	479
Krivične procedure – trijumf procesualija i anahronog formalizma Criminal proceedings – triumph of procedural technicalities and anachronous formalism	
– <i>Branko Perić</i> , sudija Suda Bosne i Hercegovine	495
Osnovna načela u novom Krivičnom zakoniku Republike Srpske Main principles of the new Criminal Code of Republic of Srpska	
– <i>prof. dr Miloš Babić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, sudija Suda BiH, u penziji; <i>prof. dr Ivanka Marković</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci	513
Krivičnopravna saradnja u Evropskoj uniji: organi, korpus iuris i zaštita ljudskih prava Criminal cooperation in the European Union: authorities, corpus iuris and protection of human rights	
– <i>prof. dr Miodrag N. Simović</i> , potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, redovni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine; <i>mr Amna Hrustić</i> , viši asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici	537
Jemstvo u krivičnom procesnom zakonodavstvu Republike Srpske Guarantees in criminal procedure legislation of Republika Srpska	
– <i>prof. dr Ljubinko Mitrović</i> , Ombudsman za ljudska prava Bosne i Hercegovine; <i>dr Veljko Ikanović</i> , vanredni profesor na Panevropskom univerzitetu „Apeiron“ u Banjoj Luci, sudija Vrhovnog suda Republike Srpske	563
	635

Alternativno ili diverziono postupanje u maloljetničkom krivičnom pravu Bosne i Hercegovine – opravdanost i svrsishodnost primjene Alternative or diversional proceedings in juvenile criminal law of Bosnia and Herzegovina - justification and purpose of application – <i>dr Sadržaj Karović</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Travniku; <i>dr Suad Orlić</i> , vanredni profesor Univerziteta u Zenici	581
<i>Probatio diabolica</i> „plodovima otrovnog drveta“ <i>Probatio diabolica</i> with the „fruits of the poisonous tree“ – <i>dr Andreja Mihailović</i> , saradnik u nastavi na Pravnom fakultetu Univerziteta Crne Gore	597
Ustanova zaštićenog svedoka u srpskom običajnom pravu Institution of a protected witness in Serbian customary law – <i>dr Dragan D. Pantić</i> , advokat u Velikom Gradištu	615

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(082)

342.724/.725(497.11)(082)

340.131(082)

МЕЂУНАРОДНА научна конференција Примена права и правна сигурност (34 ; 2021 ; Београд)

Primena prava i pravna sigurnost : zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović : međunarodna naučna konferencija, Beograd, 22. decembar 2021. Tom 1 = Application of Law and Legal Certainty : collection of papers from the 34th Meeting of Kopaonik school of natural law - Slobodan Perović. Vol. 1 : international scientific conference, Belgrade, december 22, 2021 / [glavni i odgovorni urednik, editor in chief Jelena S. Perović Vujačić]. - Beograd : Kopaonička škola prirodnog prava - Slobodan Perović, 2021 (Novi Sad : Futura). - 636 str. ; 24 cm


Na vrhu nasl. str.: Universitas Iuris naturalis Copaonici. - Tiraž 500. - Str. 3-4: Predgovor / Jelena S. Perović Vujačić. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz svaki rad. - Summaries.

ISBN 978-86-81956-04-5

ISBN 978-86-81956-08-3 (za izdavačku celinu)

а) Право -- Зборници б) Права човека -- Зборници в) Правна сигурност -- Зборници

COBISS.SR-ID 52907529



**KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ**

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

KOPAONIKSCHOOL.ORG