

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

SUDSKI POSTUPAK - PRAVDA I PRAVIČNOST

Zbornik radova 35. Susreta
Kopaoničke škole prirodnog prava
Slobodan Perović



MEĐUNARODNA NAUČNA
KONFERENCIJA

Beograd, 2022. | Tom I

35.
godina



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

35. Susret

35th Meeting

**SUDSKI POSTUPAK
– PRAVDA I PRAVIČNOST
COURT PROCEEDINGS
– JUSTICE AND FAIRNESS**

Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava

– Slobodan Perović

Proceedings of the 35th Meeting of Kopaonik School of Natural Law

– Slobodan Perović

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

Kopaonik, 13. – 17. decembar 2022

Kopaonik, 13 - 17 December 2022

Tom I/Volume I



Beograd, 2022

SUDSKI POSTUPAK – PRAVDA I PRAVIČNOST
COURT PROCEEDINGS – JUSTICE AND FAIRNESS

Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
Proceedings of the 35th Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Međunarodna naučna konferencija, 13. – 17. decembar 2022.

International Scientific Conference, 13 - 17 December 2022

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, 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 Glintić, Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, Dr Thomas Meyer, Dr Nataša Hadžimanović, Akademik prof. dr Vitomir Popović, Prof. dr Stojan Dabić, Predrag Trifunović, Prof. dr Ljubinka Kovačević, Dimitrije Milić, Prof. dr Sanja Danković Stepanović, Dr Đorđe Krivokapić, Andrea Nikolić, 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, Croatia), 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-978-86-81956-11-3 (serija) / ISBN-978-86-81956-12-0

Radovi u ovom Zborniku podležu anonimnoj recenziji od strane dva recenzenta. 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. Svi radovi u ovom Zborniku se objavljuju po pozivu, a njihovi autori imaju svojstvo pozvanih predavača na konferenciji.

Predgovor

Zbornik pred nama sadrži radove dostavljene za Trideset peti jubilarni 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 „SUDSKI POSTUPAK – PRAVDA I PRAVIČNOST“. 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 126 referata autora iz Srbije i inostranstva (preko deset stranih zemalja u koje, između ostalih, ulaze Italija, Austrija, Nemačka, Velika Britanija, Turska, Japan, Holandija, zemlje regiona).

U uvodnom delu Zbornika radova ovog, Trideset petog jubilarnog Susreta, umesto uobičajenog osnovnog referata, objavljujemo izvode iz Uvodne usmene reči koju je akademik prof. dr Slobodan Perović, Osnivač Kopaoničke škole prirodnog prava, izložio na Osamnaestom susretu Kopaoničke škole posvećenom opštoj godišnjoj temi „PRAVO I UNIVERZALNE VREDNOSTI“, održanom 2005. godine. Misli izražene u ovoj Uvodnoj reči u celini su aktuelne i danas, kako u kontekstu opšte teme ovogodišnjeg Susreta, tako i kao pažljivo ucrtan putokaz ka ostvarenju višeg stepena socijalne, ekonomske, moralne, državne, sudske i svake druge pravde. Reči profesora Slobodana Perovića čine uvod za naučne radove posvećene pitanju ostvarenja pravde i pravičnosti u sudskom postupku, 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“.

Rad Trideset petog Susreta Kopaoničke škole, u formi međunarodne naučne konferencije, odvija se na Kopaoniku, prema objavljenom Programu - putem plenarne sednice otvaranja susreta, dvadeset četiri radne sekcije 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 M 31, 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

UVODNA REČ

Uvodna usmena reč koju je akademik prof. dr Slobodan Perović,
Osnivač Kopaoničke škole prirodnog prava, održao na Osamnaestom susretu
Kopaoničke škole prirodnog prava posvećenom opštoj godišnjoj temi

„PRAVO I UNIVERZALNE VREDNOSTI“

održanom 13. – 17. decembra 2005. godine¹

Na Kopaoničkoj školi prirodnog prava profesor Slobodan Perović učio nas je vrlini pravde i njenim univerzalnim vrednostima: slobodi, dostojanstvu, moralu, toleranciji, savesnosti i poštenju, odgovornosti. Ovim vrednostima Profesor je posvetio opsežne naučno argumentovane studije izražene u njegovim osnovnim referatima publikovanim povodom decembarskih susreta Kopaoničke škole. Za nauku, one će ostati uvek aktuelne, ne samo kao teorijski pogled, već i kao pažljivo ucrtan putokaz ka ostvarenju višeg stepena socijalne, ekonomske, moralne, državne, sudске i svake druge pravde.

To nas opredeljuje da u uvodnom delu Zbornika radova ovog, Trideset petog jubilarnog Susreta, umesto uobičajenog osnovnog referata, objavimo izvode iz Uvodne usmene reči koju je profesor Slobodan Perović održao na Osamnaestom susretu Kopaoničke škole prirodnog prava posvećenom opštoj godišnjoj temi „PRAVO I UNIVERZALNE VREDNOSTI“ održanom od 13. do 17. decembra 2005. godine.

Misli izražene u ovoj Uvodnoj reči u celini su aktuelne i danas, kako u kontekstu opšte teme ovogodišnjeg Susreta „SUDSKI POSTUPAK – PRAVDA I PRAVIČNOST“, tako i sa stanovišta zahteva za ostvarenjem Pravde kao stožerne vrline.

¹ Ova Uvodna reč je u celini objavljena u knjizi profesora Slobodana Perovića *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2018, 505–553. Izvode iz Usmene reči, zajedno sa podvlačenjem izvesnih delova teksta i njegovim tehničkim usklađivanjem sa potrebama ovog Zbornika sačinila je prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović i glavni i odgovorni urednik *Zbornika radova Kopaoničke škole prirodnog prava*.

Poštovane kolege,

Vi koji činite Osamnaesti krug naučnog punoletstva Kopaoničke škole prirodnog prava i koji nosite epitet izaslanika pravednog prava,

Uvaženi gosti i učesnici koji dolazite sa različitih strana, evropskih i vanevropskih, na ovo zborni mesto prirode i prirodnih prava čoveka kao duhovnog i fizičkog bića prirode,

Dame i Gospodo,

Dozvolite mi da vam sa osećanjem vere u demokratsku jednakost svih ljudi, bez obzira na njihove razlike po rođenju ili bilo kom dostojnom ubeđenju, uputim reči radosnice što smo i ove godine okupljeni u ovom atrijumu znanja i savesti, da vam rukopoložim reči pravde i dostojanstva, u ovom vremenu, sunčanom po dostignuću visokog stepena intelektualne kulture, i tmurnom i tegobnom po nekulturi rata, nasilja, i paklene nesloge, opšte i naše.

Kada je pre 25 vekova, helenski pesnik Sofokle, kroz svoje mitološke junake, postavio pitanje odnosa samovoljnih zakona vlasti prema večnim zakonima prirode, odgovor je dobio u liku Antigone, koja svoj život svesno polaže na žrtvenik Kreontove vlasti, predajući se večnim zakonima prirode, sa koje, kako ona kaže, nisu oni od danas niti od juče, večni su i niko ne zna od kada su – i zato me strah od bilo čije oholosti, ne može navesti da ih pogazim.

Kada je još na izmaku petog veka stare ere, Hipija iz Elide, jedan od značajnih sofista, pre Platona i Aristotela, isticao univerzalnost i kosmopolitizam prirodnog prava u odnosu na pozitivno pravo – činio je to ovim rečima: ja sve nas smatram saplemenicima, srodnicima i sugrađanima po prirodi, ali ne i po ljudskim zakonima, jer oni često vrše i dovode do nasilja ljudi nad ljudima, ti zakoni često su tirani ljudima.

Kada je, posle toga, Aristotel postavio aksiome univerzalne istine, ispoljene kategorijom komutativne i distributivne pravde, dakle, aritmetičkom i geometrijskom proporcijom jednakog postupanja sa jednakim stvarima – dobila se naučno argumentovana slika najvažnijeg stuba Škole prirodnog prava, a po mnogim autorima, između pravde (pravednog prava) i prirodnog prava i nema suštinske razlike.

Kada su Digesta, ta završna kodifikacija hiljadugodišnjeg razvoja rimskog prava, pod snažnim uticajem Stoičke škole koja se inspirisala helenskom filozofijom morala – formulisala tri zapovesti prava: *honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*, bili su postavljeni temelji moralizacije prava i pravde kao majke prava.

Kada je Toma Akvinski, u 13. veku, u okviru teološkog shvatanja srednjovekovne hrišćanske civilizacije, u svom delu »Suma teologija« istakao da je zakon delo razuma kojim se postiže neko zajedničko dobro – bio je postavljen začetak racionalnog shvatanja prirodnog prava, začetak koji će kasnije, posle tri veka, dakle, u 17. veku, doživeti svoju »reinkarnaciju« u mnogim metateološkim doktrinama.

Kada je Hugo Grocijus, prvi otac naučno sistematizovane škole prirodnog prava (u prvoj polovini 17. veka), u svom delu Pravo rata i mira (*De jure belli ac pacis*), utvrdio da je prirodno pravo zasnovano na biološko racionalnoj očiglednosti, čovečijem razumu, na nagonu društvenosti – započeo je proces laicizacije prirodnog prava i njegove izvanteološke interpretacije.

Kada je posle Grocijusa, nastupila jedna plejada filozofskih autoriteta – Tomas Hobs, Džon Lok, i razume se, Pufendorf predstavnik nemačke filozofije prava u 17. veku, taj, kako su ga mnogi nazivali »pravi otac prirodnog prava«, a zatim Kristijan Tomazijus koji je objašnjenje prirodnog prava preneo u domen uma, i Volf kao prethodnik Kantovog učenja o kategoričkom imperativu – bila je već čvrsto postavljena biološko racionalna koncepcija prirodnog prava.

Kada je na filozofsku scenu stupio Imanuel Kant, a to je 18. vek, biološko racionalna koncepcija prirodnog prava doživela je svoju sublimaciju u vidu i liku čisto racionalne (dakle, umne) koncepcije koja do danas suvereno vlada, kako prostorima filozofije prava, tako i prostorima unutrašnje i međunarodne zakonodavne prakse. Njegova teorija saznanja koja se prostire na dve oblasti – čulna oblast gde je izvor saznanja iskustvo (empirijsko saznanje), i nečulna oblast gde je izvor saznanja um (transcendentno saznanje), dakle, empirijsko i transcendentno saznanje su sastavni delovi celokupnog zakonodavstva.

I tu ću, za ovu priliku, sa imenovanjem filozofskih autoriteta u ovoj oblasti stati, ne zato što je njihov broj danas mali, naprotiv, on je u savremenoj renesansi prirodnog prava multipliciran možda više nego ikad u istoriji, nego zbog toga što je to već pređena stranica naše Škole i što hitam da vam izložim novo poglavlje našeg ovogodišnjeg naučnog programa, a to su univerzalne vrednosti socijalibiliteta čoveka upravo sa stanovišta prirodnog i pozitivnog prava.

I zato, u ovom momentu neću više počinjati misao sa konstatacijom reči »kada«, ali hoću da se njom poslužim još jednom kada je u pitanju savremena kodifikacija prirodnih prava učinjena u okviru Ujedinjenih nacija i drugih međunarodnih organizacija za poslednjih šezdeset godina u periodu posle Drugog svetskog rata sve do danas.

Kada je, dakle, 1948. godine Univerzalna deklaracija o pravima čoveka sveobuhvatno proklamovala prirodna prava čoveka – politička i građanska, ekonomska, socijalna i kulturna – ona je postala matica iz koje su u svet poleteli rojevi opštih

i regionalnih dokumenata o zaštiti prava čoveka (Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o socijalnim, ekonomskim i kulturnim pravima) i regionalni: Afrička Povelja o pravima čoveka i naroda, 510 Američka Konvencija o ljudskim pravima, Evropska Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda sa brojnim protokolima, a zatim ide hronologija po pojedinim disciplinama, kao i mnoga završna dokumenta sa konferencija evropskih zemalja, sve do Povelje o osnovnim pravima Evropske unije (2000) koja čini sastavni deo predloga Ustava Evropske unije.

Kada je, dakle, na planu proklamacije i zaštite prirodnih prava čoveka, nastao jedan novi kodifikovani svet pravnih i socijalnih normi, svet koji je putem implementacije i internacionalizacije, postao toliko širok i deklarativno prisutan u svakoj pori opšteg društvenog organizma sa nadom da će doći do njegovog ostvarenja.

Tada, Kopaoničkoj školi prirodnog prava nije bilo teško da usvoji i pođe putem racionalne koncepcije prirodnog prava, prema kojoj se izvor prava nalazi u autoritetu zajedničkog razuma i umnosti, a ne u samovolji različitih (Kreontskih) detentora vlasti koji danas gaze kodifikovanu savest čovečanstva u obliku nasilja, ratnih pohoda ili terorizma bilo koje vrste.

Zasnivajući svoju naučnu i stručnu misao na racionalnoj koncepciji prirodnog prava, koja, kao genusni pojam, danas u zakonodavstvu Međunarodne zajednice živi pod imenom »Ljudska prava« – Human Rights (savremeni idiom za prirodna prava) odnosno »Prava čoveka« (*Droits de l'Homme*), Kopaonička škola prirodnog prava danas je mesto na kome se, putem univerzalnih vrednosti, nastoji da uspostavi vera u ono pravo čiji je smisao da služi pravdi kao temeljnoj vrlini čoveka.

Nalazeći se prostorno i simbolično na jednom vrhu prirode, na granici dve civilizacije, Kopaonička škola istovremeno širi i saznanje da nijedan pravni sistem bez obzira kojoj familiji prava pripada (rimsko-evropskoj, anglosaksonskoj, šerijatskoj ili familiji prava Dalekog istoka), nije, sam po sebi, dovoljna celina, baš kao što nijedan čovek nije ostrvo za sebe. I zato, nepravedno pravo u bilo kom delu sveta, nepravedno je za sve nas jer smo obuhvaćeni čovečanstvom. Tiranija nepravednog prava, tačnije, antiprava, koja donosi nasilnu smrt bilo kom čoveku, kao srodniku po prirodi (Hipija iz Elide), umanjuje sve nas za jednu dimenziju ljudskosti.

Na tim idejama, Kopaonička škola, ove 2005. godine, puni osamnaest godina života, i time stiče naučno punoletstvo (jedna godina, 1998. nam je oduzeta opresijom ondašnje vlasti). A, ko u nauci jedanput stekne punoletstvo, stekao je i većitu mladost.

Dakle, Kopaonička škola, ovom godinom pokazuje i dokazuje, da je izašla iz ranog detinjstva, i da je preživela sve pokušaje deteubistva preduzete od strane političke prolaznosti prošlog ili sadašnjeg vremena.

Srećna što nikada nije uživala naklonost bilo koje prolazne vlasti oličene u ovoj ili onoj političkoj partiji.

Ometana na različite načine, uglavnom prigovorima destrukcije, srdžbe, zlobe ili običnog trača – ona je na sve ove povetarce uvek odgovarala lepotom dobrog, jer nije nikada prihvatila drugi znak nadmoćnosti osim Dobrote, a to znači i otvorenim vratima za naučni i stručni dijalog bez obzira na lična svojstva i u tom smislu je upućivala i danas upućuje javni poziv svima (formalno, svake godine se objavljuje Konkurs za prijem radova), da snagom boljeg argumenta obogatimo našu i opštu pravnu misao.

Ispunjavajući naučni i stručni zahtev teorije pravde i sledeći racionalnu koncepciju prirodnog prava koja danas čini temelj kodifikovanih prirodnih (ljudskih) prava u okviru UN i drugih međunarodnih organizacija, Kopaonička škola je izgrađivala svoj naučni stav o brojnim pitanjima univerzalnih i regionalnih vrednosti prava i pravnog poretka.

Tako, ona je ustanovila Heksagon prirodnog prava (pravo na život, slobodu, imovinu, intelektualnu tvorevinu, pravdu i pravnu državu); postavila teoriju triparticije koja se tiče odnosa prirodnog i pozitivnog prava (uzorni, supsidijarni i korektivni odnos); razgraničila je legitimitet prirodnih prava od njegovog legaliteta u postupku ostvarenja i primene prava; imenovala je determinante kulture prava; utvrdila je stepene demokratije kao uslova za konstituciju pravne države; donela je kriterijume za prepoznavanje zakonskog neprava od nadzakonskog prava; primenila je kategorije komutativne i distributivne pravde u sadašnjim uslovima; podigla je glas protiv svakog nasilja kao opozicije umnosti; formulisala je Dvanaest tablica sudijske nezavisnosti; učinila je skicu teorije prava na toleranciju kao posebnog subjektivnog prava i kao neophodnog uslova demokratske kulture; postavila je teoriju zloupotrebe ljudskih prava; prepoznala je tačke opštosti u dubljoj sferi uzroka nesklada između proklamovanih i neostvarenih prirodnih prava; unela je više jasnoće u aktuelnu terminologiju ljudskih prava odnosno prava čoveka; pokazala je granicu koja razdvaja vladavinu prava od vladavine pravne nesigurnosti; dakle, jednom rečju, potvrdila je svoju duboku veru u ideju prava koja potiče od pravde i koja služi pravdi *erga omnes*.

Ovaj naučni opus, predstavljen bibliotekom ove Škole, koja broji preko 50 tomova (svaki tom oko 1.000 stranica štampanog teksta) 513 iz pera oko 1.000 autora, domaćih i stranih (široj sveti) – dobio je svoju sintezu, svoj rezime, u Deklaraciji Kopaoničke škole (tekst na 60 štampanih stranica), koju sam,

sa osećanjem naučne časti i naučne odgovornosti, sačinio 2002. godine, predložio je na Završnoj plenarnoj sednici iste godine, gde je bila prihvaćena, bez ikakvih izmena ili dopuna.

Ta Deklaracija, kao što je dobro znano, štampana je u jednoj knjizi na šest svetskih jezika, čime je opus ove Škole postao dostupan milionskom auditorijumu pravničkog sveta sa različitih jezičkih područja.

Ovogodišnji osamnaesti rođendan Kopaoničke škole održava se pod moralnim pokroviteljstvom UNESCO, organizacije Ujedinjenih nacija za edukaciju, nauku i kulturu. Reči Odluke o pokroviteljstvu glase: 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 (u potpisu Koičiro Macura, generalni direktor UNESCO).

Ovo veliko priznanje primamo sa filozofijom mira i dodatnim motivom za dalji rad Škole na uspostavljenim naučnim, stručnim i socijalnim temeljima racionalne koncepcije prirodnog prava.

Znamo: u odnosu na filozofski i zakonodavni univerzum prirodnog prava (ljudskih prava) – opus Kopaoničke škole ne može se meriti celim brojevima, već samo nekim promilima, ili ako ih ima, onda i manjim jedinicama mere, jer, šta je 18 godina, prema vekovima koje nadživljuje prirodno pravo.

Ipak, u tom promilu kao sastavnom delu društvenog organizma, pravo se bratimi sa svim ljudima sveta, i, prelazeći granice lokaliteta, otvara vrata univerzuma prava, sve to sa saznanjem da nema života ćelije bez celine, kao što nema ni galaksije prava bez njenih činilaca i njihove simetrije i komutativne proporcije.

I da u ovom delu zaključim: okean su kaplje sastavile, a ova naša kaplja Kopaonička u okean prirodnog prava se ulila. Ko na kopaoničkom brdu makar i malo stoji, taj okean, više vidi nego onaj pod brdom.

* * *

Imam čast da i ove godine podnesem uvodni referat, sada pod nazivom *Prirodno pravo i univerzalne vrednosti*. Da bi ovaj uvaženi auditorijum mogao lakše da prati ovu usmenu reč, evo skice izlaganja: najpre, uopšte o pojmovima univerzalne vrednosti u kontekstu prirodnog i pozitivnog prava, a zatim slede izlaganja pojedinačno o svakoj univerzalnoj vrednosti kojih ima, prema ovoj skici, ukupno devet (razume se, mislim na humanističke, a ne na materijalne vrednosti) koje ću pokušati da izložim kako sa stanovišta filozofije pravde, tako i sa stanovišta međunarodnog zakonodavstva, i najzad, i našeg položaja odnosno našeg pravnog sistema u svetlu tog zakonodavstva, pravne teorije i pravne prakse.

UNIVERZALNE VREDNOSTI U KONTEKSTU
PRIRODNOG I POZITIVNOG PRAVA

Polazeći od prostorne i vremenske ograničenosti pozitivnog prava (dakle, onog prava koje je postavljeno voljom ili samovoljom jednih u odnosu na druge), njegove relativnosti, nesavršenosti i nedovršenosti, ovo pravo obuhvata kako univerzalne, tako i lokalne vrednosti koje mogu ići sve do stepena ekstremnog provincijalizma.

U jednom značajnom delu zaštite određene vrednosti, pozitivno pravo je neopšte pravo, parcijalno u odnosu na univerzum prava, ono je promenljivo i zavisno od društvene strukture i potrebe konkretnog socijaliteta i njegovog izvorišta koga čine različiti kulturni atributi i determinante prava, kao što su: filozofija, nauka, religija, tradicija ustaljenih pravila ponašanja, moralna zasnovanost, jezik, ekonomska konstitucija, tehnička civilizacija, poverenje u zajedničke norme, socijalna kohezija, obrazovanost i intelektualna kultura, ekološka etika, radne navike, porodična struktura, nezavisno sudstvo i mnogi drugi činioci kao sastavni delovi celine konkretnog društvenog i pravnog poretka.

Sve te determinante prava u jednom organizovanom društvu imaju neki svoj stepen i standard i upravo od visine tog standarda zavisi i širina polja ostvarenja zaštićenih vrednosti u spektru proklamovanih građanskih, političkih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava.

Naprotiv, prirodno pravo je univerzalno, sveljudsko, bez obzira na nacionalnost, veru i rasu, pošto su svi ljudi pred prirodom jednaki. Stoga prirodno pravo nije ni nacionalno, ni klasno, ono je nadpozitivno, primarno, apsolutno i originalno, a iznad svega, ono je pravедno po sebi, predstavlja tvorevinu prirode i deluje kao i drugi prirodni zakoni.

Međutim, takvo pravo nikada i nigde nije bilo postavljeno kao celovit sistem po metodu pozitivnog prava, već prirodno pravo deluje kao kriterijum za ocenu pozitivnog prava u smislu njegovih dobrih ili manje dobrih, podnošljivo ili nepodnošljivo nepravednih rešenja.

Na toj osnovi poživaju stalne i nepregledne izmene i dopune i reforme pozitivnog prava koje postaju imanentno svojstvo tog prava. Kada se u tom procesu norme prirodnog prava nađu u polju pozitivnog prava kojima se štite određene vrednosti, onda one ulaze u tkivo pozitivnog prava i postaju njegov sastavni deo, što znači da se primenjuju, ne samo na osnovu moralne, već, pre svega, na osnovu pravne sankcije.

To znači da su načela prirodnog prava samo jednim svojim delom inkorporirana u nesavršeno pozitivno pravo, negde više, negde manje, tako da na prostori-
ma univerzuma prava, postoji čitava skala diverziteta u zaštiti određenih vrednosti.

Drugim rečima, veći stepen prisustva normi i načela prirodnog prava, čini pozitivno pravo pravednijim i kvalitetnijim pravom, a to znači da takvo pozitivno pravo u većem stepenu i proklamuje i zaštićuje univerzalne vrednosti.

Zaključujemo – pozitivno pravo u odnosu na prirodno pravo može biti stavljeno u tri pozicije: prvo, pozitivno pravo je u pretežnoj saglasnosti sa načelima racionalnog prirodnog prava, i tada, univerzalne vrednosti dobijaju i po broju i po kvalitetu najšire mesto; drugo, pozitivno pravo je u podnošljivom »raskoraku« sa načelima prirodnog prava i kao podnošljivo nepravedno može biti primenjeno uz asistenciju odgovarajuće interpretacije i tada univerzalne vrednosti dobijaju drugo skromnije mesto u kompoziciji pozitivnog prava; treće, pozitivno pravo je u apsolutnoj protivrečnosti sa načelima prirodnog prava (npr. razne vrste diskriminacije po rođenju ili ubeđenju), tako da je po opštem mišljenju nepodnošljivo nepravedno. Tada univerzalne vrednosti ne nalaze mesto na polju pozitivnog prava i njihovo mesto zauzimaju antipravni događaji, kao što su: nasilje jednih u odnosu na druge, razne vrste diktatura i ucena, nekultura rata i naoružana nepravda, ugrožavanje i gaženje osnovnih imunitetskih prava čoveka – i tu univerzalne vrednosti prirodnog prava doživljavaju brodolom, a s njima tonu i sve tekovine pravne i moralne civilizacije, i svi atributi kulture pravednog prava.

Kriterijum ove kvalifikacije može se naći u granici društvene tolerancije, što se i egzaktnim putem može utvrditi – stepen pravne, ekonomske i socijalne nesigurnosti, odgovarajući statistički podaci, raspoloženje javnog mnjenja, pokazatelji socioloških ispitivanja, komparativni pregled, nesporne činjenice i slični pokazatelji.

Kao što se vidi, pozitivno pravo pruža veći ili manji stepen zaštite univerzalnim društvenim vrednostima zavisno od mnogih determinanata koje se sve slivaju u kulturni identitet određene zajednice, ili, tu zaštitu uopšte ne pruža, bilo da je uopšte ne poznaje, bilo da je samo deklarativno poznaje, a u suštini je ne primenjuje.

S druge strane, prirodno pravo ima svoj sistem univerzalnih vrednosti pa se postavlja pitanje njihove sistematike i tipologije.

Prema našem konceptu, koji sam izložio 1994. godine, ovde na Osmoj sesiji Kopaoničke škole, sve univerzalne vrednosti se mogu izraziti Heksagonom prirodnog prava: pravo na život, pravo na slobodu, pravo na imovinu, pravo na intelektualnu tvorevinu, pravo na pravdu i pravo na pravnu državu. Tim Heksagonom Kopaonička škola je dobila svoju prepoznatljivost – naučnu i organizacionu.

U tim okvirima, dakle, na polju Heksagona prirodnih prava čoveka, mogu se činiti dalje tipologije univerzalnih vrednosti, i to tako, da opštija vrednost sadrži

pojedinačne vrednosti. Razume se, da tu neka ponavljanja ne smeju da izostanu, kako bi mozaik tih vrednosti bio potpunije predstavljen.

U tom smislu se može formulisati jedna lista iz univerzalnih vrednosti humanističkog izvora i karaktera, koja je, kako rekosmo, suštinski zasnovana na Heksagonu prirodnih prava.

Tako, brojne univerzalne vrednosti mogle bi se okupiti oko sledećih stožera vrednosti: 1) dostojanstvo čoveka (koje pretpostavlja pravo na život); 2) kultura mira (kao pretpostavka svih kreacija na dobrobit čovečanstva); 3) samosvesna sloboda (racionalna i disciplinovana kao nužna posledica u svim sferama društvenosti); 4) nauka (kao istraživačka i istinoljubiva težnja); 5) religija (kao svojstvo različitih civilizacija); 6) demokratska jednakost i međukulturna tolerancija (kao izraz duhovne slobode i kulture razuma); 7) pravda i aktivna pravičnost (kao temelj vladavine pravednog prava – *iustitia regnorum fundamentum*); 8) pravna država i pravna sigurnost (kao emanacija principa legitimiteta i legaliteta prava); 9) ljudska prava (kao sinteza organizovane umnosti).

1. DOSTOJANSTVO ČOVEKA

Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima. Dakle, razlike u pogledu rase, boje, pola, jezika, veroispovesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porekla, imovine ili drugih srodnih okolnosti – mogu biti »okovi« koje donosi pozitivno pravo (videli smo, ne svako, već naročito ono pozitivno pravo koje je nepodnošljivo nepravedno upravo zbog različitih diskriminacija) što je dalo za pravo rečima Rusoa – čovek je rođen slobodan a svuda je u okovima, odnosno rečima Getea – o pravu što se s nama rodilo nažalost brige se nije vodilo.

Prirodno pravo sazdano je na jedinstvu svih ovih razlika. Na intenciji zajedničkih svojstava dostojanstva čoveka, prirodno pravo je u prošlosti, naročito danas, izgrađivano kao univerzalno i nedeljivo pravo utemeljeno na priznanju urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske porodice.

Prava dostojanstva čoveka, kao apriorna i po prirodi data svim ljudima na isti način bez obzira na njihove razlike po rođenju ili bilo kakvom legitimnom ubeđenju, danas postaju, ne samo univerzalna za sve ljude sveta, nego ta prava uživaju poseban imunitet – u tom smislu, što se ona ne mogu uskratiti bilo kakvom zakonodavnom intervencijom, sudskim odlukama ili upravnim merama u okviru pojedine države, bez obzira na različite oblike državnog uređenja.

U kontekstu rečenog, zaštita imunitetskih ljudskih prava sa područja dostojanstva ličnosti, mora imati, ne samo višestepenu sudsku zaštitu u formalnom

smislu, već i u smislu delotvorne i efektivne pravne zaštite, koja ne sme biti prepuštena uskom tumačenju slova zakona, već ciljnom tumačenju koje doseže do genusnog izvora proklamovanih i opšteusvojenih pravila, do svih atributa demokratske kulture, oslobođeno svih oblika opresije ili bilo kakvih metapравnih pritisaka ili uticaja.

Pored filozofskog opusa, prirodna prava čoveka, a posebno dostojanstvo čoveka kao »apsolutna svrha« (Kant), doživela su fazu skoro potpune kodifikacije u drugoj polovini 20. veka, u čitavom mozaiku dokumenata Ujedinjenih nacija, čije proklamacije predstavljaju nepregledni proces, a ostvarenja i praktična primena ovih prava hroničnu teškoću koju savremeni svet još nije u stanju da potpuno otkloni.

Što se tiče kodifikacije prava koja se odnose na dostojanstvo ličnosti, tu pre svih treba pomenuti Univerzalnu deklaraciju o pravima čoveka iz 1948. godine, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (oba iz 1966), a zatim tu je i druga i duga faktografija i hronologija međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima koja je ubrzo usledila i koja do danas traje, multiplicirana u čitave zbornike, koje ovde, zbog prirode ove uvodne reči nije potrebno posebno nabrajati. Ipak, pomenuću, zbog značaja koju ima za evropske zemlje, Povelju o osnovnim pravima Evropske unije (2000) koja čini sastavni deo predloga Ustava Evropske unije.

Tako ova Povelja, najpre predviđa da je dostojanstvo čoveka nepovredivo pravo, i u sledstvu te osnovne odredbe, rečeno je, da svako ima pravo na život i da niko ne može biti osuđen na kaznu smrti niti 520 ona može biti izvršena. Zatim je regulisano pitanje prava na fizički i duhovni integritet, i niz zaštitnih mera i zabrana u oblasti medicine i biologije, sve u cilju zaštite dostojanstva čoveka. Razume se, kada je reč o dostojanstvu, Povelja ističe zabranu torture, mučenja, nehumanog i degradirajućeg ponašanja odnosno tretmana. I najzad, tu dolazi i zabrana ropstva i prinudnog rada, kao i zabrana trgovine ljudima.

Šta znači odredba da je dostojanstvo čoveka nepovredivo (*lex imperfecta*) i da se ono mora poštovati i braniti, kada se svakoga dana, gotovo na svim stranama sveta, to dostojanstvo gazi, čak i od onih koji su dužni da ga štite, i to sve u velikom, pa mogu reći, i u ogromnom broju slučajeva, tako da to postaje žalosna pojava i degradirajuća slika savremenog sveta. Konstatujemo još jednom da disproporcija između proklamovanih i neostvarenih ljudskih prava, posebno na području dostojanstva čoveka predstavlja danas najslabiju tačku u celom sistemu ljudskih prava.

Život

Pre svega, pravo na život je preduslov svakog dostojanstva čoveka. Pravo na život je zakonsko i nadzakonsko pravo. Ono je uslov postojanja i ostvarenja svih drugih prava i svih oblika njegove društvenosti. Stoga, pravo na život uživa svestrana dejstva pravnog, moralnog i religioznog poretka svake prosvetene zajednice. Niko ne može biti samovlasno lišen života, i niko ne može imati vlast nad životom drugog. Otuda, pravo na život je *ius cogens* nacionalnog i međunarodnog prava.

Život je delo prirode i prema tom aktu, zakon može imati različit odnos. Oni zakoni koji su prožeti većim stepenom umnosti – poštuju ovu činjenicu prirode i istim stepenom pružaju zaštitu titularu prava na život. Naprotiv, oni drugi, kod kojih je čulnost iznad umnosti, zaštićuju titulara prava na život onoliko koliko im dopušta njihova čulnost.

Antagonisti prava na život danas su se udružili i prete katastrofalnim ishodom prava na život. Pomenimo samo nekoliko: nuklearno hemijsko oružje koje stoji kao Damoklov mač nad glavama svih stanovnika ove planete; genocid kao antiprirodna pojava i koja se u nekom vidu stalno javlja kao napast anti-uma; organizovani i neorganizovani terorizam zasnovan na uceni i nasilju kao deliktnom ponašanju; nove bolesti, a naročito one koje su možda emitovane iz različitih laboratorija smrti da bi se postigli različiti efekti; ogromne svojinske razlike koje dovode do masovne pojave gladi i nehigijenskih uslova života, od čega umiru stotine hiljada ljudi.

Zdravlje

Pored osnovnog prava na život, dostojanstvo čoveka podrazumeva i njegovo pravo na fizički i duhovni integritet. Tu, pre svega, treba podvući pravo na zaštitu zdravlja jer zdravlje je uslov života. Svako ima prirodno pravo na zaštitu zdravlja koja odgovara njegovim zdravstvenim potrebama. Zdravstvena zaštita potrazumeva, kako preventivnu zaštitu, tako i odgovarajući tretman. Sve mere zdravstvene zaštite moraju uvek biti zasnovane na načelu očuvanja ljudskog dostojanstva i osnovnih prava i sloboda sa aspekta primenjenih rezultata odgovarajuće nauke, posebno biologije i medicine. U tom smislu nije dozvoljena praksa koja je u suprotnosti sa ljudskim dostojanstvom, kao što je reproduktivno kloniranje ljudskih bića.

Ekologija

Pored prava na zaštitu zdravlja, svaki čovek ima pravo na zdrav i produktivan život u skladu sa prirodom. Zdrava životna sredina preduslov je ovog prava. Otuda, svako ima dužnost, a posebno država, da preduzima odgovarajuće akte u cilju očuvanja, zaštite i obnavljanja životne sredine i jedinstva ekosistema Zemlje.

Ekološki i ekonomski ciljevi moraju biti povezani »socijalnim kapitalom«, pravnim i moralnim poretkom i odlučnošću ljudi da zajedničkim radom podižu opšti razvoj svoje sredine, ali da istovremeno zadovolje potrebe zdrave životne sredine sadašnjih i budućih generacija. Drugim rečima, zaštita životne sredine predstavlja integralni deo razvojnog procesa.

Sadašnje stanje u tom pogledu daje jednu zabrinjavajuću sliku naše biosfere. Umesto globalne zdrave životne sredine – dobili smo globalno zagađenje i globalnu degradaciju životne sredine.

Otuda, kada je reč o dostojanstvu čoveka i njegovom pravu na život, očuvanje zdrave životne sredine je uslov njegovog opstanka na ovoj planeti.

2. KULTURA MIRA

Pravo na život i dostojanstvo čoveka može se ostvariti samo u miru, a ne ratu i nasilju kao antipodu umnosti. Otuda, mir beležim kao jednu od osnovnih univerzalnih vrednosti, ne samo sa stanovišta ostvarenja dostojanstva čoveka i integriteta njegove ličnosti, već i sa stanovišta opstanka sveta kao celine.

Različite agresije koje ugrožavaju život na našoj planeti, a posebno preteća opasnost od nuklearnog i drugog oružja za masovno uništavanje ljudi, može se prevazići i izbeći samo putem uspostavljanja regionalnog i međunarodnog mira i bezbednosti, gde je, pored mnoštva drugih činilaca, međukulturna tolerancija neophodni uslov svake harmonije u razlikama i konstitucije sveopšteg mira.

Kultura mira sa određenim stepenom ujednačavanja univerzalnih vrednosti putem multikulturne tolerancije (ekonomske, političke, klasne i rasne, religijske, jezičke, nacionalne, svojinske i ugovorne, i svake druge koja spaja razlike po rođenju ili bilo kom dostojnom ubeđenju) – jedini je put koji vodi ostvarenju proklamovanih prirodnih prava čoveka i univerzalnih vrednosti njegove društvenosti.

Suprotno, nekultura rata, sile i nasilja, kako nam prošlost vekova govori, odnela je milionske žrtve, a savremeni pakao razdora i nesloge može nas odvesti u sudar civilizacija, u rat glavnih grupacija sveta, koji, s obzirom na savremena sredstva za masovno uništavanje ljudi, preti opštom kataklizmom opstanka.

Sukob ideologija prošlost je 20. veka, a sukob civilizacija može biti izbegnut multikulturalnom tolerancijom.

I zato konstatujemo: samo je svet umnosti u stanju da nas izvede na put kulture mira. I to na način ostvarenja prirodnih prava čoveka, ne samo u filozofskom, već, pre svega, u pravno-normativnom opusu proklamovanih i kodifikovanih međunarodnih dokumenata Ujedinjenih nacija.

3. SAMOSVESNA SLOBODA

Posle života čoveka i kulture mira, evo treće univerzalne vrednosti – a to je sloboda sa svojim različitim i brojnim vrstama, koje čovek, kao društveno biće, uživa u određenoj zajednici i koje su upravo neophodne za opstanak i prosperitet te zajednice.

Život čovekov se odvija u zajednici, i svaki čovek, po prirodnom zakonu ima pravo da živi u zajednici. To je posledica njegovog socijalnog nagona koji proizilazi iz njegovog biološkog svojstva. Samim tim što živi u zajednici, čovekova sloboda je ograničena slobodom drugih. Drugim rečima, ograničena je koegzistencijom sloboda. Slobodu, dakle, treba shvatiti kao mogućnost da se čini sve ono što ne škodi drugome, a to znači da su granice vršenja prirodnih prava određene granicama tih istih prava koja poseduju drugi ljudi. Ona nije carstvo proizvoljnosti i slučaja, za razliku od carstva zakonitosti i nužnosti.

Prema tome, sfera prava jeste sfera slobode (Hegel), ali one slobode koja je u međuzavisnom odnosu sa slobodom drugih. Sloboda je, dakle, samosvesna, racionalna i disciplinovana. Pravda se ovde postiže proporcijom sloboda. Upravo takva sloboda je cilj svakog pravnog ustrojstva.

Polazeći od ovako definisane slobode kao večite ljudske težnje, polazeći, dakle, od samosvesne slobode kao racionalne simetrije sloboda, utvrđujemo sledeće pravilo: nema slobode pod nasiljem i nema slobode bez odgovornosti.

To su dve stožerne tačke koje određuju polje slobode u njegovom racionalnom značenju. Nasilje kao tuđa prinudna samovolja antipod je slobodi, a bezgranična sloboda antipod je društvenoj grupi.

Centralni opseg sloboda regulisan je međunarodnim konvencijama i drugim opštim aktima, kao i nacionalnim zakonodavstvom, što sve čini sveobuhvatni traktat sloboda savremenog čoveka.

Različiti vidovi proklamovanih sloboda danas čine čitav pravnički svet kojim se iskazuje duboka vera u one osnovne slobode koje bi trebalo da budu temelj pravde i mira u svetu i koje se najbolje ostvaruju demokratskom kulturom i zajedničkim poštovanjem prirodnih prava čoveka.

I zato: ostvarenje proklamovanih sloboda zavisi od stepena uspostavljene demokratije tako da se samo demokratska kultura koja podrazumeva toleranciju kao nužni atribut, može legitimisati kao poredak u kome su proklamovane slobode i ostvarene u velikoj meri u odnosu na druga ustrojstva, posebno u odnosu na vulgarnu i simulovanu demokratiju.

Pravo na slobodu proglašeno je najpre od strane Univerzalne deklaracije o pravima čoveka (1948) i to rečima da svako ima pravo na slobodu. Titulari prava na slobodu su sva lica bez ikakve razlike u pogledu rase, boje, pola, jezika, veroispovesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porekla, imovine, rođenja ili drugih okolnosti.

Njima se priznaje sloboda kretanja, privatnosti, misli, savesti i veroispovesti, sloboda mišljenja i izražavanja i udruživanja, sloboda zasnivanja porodice, sloboda glasanja na izborima, sloboda obrazovanja, sloboda neometanog uživanja imovine.

Sva ova i druga prava slobode ličnosti, predviđena su i dalje regulisana čitavim nizom dokumenata, kako na opštem planu, tako i regionalnim dokumentima o ljudskim pravima među kojima je za nas značajna Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama sa brojnim protokolima, kao i mnogi završni dokumenti konferencija o bezbednosti i saradnji u Evropi.

Povelja o osnovnim pravima Evropske unije, koja čini sastavni deo predloga evropskog Ustava, predviđa različite slobode: pravo na slobodu i bezbednost; zaštita podataka lične prirode; poštovanje privatnog porodičnog života i pravo na osnivanje porodice; sloboda mišljenja savesti i veroispovesti; sloboda izražavanja i informisanja; sloboda okupljanja i udruživanja; sloboda umetnosti i nauke; pravo na obrazovanje; profesionalne slobode i pravo na rad; sloboda preduzetništva; pravo vlasništva; pravo azila.

Sve ove slobode kao univerzalne vrednosti okuplja prirodno pravo u svoj kodeks sloboda, ali uvek pod aksiomom slobode kao racionalne pojave, samosvesno shvaćene od strane svih titulara koji pripadaju određenoj zajednici. Drugim rečima, polje bilo koje slobode jednog titulara, ograničeno je isto takvim poljem drugog titulara.

4. NAUKA KAO ISTRAŽIVAČKA I ISTINOLJUBIVA TEŽNJA

Kao saznajno iskustvena disciplina i kao »slika istine« sveopšte prirodne i socijalne pravde, nauka predstavlja univerzalnu vrednost čovečanstva. Svako ima pravo da učestvuje u naučnom napretku i u dobrobiti koja otuda proističe.

U mozaiku različitih naučnih grana, i pored savremene bifurkacije u kojoj tehnički um prednjači nad socijalnim, postoje zajedničke tačke: objektivnost i javnost znanja i novih saznanja.

U uslovima visoko proklamovane i ostvarene slobode ličnosti, nauka omogućava eliminisanje svake vrste oktroisane dogme, koja, *ipso facto*, zloćudno zatvara polje istine. Dogma i dogmatska netolerancija, a posebno ona koja se zasniva na diskriminaciji ljudi, pravi je antagonist nauke kao organizovane i istinoljubive sumnje.

Vreme koje svoju naučnu misao zatvori u dogmu i »molitvenik« bilo koje vrste, u lavirint različitih diskriminacija, nije vreme nauke već vreme dogmatske netolerancije, vreme plaćene neistine, koje za sobom ostavlja pusto ostrvo dostojanstva života.

Danas, možda više nego ranije, našem sveukupnom biću potrebno je više naučnih saznanja o nama i nama bližnjim, jer smo svi deo i delo iste prirode, jednaki u dolasku i jednaki u odlasku. Polazeći od ove datosti, u nauci ne sme vladati ničija vlast niti bilo čiji nalog političkih, finansijskih i državnih zvaničnika, već samo nalog savesti i naučno proverenog znanja, snaga boljeg argumenta u hipotezi tolerancije kao izraza duhovne slobode i odgovornosti u demokratskom obrazovanju volje, bez obzira na brojnost ili malobrojnost naučno obrazloženih pozicija.

Nauku ne treba da fascinira većina ili manjina nosilaca slike istine. Razume se, većina ili manjina, veoma je važna činjenica sa stanovišta organizacije i funkcionisanja neke celine, ali sa stanovišta naučne istine one nisu presudne veličine. Znamo kako je prošla manjina pre više vekova koja je izrekla istinu da se zemlja okreće, ili, kako je Sokrat prošao pred sudom atinske demokratije. U nauci, dakle, niko nema pravo da sebe stavlja iznad drugog, i da pluralizam života pretvara u monizam dogme i svoje autoritarnosti. Jer, takav zatvoreni sistem nikada neće stići do »učenog neznanja« kao krajnje tačke relativnosti našeg bitisanja i ograničene mogućnosti naše umne i fizičke prirode.

5. RELIGIJA KAO SVOJSTVO RAZLIČITIH CIVILIZACIJA

Religija kao sistem umnih nadiskustvenih i iracionalnih predstava o ljudskom bitisanju, rasprostranjena na sve civilizacije sveta, svojim diverzitetom i uticajem koji vrši na konstituciju i izgled pojedinih ustanova i kategorija prava i pravnog poretka, predstavlja jednu od univerzalnih vrednosti čovečanstva. Prema jednom autoritativnom mišljenju, religija je glavna određujuća karakteristika civilizacija

i u tom smislu velike religije su osnove na kojima počivaju velike civilizacije: hrišćanska, islamska, budistička. Ovde, *fundamentum divisionis* čini grupisana svest oko osnovnih pitanja nadiskustvene sfere ljudske umnosti (33 religije kao posebni autonomni sistemi koji imaju brojne pravce, predstavljaju »mape ljudskog uma«).

6. DEMOKRATSKA JEDNAKOST I MEĐUKULTURNA TOLERANCIJA

Demokratska jednakost i međukulturna tolerancija predstavljaju univerzalne vrednosti u svetu više kulture prava kao izraza opštekulturnog identiteta određene zajednice. Međutim, kada je reč o ostvarenju prirodnog prava kao univerzalno pravednog prava, onda nije dovoljno pretpostaviti demokratiju kao prost »zakon većine« koji može ugroziti manjinu ili se čak pretvoriti u svoju suprotnost – diktaturu većine nad manjinom.

Tamo gde je demokratija došla pre civilizacije, stradala je civilizacija. Takva demokratija sa gledišta prirodnog prava, ne bi bila u stanju da svakome obezbedi poštovanje ljudskih prava koja moraju u suštini biti ista za sve ljude, bez obzira na različite oblike društvenog uređenja. Takva demokratija (vulgarna) nije daleko od one druge (simulovane) u kojoj su demokratske proklamacije samo »papirne«, a u stvari, reč je o vladavini nasilja, bilo manjine nad većinom (razne vrste autokratskih i sličnih diktatura), bilo većine nad manjinom (razne vrste »demokratske« vladavine). Prema tome, vladavina racionalne koncepcije prirodnog prava pretpostavlja takav stepen demokratske kulture, u kojoj je, pored notornih atributa demokratije, tolerancija – njena prva i poslednja instanca.

Očigledno, takva vrsta demokratije koju ovde nazivamo demokratskom kulturom pretpostavlja najmanje tri svojstva: prvo, političku zrelost određene zajednice koja dolazi kao rezultat čitavog niza metapравnih determinanti (filozofska prosvetćenost, moralna zasnovanost, ekonomska konstitucija, politička emancipacija, tradicija opštih pravila ponašanja), a koje su izraz odgovarajuće »istorijske« nužnosti (Hegel); drugo, svest o odgovornosti, jer samosvesnu demokratsku slobodu nužno prati odgovornost – polje slobode jednog, granica je slobode drugog titulara slobode, opšte ili posebne (na primer, svojinske); treće, tolerantnost kao izraz visoko razvijene svesti, zajedničke i individualne.

Demokratska kultura pretpostavlja toleranciju kao izraz duhovne slobode i kulture razuma. O toleranciji je ovde na Kopaoničkoj školi poslednjih godina bilo reči, i zato ću u najkraćim crtama ponoviti samo markantne tačke te skice teorije i prakse tolerancije.

Kada je reč o toleranciji kao pravno filozofskom pojmu, i njegovoj implementaciji u domaće zakonodavstvo i sudsku praksu, čini se, da su tu moguća tri načina.

Prvi, prirodno pravo kao supstrat ili uzor pozitivnom pravu u tom smislu da se ustanove i pravila pozitivnog prava inspirišu ili čak poklapaju sa kategorijama racionalnog prirodnog prava. Tu ideju treba širiti u procesu stvaranja prava (nadležni predstavnički organi, gde treba više mesta dati toleranciji, na račun uskih partijskih interesa) do te mere da je svako pitanje u zakonodavnom postupku pod stalnom pažnjom integriteta pravde kao temelja legitimnog prava. To ne može biti samo pogodba ove ili one političke partije, jer ima nešto što je izvan njih, a to su opšta dobra zajednice. Kao primeri supstrata prirodnog prava u odnosu na pozitivno mogu se navesti: primena načela komutativne i distributivne pravde u materiji deliktne i ugovorne štete, ekvivalencija kao načelo ugovornog prava, pravilo da se niko ne može pozvati na sopstvenu nedozvoljenu radnju, da ne može preneti više prava nego što i sam ima.

Drugi način primene tolerancije na polju pozitivnog prava jeste korišćenje permisivnih normi tj. onih normi koje subjektu prava dozvoljavaju različita ponašanja pod dejstvom iste sankcije. Tu se ostavlja mogućnost svakom subjektu prava da svoje ponašanje uskladi sa jednom od zakonom predviđenih alternativa, čime se u velikoj meri ostvaruje i pravo na toleranciju, posebno manjine. Razume se, da takvih normi ima dosta u pozitivnom pravu (čitave grane, kao što je nasledno ili ugovorno pravo) ali ih treba koristiti i u drugim granama prava s tim što treba da bude postavljena jedna jasna granica u smislu očuvanja ustanove javnog poretka.

I treći način uvođenja tolerancije u praksu jeste interpretacija zakonske norme od strane suda, a sve u kontekstu ratifikovanih međunarodnih konvencija i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava.

Pravo na toleranciju kao subjektivno pravo, treba konstituisati kao posebno subjektivno pravo titulara tolerancije, fizičkog ili pravnog lica. Ovo pravo treba formulisati kao skup određenih ovlašćenja i tužbe u materijalno-pravnom smislu u tom smislu što bi to pravo delovalo kao pravo erga omnes ili *inter partes*, što zavisi od karaktera prava koje se ovim putem štiti. Tako, pravo na toleranciju deluje *erga omnes* u postupku stvaranja prava – *actio popularis*, odnosno *inter partes*, uglavnom u domenu privatnog prava.

Socijalna dimenzija tolerancije u sferi globalizacije privrede i svetskog poretka, mora i misaono i materijalno da dobije snažnu notu socijalne dimenzije, jer se snaga jednog društva i njegova pravda, meri i blagostanjem slabijih.

Obrazovanje i tolerancija, počev od elementarnih znanja o pravima čoveka, pa sve do uspostavljanja sistematskih nastavnih metoda svih stepena obrazovanja

koja će obuhvatiti kulturni, socijalni, ekonomski, politički i religiozni izvor tolerancije. To ne sme biti samo jedan školski predmet podeljen na lekcije, već tolerancija mora naći mesto u svim nastavnim, školskim i vanškolskim ustanovama. Ovo tim pre, što se tolerancija ne donosi rođenjem, već se stiče tokom života, što znači da ona nije urođeno već stečeno prirodno pravo.

7. PRAVDA I AKTIVNA PRAVIČNOST

Pravda predstavlja univerzalnu i apsolutnu vrednost prirodnog prava, koja je u određenoj meri implementirana u konkretno pozitivno pravo. Kada se pozitivno pravo shvati i ostvari u kompoziciji pravde, kada opšta konstitucija jedne zajednice prihvati pravdu kao stožernu vrlinu, tada pravo te zajednice postaje legitimno u svom izvoru i legalno u svojoj primeni.

Povelja o osnovnim pravima Evropske unije problem pravde stavlja u kontekst sudskog odlučivanja. U tom smislu izriče pravilo da svako lice kome su povređena prava i slobode koje su garantovane pravom Unije, ima pravo da se za pomoć obrati sudu i da njegov zahtev bude razmotren nepristrasno, javno i u razumnom roku.

O sudskoj nezavisnosti i uopšte o ulozi suda o ostvarenju pravde, Kopaonička škola je tom pitanju, posvetila osobitu pažnju. Pre svega, jedne godine (1995), opšta tema na ovoj Školi je bila Sud i pravo, ali i u svim drugim godinama pitanje sudijske nezavisnosti je bilo na predsedavajućem mestu, ali, nažalost, kada je reč o našoj praksi, ove reči Kopaoničke škole kao da su bile upućene Robinzonu, a ne odgovornim državnim i sudskim zvaničnicima.

Vršeći svoju dužnost, sudije se izjašnjavaju o životu i slobodama, kao elementarnim prirodnim pravima ljudi, dakle, o svim univerzalnim i parcijalnim vrednostima. Sudijska nezavisnost i nepristrasnost neminovna je pretpostavka ustanove sudstva. Pitanje nezavisnosti sudije nije samo pravno pitanje, to je pitanje opšte kulture jedne zajednice. Princip nezavisnosti sudije predstavlja demarkacionu liniju koja deli polje prava od pustinje neprava. I zato svakom ko dirne u nezavisnost sudije, razume se, u kontekstu trodelne podele vlasti, neka zna šta čini, a čini atak na pravnu državu, i ako ga trenutno ne stigne sankcija stići će ga sasvim sigurno ona istorijska koja može biti teža od trenutne.

Kopaonička škola je u više navrata argumentovano iznosila pitanje sudstva i to sa više aspekata, a naročito sa stanovišta sudijske nezavisnosti.

Ako bi se uzeli u obzir svi tekstovi koji su o ulozi suda i sudijskoj nezavisnosti napisani i formi završnih dokumenata saopšteni najširoj pravničkoj javnosti, može se reći da je Kopaonička škola zasnovala jednu doktrinu koja sveobuhvatno izražava gotovo sva pitanja vezana za ustanovu sudstva, počev od sudijskog statusa, garantije sudijske nezavisnosti, načina izbora sudije, materijalnog položaja sudije, vanskudske aktivnosti sudije, sudijski imunitet, način unapređenja, trajno usavršavanje, uslovi rada, raspodela predmeta, itd.

Kopaonička škola o ovom vitalnom pitanju rekla je sve ono što danas predstavlja međunarodni standard u ovoj oblasti i to sve argumentovano i pravno filozofski utemeljeno.

Zašto niko od zvaničnika nije nikada i nigde u ovoj zemlji uzeo u razmatranje sva ova pitanja, tim pre što im je svake godine uručivan Završni dokument Kopaoničke škole sa konkretnim predlozima.

Odgovor verovatno treba tražiti u tome što Kopaonička škola nije politička već naučna organizacija, a politički imperijum ove ili one partije, u našim uslovima, uvek je spreman da naučni i životni fakt podvede pod svoje, a ne pod opšte interese.

Sudovi su glavni gradovi carstva prava, a sudije njegovi vladaoci, kako to figurativno kaže Dvorkin. Oni nisu vizionari kao što je pravna nauka, ali su oni stubovi prava i pravde i zato moraju biti zaštićeni od svakog akta političke prolaznosti. Oni sude na osnovu legitimnih zakona i u to ime izriču pravdu – veće dužnosti od te nema.

To ne znači da su oni okamenjeni u večnosti i da su nepogrešivi, jer *erare humanum est*. Dakle, sigurno je da i ovde postoje, od manjih profesionalnih, pa sve do većih izvanprofesionalnih grešaka pa i delikata. Ali, postoje zakoni koji predviđaju način izbora sudije, kao i prestanak njegove funkcije, ali samo pod zakonom utvrđenim uslovima, kako materijalno-pravnim tako i procesnim.

Međutim, ako se sve to ignoriše, pa se sudije biraju po kriterijumu političke pripadnosti ili naklonosti, što sve više uzima maha, i to, na manje-više javan način, onda je to opet revolucionarna svest kao izvor prava svojstvena nedemokratskom društvu.

Razume se, u uslovima nepravne države sudijska nezavisnost se svodi na zavisnost od partijske, a ne zakonske, odluke. Takva zavisnost pretvara sudiju u derivat jednosmernog naloga (političkog, nacionalnog, rasnog ili klasnog) domaćeg

ili međunarodnog, koji treba plaćenu neistinu da obuče u pravno ruho. Razume se, tada sudija objektivno nije u stanju da primeni pravedno pravo.

U hipotezi, dakle, nepravne države, pravo tone u najdublje slojeve krize, a s njim tone i princip nezavisnosti sudije. Ići takvom pravu i takvom sudiji znači ići antipravdi. Cela istorija je tu, da nam posvedoči ovu tvrdnju. I ne samo istorija, već i komparativna stvarnost.

Nezavisnost sudije moguće je ostvariti samo u hipotezi vladavine prava i pravne države. To dalje znači da se nezavisnost sudije, pored drugih atributa pravne države, mora kretati na prostorima poštovanog principa trojne podele vlasti, gde sudska vlast ima svoje Ustavom i zakonima predviđeno područje, a to znači da svaki atak od druge vlasti, pre svega izvršne odnosno upravne vlasti, znači pad kulture prava do stepena antiprava.

Kopaonička škola je formulisana dvanaest tačaka sudijske nezavisnosti: 1. sudija je u izricanju pravde nezavisan od bilo koje vlasti, osim vlasti legitimnog zakona; 2. sudija donosi nepristrasne odluke u zakonom predviđenom postupku na osnovu procene činjenica i razumevanja zakona u smislu ostvarenja komutativne i distributivne pravde; 3. sudija primenjuje i norme u ljudskim pravima koje proizilaze iz ratifikovanih međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava; 4. sudija je ličnost javnog poverenja; 5. sudijska dužnost je zasnovana na visokom stupnju pravničke i opšte kulture; 6. sudija kao i drugi građani uživa opštu slobodu mišljenja, govora, izražavanja uverenja, profesionalnog udruživanja, okupljanja i kretanja, ali uvek tako da čuva dostojanstvo svog poziva i nepristrasnost i nezavisnost sudstva; 7. vršenje sudijske dužnosti ne sme biti predmet nedostojnih uticaja, pritisaka, pretnji ili intervencija, direktnih ili indirektnih, od strane bilo koga i iz bilo kojih razloga; 8. svako je dužan da, u granicama javnog poretka i morala, poštuje nezavisnost sudije i da se uzdrži od svakog akta nedostojnog uticaja; svako lice koje svojim aktom nedostojnog uticaja naruši ili ugrozi nezavisnost sudije, kazniće se po zakonu; 9. država garantuje nezavisnost sudije doslednom primenom načela vladavine prava i načela podele vlasti, po kojoj sudska vlast pripada sudovima; 10. sudija ne može biti pozvan na odgovornost ili za glas koji je dao u vršenju sudijske dužnosti, a imunitet sudije se uređuje zakonom; 11. sudija ne može vršiti vansudske poslovne aktivnosti kojima se kompromituje njegova sudska nezavisnost ili dostojanstvo; 12. sudija se mora izuzeti da postupa po određenim predmetima u slučaju da postoje takvi razlozi koji dovode u pitanje njegovu nepristrasnost, kao i kada može doći do sukoba interesa koji je nespojiv sa vršenjem sudijske funkcije i nezavisnosti sudije.

Sudijsku nezavisnost ne obezbeđuje samo demokratija kao vladavina naroda, već takva demokratska konstitucija koja ima sve odlike pravne države.

8. PRAVNA DRŽAVA I PRAVNA SIGURNOST

Pravna država i pravna sigurnost predstavljaju univerzalne vrednosti koje je moguće dostići u uslovima demokratske kulture i primenjene koncepcije racionalnog prirodnog prava.

Svako ima pravo da živi u takvoj državi koja je u stanju da u svom pravnom sistemu obezbedi vladavinu načela legitimiteta i legaliteta u granicama društvene tolerancije – pravna država.

Kao jedan deo pravde i kao element pravne države, pravna sigurnost uživa epitet univerzalne vrednosti. Pravna sigurnost ne može izolovano delovati izvan drugih društvenih ustanova i zahteva, već je ona upravo inkorporirana u društveni organizam i čini organsku celinu sa ekonomskom i socijalnom sigurnošću.

Razume se, evolucija i promene pravnih institucija su, s jedne strane, nužne, jer one treba da prate društvene odnose u »svetu života«, ali, s druge strane, kumulacija pravnih ustanova mora biti prožeta načelom pravne sigurnosti koja će stalno pratiti pravo u pokretu, u njegovom kretanju na putu stalnog nastajanja i usavršavanja, pa i u periodima revolucionarnih preobražaja društva, jer se i tada, neki kontinuitet pravne civilizacije mora održati i poštovati.

U pojmu krize pravnog sistema pravna sigurnost figurira kao skupni atribut, kao neka vrsta zajedničkog imenitelja za ostale atribute: kvalitet i kvantitet prava, neprimena i neobjektivna primena prava i ugroženost načela ustavnosti i zakonitosti.

U stvari, kriza pravnog sistema postoji u slučaju kada njegova dalja egzistencija zapadne u stanje odlučujućeg trenutka transformacije, i to usled takvih nedostataka u kvalitetu i kvantitetu prava, koji su doveli do neprimene ili neobjektivne primene prava, ugrožavajući ustavnost i zakonitost do te mere, da je po opštem mišljenju pravna nesigurnost postala društveni fakt i koja dovodi do »pobune« fakta protiv prava.

Polazeći od ovih konstatacija, može se reći da se svi nedostaci jednog pravnog sistema sintetizuju u žiži efekta prava, u procesu njegove primene.

Kada u procesu primene prava dođe do velike doze neizvesnosti, onda to unosi disharmoniju u integritet socijalnih i pravnih ustanova, nastaje socijalna, ekonomska i pravna nesigurnost, gubi se vera u autoritet prava, i samim tim, pravo postaje nemoćno da verno odražava karakter i prirodu svog materijalnog izvora.

Otuda, pravna nesigurnost se javlja kao kumulativni atribut pojma krize pravnog sistema, ali, razume se, pod veoma kategoričnim zahtevom, da se određeni stepen pravne nesigurnosti mora ustanoviti na siguran način i u tom smislu je kriterijum opšteg mišljenja od bitnog značaja.

9. LJUDSKA PRAVA KAO SINTEZA ORGANIZOVANE UMNOSTI

Ljudska prava predstavljaju takvu univerzalnu vrednost, koja u sebi sadrži sve druge vrednosti o kojima je do sada bilo reči – dostojanstvo, kultura mira, samosvesna sloboda, nauka, religija, demokratska jednakost, međukulturna tolerancija, pravda i aktivna pravičnost, pravna država i pravna sigurnost. Jednom rečju, sve ono što čini područje univerzalne prirodne i socijalne pravde.

Putem implementacije i internacionalizacije, danas, ljudska prava su postala koncept za sve kulture, kosmička vera za sve ljude, možda više od bilo koje religije, i to, u vitalnim prostorima svake organizovane društvenosti, dakle, u domenu građanskih i političkih, ali isto tako i u domenu ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava.

Sa stanovišta ispoljavanja, ljudska prava su imala dva vida svoje opstojnosti – jedan filozofski i drugi pravnonormativni izraz koji je, posle određene evolucije, doživeo svoju obuhvatnost i skoro potpunu kodifikaciju u Dokumentima Ujedinjenih nacija i drugih međunarodnih organizacija.

U tu kodifikaciju ugrađen je čitav filozofski opus prirodnog prava, ali ovde ćemo posebno označiti racionalnu koncepciju, tu jaku »svetlost razuma«.

Tekovine filozofije prirodnog prava, posebno racionalna koncepcija prirodnog prava i njen normativni izraz u vidu proklamovanih i kodifikovanih ljudskih prava u brojnim dokumentima Ujedinjenih nacija – podigle su autoritet prirodnog prava koji je u svom legitimitetu i širini dobio toliko mesta da se moglo govoriti o začecima jednog univerzalnog ili svetskog prava.

Sve je to ulivalo nadu da će naša civilizacija ostvariti tzv. zlatni vek u kome će prirodna prava čoveka biti jednom zauvek zaštićena i ostvarena.

Ali taj univerzum nije nastupio. Umesto njega, u praktičnom ostvarenju kodifikovanih i implementiranih prirodnih prava nastupilo je vreme nesloge, nasilja kao opozicije umnosti, došlo je do ogromne razlike između proklamovanih i neostvarenih ljudskih prava i to je danas sudbinsko pitanje naše pravničke i svake druge javnosti.

Uzroci ovakvog stanja su brojni i raznovrsni, zavisno od prostorno-vremenske stvarnosti, geografskog i ideološkog faktora, religijske i filozofske svesti, ekonomske mogućnosti – od stepena opšte i jurističke kulture.

Ipak, kada je reč o neostvarenju ljudskih prava sa stanovišta najšire opštosti sveta pravnih normi, unutar i izvan pojedinih familija prava, mnoštvo uzroka mogu se svesti na tri osnovna: ekstremno siromaštvo, antipravne države, zloupotreba ljudskih prava.

U mnogim državama sveta danas je objektivno nemoguće ostvariti mnoga prava koja su utvrđena kao ekonomska, socijalna i kulturna: jedna milijarda ljudi danas živi u uslovima apsolutne bede tako da ogroman broj ljudi i dece umire (svakih pet sekundi) usled nedostatka hrane i nehigijenskih uslova života. To je pravi atak na elementarno ljudsko dostojanstvo i fizičku egzistenciju jedne petine ili šestine stanovništva našega sveta, ne ulazeći ovog puta u razloge ove pojave. Namera nam je samo da ukažemo na frapantnu suprotnost između proklamovanih i neostvarenih ljudskih prava kada je u pitanju svet ekstremnog siromaštva gde jedna humanitarna katastrofa preti i katastrofom neostvarenja prirodnih prava.

S druge strane, u značajnom delu sveta, ljudska prava su prihvaćena putem implementacije, ali u tim zemljama nedostaje poštovanje načela legaliteta, jer nemaju atribut pravne države.

Najzad, treći uzrok se može videti u pojavi zloupotrebe ljudskih prava koja se ponekad preuzimaju čak i od strane onih država koje mogu poneti epitet pravnih država, ali koje u određenim područjima vrše zloupotrebu ljudskih prava.

Tu se zaštita ljudskih prava svodi na ekvivalenciju nasilja, sistem osvete u tom smislu što se jedna povreda ljudskih prava leći drugom povredom, nekad i većom, i tako u nedogled ide sistem taliona – automatizam odmazde.

Vođene i rukovođene različitim ciljevima: vojnim, ekonomskim, političkim – danas moćne države, umesto da su moćne u zaštiti ljudskih prava, one su svakim danom sve moćnije u ostvarivanju svojih ciljeva i to se ostvaruje, ili pod vidom zaštite ljudskih prava ili pod dejstvom ucene koja je danas postala prvo žalosno slovo azbuke u komuniciranju u međunarodnim i unutrašnjim odnosima. Umesto tolerancije i demokratske kulture, fizička sila dobila je odeću ucene koja je ne samo pravni i etički delikt, već i izraz niže kulture prava.

Kao što se vidi, postojeće stanje ljudskih prava, ovlašćuje nas da utvrdimo nesaglasnost između predviđenih i prihvaćenih ljudskih prava od strane međunarodnih konvencija i fakta neostvarenja ili delimičnog ostvarenja ovih prava u mozaiku država koje čine univerzum pravnih sistema.

Taj odnos između prihvaćenog a neostvarenog, taj fakt pogaženih obećanja – danas je najslabija tačka u celom sistemu ljudskih prava.

Međutim, savremena kriza ljudskih prava ne vidi se u kumulaciji povrednog i ugroženog načela legitimiteta i legaliteta, već samo u neostvarenju legaliteta tj. u neprimeni ili neobjektivnoj primeni proklamovanih ljudskih prava.

U svakom slučaju, legalitet u primeni ljudskih prava zahteva dubinu filozofije komutativne i distributivne pravde koja je još od antičkog vremena preživela sve vekove i koja se i danas javlja kao temeljna odrednica kulture prava.

Svako drugo pragmatsko i nefilozofsko postupanje u konceptu ostvarenja ljudskih prava, vodi rezultatu kratkog efekta, kako u prostoru, tako i u vremenu.

NAŠE PRAVO

Posle ovog opšteg pogleda, postavimo i pitanje, gde je naše pravo u toj Galaksiji prava, u toj kompoziciji univerzalnih vrednosti, gde, kao što smo istakli, nikako da se smanji jaz između proklamovanih i još neostvarenih prirodnih prava čoveka.

Odgovor na ovo pitanje pruža se u dva pravca: jedan je opšti, a drugi je lokalni.

Pre svega, opšte stanje ljudskih prava, a to znači i stanje svih univerzalnih vrednosti o kojima je do sada bilo reči – odražava se i na naše pravo koje deli otisak te opštosti. Otuda, pri oceni postojećeg stanja u našem pravu treba uvek imati u vidu upravo te opštosti, jer se one shodno reflektuju i na naše pravo, kao odnos celine prema njenom sastavnom delu u smislu komutativne proporcije.

Međutim, kao deo te celine, naše pravo ima i svoj lokalni problem, svoju krizu za koju važe posebna pravila.

Opšta konstatacija glasi: naše pravo nije koherentno, ono nije stabilno, ono nema izgrađeni koncept. Kao takvo ono proizvodi pravnu nesigurnost, kako u pogledu donošenja, važenja i olake promene zakona, tako još i više u pogledu njegove primene i neprimene u postupku izvršenja – a pravna nesigurnost predstavlja skupno mesto svih elemenata krize prava i pravnog sistema.

Takvo stanje, razume se, ne može biti objašnjeno samo pravno-tehničkom izmenom slova zakona, dakle, ne može biti objašnjeno metodom egzegeze, već dubljim socijalnim razlozima i svim društvenim činionicima koji određuju smisao i prirodu prava, počev od prostorno vremenske dimenzije i državno-pravnog statusa, pa sve do kapilara prava ugrađenih u pojedine pravne discipline, što sve zajedno pruža sliku istine, istorijske i savremene datosti.

Navedimo, sasvim kratko, jednu hronologiju koja nam upravo ukazuje na uzroke različitih pojava našeg prava u skorijoj istoriji.

Naše pravo oduvek je pripadalo rimsko-evropskoj porodici prava, snažno naslonjeno na romansku i germansku školu prava, koja se oduvek zasnivala na filozofiji opštosti pravnih kategorija, a ne na pragmatiki i kazuistici, što je svojstveno nekim drugim porodici prava.

U tom smislu je i bilo izgrađeno zakonodavstvo i u Srbiji i u Crnoj Gori već u drugoj polovini 19. veka, i kasnije posle Prvog svetskog rata u zakonodavstvu Jugoslavije.

Iz te evropske pravne kulture izbačeni smo odmah po okončanju Drugog svetskog rata, uspostavljanjem komunističke prakse, a to znači i rušenjem pravnih i drugih ustanova tzv. građanskog društva zasnovanog na privatnoj svojini i tržišnim odnosima.

Već 1946. godine donešen je Zakon o nevažnosti svih pravnih propisa predratne Jugoslavije čime je izvršena potpuna abrogacija prava zasnovanog na tržišnoj privredi i demokratskim principima. Time je naš pravnički put bio izbrisan iz brojnog stanja evropskih pravnih sistema. Učinili su to oni koji su crtali političku geografiju sveta vođeni nekim svojim motivima, o čemu, razume se, ovde neće biti reči.

Hoću samo da podvučem da je naše pravo više od pola veka pripadalo tzv. socijalističkom pravu, dakle, pravu po volji vladajuće klase. O tome neću više govoriti, jer su to sasvim poznate stvari, ali samo da istaknem: na bazi revolucionarne svesti izvršene su razne nacionalizacije i drugi vidovi uzurpacije imovine, što u određenoj meri stoji još i danas.

I tako smo stigli do prvih ocena našeg prava i stanja njegovog zakonodavstva.

Naše pravo danas u velikoj meri predstavlja jedan konfuzni pravnički lokalitet koji je do juče bio u Robinzonskom položaju. Njega čine različiti heterogeni elementi: 1. ostatak revolucionarne svesti; 2. nestabilan državopravni status proizvodi i nestabilno pravo, pa često i neprimenjivo; 3. nesistematičan pristup harmonizacije našeg prava sa pravom Evropske unije, više političko kampanjski, nego naučno proveren i izgrađen.

Sve je to stvorilo opštu nesigurnost, ekonomsku i socijalnu, a pravna nesigurnost predstavlja prvo slovo azbuke u praktičnom pravnom životu, koja je vidljiva na svakom koraku, kako pred upravnim, tako i pred sudskim organima, posebno

u postupku izvršenja odgovarajućih odluka. Uopšteno može se reći da pravna nesigurnost glasi: nejednako postupanje sa jednakim stvarima.

Kada je u pitanju pravna nesigurnost, kao jedan od elemenata državnopravne, ekonomske i socijalne nesigurnosti, onda treba istaći, da kada je reč o ustavno-pravnom uređenju Srbije za poslednjih 160 godina (od 1835) do danas, doneseno je 14 ustava, što sve govori o krizi našeg identiteta, pa u vezi s tim i integriteta.

To stanje traje i danas sa različitim oscilacijama, možda danas više i značajnije nego u poređenju sa nekim periodom iz naše prošlosti.

Prema tome, u našem društvenom biću ima nečeg istorijski nedovršenog, što bi trebalo da čini osnovu stabilnog ustavnog uređenja. Na tom putu, na toj viziji, mora se istrajati u više generacija, ako hoćemo da konstituišemo svoj identitet, svoje pravo na razliku, ali uvek u mozaiku kulturnog diverziteta sadašnjeg sveta.

Iskustvo je pokazalo da sve što smo u ratu dobili, ili navodno dobili, izgubili smo u miru. Neka bude jedanput zauvek rečeno: u utakmici velikih naroda, u smeni pobednika i poraženog, možemo se održati jedino kao kulturna snaga. Na velikoj sceni čulnosti i umnosti ovoga sveta, izlaz se može tražiti samo u kulturi i istini koje proizilaze iz mudrosti, zajedničke i individualne.

I zato, kada je u pitanju naše nestabilno pravo, krizu ćemo premostiti samo istrajnom snagom jedinstva svih činilaca prava, posebno slogom političko-partijskog pluralizma, uvek kada su u pitanju opšti interesi i opšte dobro.

Opšti interesi i opšte dobro moraju uživati, ne samo dužno poštovanje, već i aktivni imunitet koji ne sme biti narušen trenutnim interesom bilo koje političke stranke.

Pluralizam političkih stranaka je prirodna pojava demokratske kulture i on donosi emanaciju slobode ličnosti i svih oblika njenog socijabiliteta. Ali, ta sloboda mora biti samosvesna, racionalna i utemeljena i ciljno vođena u smislu zaštite javnog dobra, opštih interesa – nacionalnih, ekonomskih, političkih, evropskih i svetskih.

Sadašnja politička scena nije postigla te vitalne ciljeve naše zajednice, što se odražava i na krizu prava i pravnog poretka. Pri svađama našim domaćim, evropska je stvar nama kao svađba. Hoću reći, kada bi imali jednu zajedničku tačku oslonca, argumentovanu i jedinstvenu (narod kaže gde je sloga tu je Božji blagoslov) mnoge stvari bi i na opštem planu bile drugačije postavljene i utvrđene.

Prvi uslov izlaska iz krize jeste veći stepen umnosti i odgovornosti, sadašnje i one koju imamo pred generacijama koje dolaze, i to odgovornosti svih činilaca

i zvaničnika prava – političkih i državnopravnih, u stvaranju legitimnih zakona i njihove realizacije u postupku primene kroz načelo legaliteta, a sve u smislu komutativne i distributivne pravde koja je tako snažno proklamovana u međunarodnim dokumentima. Drugim rečima, sve to u konstituciji pravne države, a ne samo na ustavnom papiru, već u svetu života, počev od načelnih pa sve do poslednjih čestica prava u svakodnevnom životu. Jer, šta znači kada se danas kaže da se neki zakon ne primenjuje ili se samo delimično primenjuje, onda se on seli na neku kliniku za patologiju, a zna se ko se unosi u obdukcionu salu takve klinike.

Napuštanje dogmatske netolerancije je uslov izlaska iz krize, kako bismo mogli da izgrađujemo pravedno pravo, a ne pravo kao izraz volje ili samovolje vladajuće klase, ili bolje rečeno, volje nosilaca političke prolaznosti i zvaničnika državne vlasti. Nije reč samo o verbalnom izjašnjavanju – ta mimikrija nam je dobro poznata, od tih bujica reči i lažnih zakletvi u medijima, skoro da i nema drugih vesti (i ako ih ima one se saopštavaju kao sekundarne). U stvari potrebno je osloboditi se navika, svesti i namere – da se zakon gazi uvek kada to odgovara trenutnoj volji ili interesu bilo koga i bilo koje političke boje on bio.

Napuštanje revolucionarne svesti kao izvora prava koja je ušla u sve pore, kako ranijih, tako i sadašnjih nosilaca javnih funkcija predstavlja dalji korak na putu izlaska iz krize. Oni koji su po svojoj funkciji dužni da učvrste pravnu sigurnost, oni su u mnogim situacijama, držeći se svoje revolucionarne svesti a ne zakona, delovali negativnim primerom nepoštovanja ni zakona ni suda. Šta znači ako nosioci upravnih funkcija javno kažu kako neka presuda nekog suda nije dobra i kako oni ne stoje iza takve presude. U trodelnoj podeli vlasti, to znači da se taj princip gazi, i sprovodi se princip jedinstva vlasti što nije ustavno načelo.

Ta ustaljena revolucionarna svest po kojoj se zakon gazi uvek kada to odgovara detentorima vlasti, mora se zameniti vaspitanjem da je legitiman zakon iznad njih, a da su oni samo prolaznici a ne vlasnici vremena, kako to često misle. I zato posle više od pola veka ta revolucionarna svest mora sići sa naše scene i ustupiti mesto stabilnim legitimnim zakonima – jednako u jednakim slučajevima. Samo takvo postupanje izvodi nas na put pravne, a ne partijske države.

Koncept našeg prava mora biti duboko fundiran u filozofiji pravde ispoljene u svim kodifikacijama ljudskih prava u okviru Ujedinjenih nacija i Evropske unije.

Emitovanje fraza »idemo u Evropu« i slične političke legitimacije samo govore o površini stvari bez dubljeg filozofskog opredeljenja koncepta našeg prava. To, dakle, nije i ne može biti trenutna kampanja, već koncept prava koji zahteva trajno opredeljenje filozofije pravde.

Mi danas imamo veliki broj političkih partija, ali pitanje glasi: da li je ijedna politička partija posvetila pažnju konceptu našeg prava, izuzev onih uopštenih i u svemu već amortizovanih reči – pravna država i vladavina prava, ali to u tim programima više je dekor i ukras, nego duboko opredeljenje koncepta prava sa svim njegovim opštim i posebnim atributima.

Poznavanje i primena ratifikovanih konvencija i opšteusvojenih pravila međunarodnog prava i međunarodnih standarda je neophodni uslov izlaska iz krize prava.

Dosledno poštovanje principa trodelne podele vlasti u kojoj je sudska vlast nezavisna u odnosu na druge dve vlasti predviđene ustavnim i drugim pravnim aktima. Ovo pitanje mora zaokupiti pažnju svih poslanika prava kako se trodelna podela vlasti kao ustavna kategorija ne bi u praksi pretvorila u jedinstvo vlasti, gde naročito upravna vlast, prisvaja imperiju vladavine nad sudskom vlašću.

U kontekstu principa trodelne podele vlasti sudijska nezavisnost je neminovna pretpostavka ustanove sudstva. Ustanova nezavisnih sudova jedno je od najvećih kulturnih tekovina čoveka i njegove državne asocijacije. Na kojoj se visini nalazi sudstvo jedne zemlje na tom stupnju je i kulturna vrednost te zemlje.

Ako bismo usvojili sve ove tačke izlaska iz krize: ako bismo se oslobodili dogmatske netolerancije, revolucionarne svesti, ako bismo postavili koncept prava, ako bismo primenjivali međunarodne standarde i poštovali trodelnu podelu vlasti i sudijsku nezavisnost – onda bismo se našli na putu rekonvalescencije prava i pravde, na putu demokratske kulture i tolerancije kao neizbežnog svojstva te kulture.

* * *

Poštovane kolege, dozvolite mi, da vam na samom kraju ovog uvodnog obraćanja, još jedanput, uputim reči vere u zajedničku umnost savremenog sveta koja je okupljena u zdanju prirodnog prava racionalnog smera.

Pred pogledom nerođenih, na nama je humana dužnost da ne dozvolimo posthumanu budućnost za one koji dolaze posle nas, i koji su, takođe, deo i delo iste prirode, jednaki sa nama u dolasku i jednaki u odlasku.

Otuda, putem univerzalnih vrednosti koje predsedavaju ovogodišnjim skupom Kopaoničke škole, svojim naučnim, stručnim i ljudskim potencijalom – širimo kulturno srodstvo sa svim ljudima sveta. I to putem ostvarenja proklamovanih i kodifikovanih prirodnih prava čoveka na čitavom horizontu građanskih, političkih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava.

Neka se rezultati Osamnaestog susreta Kopaoničke škole prirodnog prava nađu na tom humanom putu, a naš *Universitas Iuris Naturalis Copaonici* neka na tom putu živi svoju večitu mladost.

PRVA KATEDRA

PRAVO NA ŽIVOT

Život; Zdravlje; Ekologija; Sport

DORĐE ĐORĐEVIĆ

UBISTVO ZDRAVSTVENOG RADNIKA KAO OBLIK TEŠKOG UBISTVA

Naše krivično zakonodavstvo pruža pojačanu krivičnopravnu zaštitu pojedinim licima zbog značaja poslova koje obavljaju i, vezano za to, njihove veće ugroženosti. To se posebno odnosi na njihovo pravo na život kao osnovno i najvažnije ljudsko pravo. Jedna od kategorija lica koja uživaju ovakvu, pojačanu zaštitu života i telesnog integriteta jesu i zdravstveni radnici koje naš KZ tretira kao lica koja obavljaju poslove od javnog značaja. Međutim, da bi ubistvo jednog zdravstvenog radnika moglo da se kvalifikuje kao teško ubistvo potrebno je da budu ispunjena dva uslova: da profesija ili dužnost koju je zdravstveni radnik obavljao ima povećani rizik za bezbednost lica koje ga obavlja i da je do lišenja života došlo u vezi sa poslovima koje je zdravstveni radnik obavljao. Iako napadi na zdravstvene radnike u vezi sa poslovima koje obavljaju, na sreću, nisu česti u praksi ovakav njihov status sa gledišta zaštite prava na život čini se opravdanim. Međutim, brojne nepreciznosti u ovim odredbama mogu da stvore probleme u praksi pa bi ih de lege ferenda trebalo otkloniti.

Ključne reči: zdravstveni radnici, poslovi od javnog značaja, teško ubistvo, krivičnoppravna zaštita, Krivični zakonik

Prof. dr Đorđe Đorđević, redovni profesor Kriminalističko-policijskog univerziteta, 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 2011–2022. (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-policijski univerzitet u Beogradu 2011–2022. (rukovodilac projekta prof. dr Saša Mijalković).

U V O D

Pravo na život, kao osnovno i univerzalno ljudsko pravo u našem pravnom sistemu uživa maksimalnu krivičnopravnu zaštitu. Ovo pravo, kao preduslov za ostvarivanje svih drugih ljudskih prava, proklamovano je mnogim međunarodnim aktima (na primer, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, čl. 2; Univerzalna deklaracije o pravima čoveka, čl. 3; Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, čl. 6).¹ I ustavi mnogih savremenih zemalja proklamuju i garantuju ovo pravo, kao što je slučaj, na primer, sa Ustavom Hrvatske, (čl. 21 st. 1), Ustavom Slovenije (čl. 17. st. 1), Ustavom Severne Makedonije (čl. 10), Ustavom BiH (Aneks IV Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini čl. 2 st. 3), Ustavom Španije (sekcija 15), Ustavom Rusije (čl. 20), Ustavom Poljske (čl. 38), i dr.² Kao takvo ono je predviđeno i u našem Ustavu (član 14 Ustava Republike Srbije).³

Međutim, opšte je poznato da ljudska prava dobijaju svoj puni smisao samo kad su u potpunosti pravno zaštićena. Najjaču pravnu zaštitu svim pravima, a naročito pravu na život, daju krivičnopravne odredbe i njihova dosledna primena. Naše krivično zakonodavstvo sadrži brojne inkriminacije čijim se propisivanjem i primenom ostvaruje krivičnopravna zaštita prava na život. Tim odredbama čovekov život se štiti od svih vidova povreda i ugrožavanja, pa čak, u nekim situacijama, i od nepružanja pomoći kada je život u opasnosti. Te inkriminacije, u teoriji poznate kao krivična dela odbacivanja, predstavljaju krajnji domet krivičnopravne zaštite prava na život u našem krivičnom pravu.⁴

U želji da pravu na život pruže maksimalnu zaštitu mnoga krivična zakonodavstva idu i korak dalje propisujući posebna krivična dela ili posebne oblike pojedinih krivičnih dela kojima se pojedinim kategorijama lica pruža pojačana krivičnoppravna zaštita tako što se povrede ili ugrožavanja njihovog prava na život strože kažnjavaju. To odmah otvara pitanje opravdanosti takve pojačane zaštite imajući u vidu opšteprihvaćeni princip da se „svi ljudi rađaju jednaki i da jednako uživaju sva ljudska prava“ (član 1. Deklaracije o pravima čoveka i građanina), posebno kad je u pitanju pravo na život kao osnovno ljudsko pravo. Opravdanje za ovakvo postupanje leži u činjenici da postoje brojne razlozi koji pojedine kategorije lica čine

¹ *Pravosudne multilateralne konvencije*, Projuris, Beograd, 2005, 2, 37 i 44.

² V. opširnije: Đorđe Đorđević, Miroslav Đorđević, „Ljudski život kao najviša vrednost i njegova ustavopravna i krivičnoppravna zaštita“, *Constitutio lex superior*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2021, 79.

³ V. opširnije: Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd, 2005, 594.

⁴ Đorđe Đorđević, „Ugrožavanje života nepružanjem pomoći“, *Pravni život*, br. 9, 2006, 202.

pojačano ugroženim, a svaka pojačana ugroženost zahteva i pojačanu zaštitu. Osim toga pojačanom zaštitom pojedinih lica ne štiti se samo njihovo pravo na život već često, paralelno sa tim, i neka druga društvena vrednost koja se napadima na ta lica takođe ugrožava. Najčešće je u pitanju dužnost ili poslovi koje ta lica obavljaju, ali u pitanju može biti i neka druga društvena vrednost.

POJAČANA ZAŠTITA POJEDINIH KATEGORIJA LICA U NAŠEM KRIVIČNOM PRAVU

Takva, pojačana krivičnopravna zaštita pojedinih lica prisutna je i u našem krivičnom zakonodavstvu. Ona je naročito primetna kada su u pitanju krivična dela protiv života i tela, dakle upravo ona kojima se zaštićuje pravo na život, mada se može naći i kod nekih drugih inkriminacija.

Ovakav, pojačan vid krivičnopravne zaštite prvo je uveden u naše krivično zakonodavstvo kad su u pitanju službena i vojna lica i to kroz uvođenje posebnog oblika teškog ubistva, ubistva službenog ili vojnog lica. Razlog je jasan i potpuno nesporan. Ova lica zbog značaja poslova koje obavljaju mnogo su više izložena rizicima po svoju bezbednost od pripradnika opšte populacije. Osim toga većina napada na ova lica i nije uperena protiv njih lično, već upravo protiv dužnosti koje oni obavljaju. Tako se u isto vreme štiti i njihov život i značajne dužnosti koje oni vrše. Međutim, zakonodavac je pojačanu zaštitu ovih lica ograničio samo na situacije kada je do lišenja života došlo pri vršenju službene odnosno vojne dužnosti. Dakle u svim drugim slučajevima, van vršenja svojih službenih dužnosti, ova lica uživaju istu zaštitu kao i sva ostala lica.

Međutim, prilikom donošenja izmena i dopuna KZ septembra 2009,⁵ zakonodavac se opredelio da ovu pojačanu zaštitu dodatno upotpuni kad su u pitanju pojedina službena lica predviđanjem novog, posebnog oblika krivičnog dela teškog ubistva. On se odnosi na ubistvo sudije, javnog tužioca, zamenika javnog tužioca⁶ i policijskog službenika (koji inače svi spadaju u kategoriju službenih lica), ali „u vezi sa vršenjem službene dužnosti“, što je znatno šire od inkriminacije ubistva službenog i vojnog lica jer obuhvata sve one slučajeve lišenja života ovih lica, izvan vremena i mesta vršenja njihove službene dužnosti, ali u vezi sa njom. To bi dakle moglo da bude, na primer, ubistvo sudije na ulici, u njegovoj

⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009.

⁶ Ustav Republike Srbije posle njegovih izmena iz 2021. godine ne poznaje više kategoriju zamenika javnog tužioca. U toku je rad na usaglašavanju seta pravosudnih zakona sa izmenama Ustava.

kući, na godišnjem odmoru ili na bilo kom drugom mestu i u drugom vremenu van vršenja službene dužnosti, ali u vezi sa njom (na primer, zbog nezadovoljstva donetom presudom).

Međutim, pored službenih i vojnih lica postoje i druge kategorije lica koje nemaju taj status ali obavljaju vrlo značajne javne poslove i u vršenju tih poslova mogu biti veoma ugroženi. Stoga se pojavilo kao logično rešenje da i ove kategorije lica dobiju određenu pojačanu krivičnopravnu zaštitu, kako zbog zaštite njihovog života i telesnog integriteta, tako i zbog zaštite značajnih poslova kojima se bave. To je i učinjeno pomenutim izmenama KZ iz 2009. uvođenjem još jednog oblika teškog ubistva, ubistva lica koje obavlja poslove od javnog značaja. Kao i kod već pomenutih sudija, javnih tužilaca, njihovih zamenika i policijski službenika ovakva zaštita se pruža ovim licima samo u vezi sa poslovima koje obavljaju.

Naše krivično zakonodavstvo nije po tom pitanju izuzetak. I neka druga krivična zakonodavstva pružaju pojačanu krivičnopravnu zaštitu, pored službenih, i nekim drugim licima koja obavljaju određene javne poslove. Tako, na primer, KZ Makedonije takav status daje advokatima, KZ Albanije advokatima i javnim funkcionerima, KZ Jermenije licima na javnim funkcijama, KZ Kanade, pored službenih lica i svim drugim licima koja rade u zatvorima, KZ Kazahstana licima pri vršenju stručnih ili javnih dužnosti, KZ Litvanije licima koja pri obavljanju službenih ili građanskih dužnosti, a KZ Francuske pripadnicima javnih službi, advokatima, vatrogascima (čak i dobrovoljnim) i zdravstvenim radnicima.⁷

POJAM LICA KOJA OBAVLJAJU POSLOVE OD JAVNOG ZNAČAJA

Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz septembra 2009. godine prvi put se u naše krivično zakonodavstvo uvodi kategorija „lica koja obavljaju poslove od javnog značaja“. Članom 112, stav 32 Krivičnog zakonika određeno je da se pod pojmom „posla od javnog značaja“ podrazumeva „obavljanje profesije ili dužnosti koja ima povećani rizik za bezbednost lica koje ga obavlja, a odnosi se na zanimanja koja su od značaja za javno informisanje, zdravlje ljudi, obrazovanje, javni prevoz, pravnu i stručnu pomoć pred sudskim i drugim državnim organima“.

Ovakva zakonska formulacija može se oceniti kao prilično uopštena i neprecizna jer se praktično svodi samo na nabranje oblasti u okviru kojih se takvi poslovi pojavljuju. S obzirom na to da su pitanju veoma široke oblasti u kojima je

⁷ www.legislationline.org, 14. 8. 2022.

zaposlen veliki broj ljudi čini se da bi bilo apsurdno sva ta lica koja u praksi obavljaju veoma različite poslove tretirati kao lica koja obavljaju poslove od javnog značaja. U tom razgraničavanju trebalo bi da nam pomogne odrednica da ta lica treba da obavljaju profesiju ili dužnost „koja ima povećani rizik za bezbednost lica koje ga obavlja“ u okviru pomenutih oblasti, ali i ona otvara puno dilema oko toga šta je to „povećani rizik“ i koliko to povećan treba da bude da bi takvo lice zasluživalo posebnu zaštitu.⁸ Takođe se može postaviti i pitanje da li ovim vidom zaštite treba obuhvatiti i lica koja nisu zaposlena u navedenoj oblasti, ali se bave zanimanjima koja imaju značaj za te oblasti.⁹ S obzirom na to da je i ova odrednica široka i neprecizna ostaje sudu da u svakom konkretnom slučaju procenjuje da li je u pitanju lice koje obavlja poslove od javnog značaja ili ne.

Ovako uopštena formulacija ipak ostavlja mesta za dilemu da li se pod pojmom „lica koja obavljaju poslove od javnog značaja“ podrazumevaju sva lica čija su zanimanja vezana za pomenute oblasti ili samo ona koja, po proceni suda, u okviru tih oblasti „obavljaju profesiju ili dužnost koja ima povećani rizik za bezbednost lica koje ga obavlja“. Čini nam se, a bilo bi i logično, da je želja zakonodavca bila ovo drugo, ali čisto gramatičko tumačenje ove odredbe više ide u prilog prvoj varijanti. Međutim, takvo eventualno tumačenje bi značilo da je ovim poslovima obuhvaćen veoma širok krug lica koja očigledno nisu podjednako ugrožena niti su poslovi koje oni obavljaju podjednako značajni, pa bi se opravdano moglo postaviti pitanje o potrebi pojačane zaštite svih tih lica.¹⁰ Prihvatanjem takvog ekstenzivnog tumačenja postalo bi veoma teško odrediti granicu koji se poslovi smatraju posebno značajnim i pojačano opasnim za lica koja ih obavljaju, pa bi to mogla otvoriti pitanja davanja ovakvog statusa i drugim licima koja obavljaju značajne poslove pri čijem vršenju su i pojačano ugrožena.¹¹ Takvi predlozi su se već povremeno i pojavljivali (poštari, radnici elektrodistribucije i dr), ali, na sreću, nisu imali većeg odjeka. U protivnom, stalnim nekritičkim proširivanjem kruga posebno zaštićenih lica prema poslovima koje obavljaju moglo bi se dogoditi da uskoro bude više tih „posebno zaštićenih“ nego ostalih lica, što bi

⁸ Nataša Delić, *Krivično pravo, posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022, 39.

⁹ Zoran Stojanović: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 426; N. Delić, op. cit., 40.

¹⁰ Đ. Đorđević, „Krivičnopravna zaštita lica koja obavljaju poslove od javnog značaja“, *Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 – norma, praksa i mere harmonizacije)*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Intermex, Zlatibor, Beograd, 2016, 120.

¹¹ Nataša Mrvić-Petrović, *Krivično pravo, posebni deo*, Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2014, 37.

potpuno obesmisliło ovu ideju. Zato bi trebalo biti veoma obazriv prilikom eventualnog daljeg proširivanja kruga ovih lica, a preciziranjem pojedinih inkriminacija postojećı krug zaštićenih lica svesti na realnu meru.

Ova pojačana krivičnoppravna zaštita pojedinih lica koja obavljaju značajne javne poslove sprovedena je u našem KZ na taj način što su uvedeni teži oblici pojedinih krivičnih dela kada se kao njihov pasivni subjekt pojavljuje lice sa posebnim svojstvom, tj. lice koje obavlja poslove od javnog značaja. Od krivičnih dela protiv života i tela ovakvi oblici postoje kod krivičnog dela teškog ubistva i krivičnog dela teške telesne povrede, a od krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina kod krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti, gde se taj teži oblik odnosi samo na advokate i lica koja obavljaju poslove od značaja za javno infirmisanje,

ZDRAVSTVENI RADNICI KAO LICA KOJA OBAVLJAJU POSLOVE OD JAVNOG ZNAČAJA

Kao jednu od kategorija lica koja su u našem KZ tretirana kao lica koja obavljaju poslove od javnog značaja jesu i lica čije obavljanje profesije ili dužnosti ima povećani rizik za bezbednost lica koje ga obavlja, a odnosi se na zanimanja od značaja za zdravlje ljudi (član 112, stav 32 KZ). Već je rečeno da ovakva formulacija nosi sa sobom dilemu da li se pojačana zaštita odnosi na sva lica čije je zanimanje od značaja za zdravlje ljudi ili samo na ona koja imaju povećani rizik za bezbednost lica koje ga obavlja. Kada su u pitanju zanimanja od značaja za zdravlje ljudi razlika između ove dve grupe, u zavisnosti od shvatanja pojma „povećan rizik za bezbednost“ može da bude velika. Naime u zdravstvu radi veoma veliki broj ljudi za koje se opravdano može reći da je njihovo zanimanje „od značaja za zdravlje ljudi“, ali teško da njihov posao ima povećani rizik po njihovu bezbednost. Veliki broj lica je zaposlen u administraciji pojedinih zdravstvenih ustanova, obezbeđenju hrane, smeštaja, higijene, prevoza i dr. i njihov posao nije bitno drukčiji od odgovarajućih poslova u drugim oblastima, pa su i rizici koje ti poslovi nose slični. Osim toga, kad su u pitanju zdravstveni radnici odrednica „povećan rizik za bezbednost“ može biti vrlo različito shvaćena jer nije precizirano na koju vrstu bezbednosti se odnosi. Zdravstveni radnici, bar neki od njih, svakako imaju povećan rizik po svoju bezbednost zbog kontakata za obolelima i mogućnostima infekcije, izloženosti različitim zračenjima, dejstvu hemijskih agenasa i sl., što spada u rizike koji se u ovakvom poslu podrazumevaju i ne mogu biti osnov za pojačanu krivičnoppravnu zaštitu. Zakonodavac je očigledno mislio na povećani rizik od napada na njihov život i telesni integritet od strane drugih lica. Do takve pojačane zaštite dolazi samo kad su u pitanju napadi na njih koji su vezi sa obavljanjem njihove dužnosti.

Tako sagledano nameće se zaključak da kad je u pitanju ova kategorija lica, možda i očiglednije nego kod drugih kategorija „lica koja obavljaju poslove od javnog značaja“ pojačanu zaštitu treba da uživaju samo ona lica koja zaista mogu da imaju pojačan rizik za bezbednost. Međutim, koji je to krug lica nije lako odrediti jer nam KZ u tom smislu ne daje neku jasniju odrednicu.

Naime KZ u nekim svojim odredbama pominje (kao moguće učinice krivičnog dela) lekare (čl. 251. i 253 KZ) i „druge zdravstvene radnike“ (član 251 KZ). Iako su ovi pojmovi iz svakodnevnog života uglavnom jasni, sam KZ ih ne određuje u svom članu 112 (značenje izraza u ovom zakoniku) niti u odredbama i kojima se pominju. Čak ni Zakon o zdravstvenoj zaštiti¹² ne definiše pojam lekara i zapravo ga i ne pominje osim u formulacijama „izabrani lekar“, „lekarški pregled“, „lekarska ordinacija“, „lekarsko uverenje“, „lekarsko društvo“. Pojam „zdravstveni radnik“ ovaj zakon definiše tako što ih deli u dve grupe, po stepenu obrazovanja: prva, doktor medicine, doktor dentalne medicine, magistar farmacije i magistar farmacije-medicinski biohemičar – sa završenim odgovarajućim integrisanim akademskim studijama zdravstvene struke; i druga, medicinska sestra, zdravstveni tehničar, odnosno drugo lice sa završenom odgovarajućom visokom, odnosno srednjom školom zdravstvene struke, u skladu sa zakonom (član 150, stav 1). Zakonom je takođe propisano da zdravstveni radnici za obavljanje zdravstvene delatnosti „moraju za određene poslove imati i odgovarajuću specijalizaciju, odnosno užu specijalizaciju, u skladu sa odredbama ovog zakona i propisima donetim za sprovođenje ovog zakona“ (član 150, stav 2). Osim zdravstvenog radnika ovaj zakon poznaje i kategoriju „zdravstvenog saradnika“ pod kojim podrazumeva „lice koje nema stečeno srednje obrazovanje zdravstvene struke, odnosno visoko obrazovanje zdravstvene struke, a koje učestvuje u obavljanju određenih poslova zdravstvene zaštite (prevencije, dijagnostike, terapije i rehabilitacije) u zdravstvenoj ustanovi, odnosno privatnoj praksi“ (član 151, stav 1). Čini nam se da ova kategorija lica može biti najviše sporna po pitanju pripadanja „licima koja obavljaju poslove od javnog značaja“ jer ona po svojoj osnovnoj struci i obrazovanju nisu zdravstveni radnici (ni Zakon ih tu ne svrstava), ali po poslovima koje obavljaju, često zajedno sa zdravstvenim radnicima i u neposrednom kontaktu sa pacijentima, suštinski se nalaze u istoj ili sličnoj poziciji sa pojedinim zdravstvenim radnicima. Imajući u vidu heterogenost ove kategorije lica teško je generalno odlučiti o potrebi njihove pojačane krivičnoppravne zaštite, već nam se čini da odluku treba prepustiti sudu koji u svakoj konkretnoj situaciji treba da proceni da li konkretan posao koji to lice obavlja predstavlja „povećani rizik za njegovu bezbednost“.

¹² *Službeni glasnik RS*, br 25/19.

UBISTVO ZDRAVSTVENOG RADNIKA

Kao što je već rečeno ubistvo zdravstvenog radnika može pod određenim uslovima da predstavlja oblik teškog ubistva, jer zdravstveni radnici, ili bar neki od njih, svakako spadaju u lica koja obavljaju poslove od javnog značaja.

Ubistvo lica koje obavlja poslove od javnog značaja kao jedan od oblika krivičnog dela teškog ubistva uneto je u naše krivično zakonodavstvo, kao što je već rečeno, Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz septembra 2009. godine. Tako je krivično delo teškog ubistva, jedno od najtežih krivičnih dela u našem KZ, dobilo još jedan oblik kod koga se kao kvalifikatorna okolnost pojavljuje svojstvo pasivnog subjekta,¹³ pa su sada ovi oblici najbrojniji kada je u pitanju ovo krivično delo.¹⁴

Oblici teškog ubistva kod kojih je svojstvo pasivnog subjekta kvalifikatorna okolnost uneti su u naše zakonodavstvo uglavnom u novije vreme. Dva oblika se prvi put pojavljuju u KZ 2005. godine, a dva gore pomenuta su dodata prilikom njegovih izmena i dopuna 2009. godine. Njihovim uvođenjem znatno je proširen krug lica čije lišenje života predstavlja kvalifikovano ubistvo.¹⁵

Ipak, neće svako ubistvo zdravstvenog radnika predstavljati oblik teškog ubistva. Za ovakvu kvalifikaciju neophodno je da se ispune dva uslova. Ti uslovi su sledeći: prvo, da je zdravstveni radnik obavljao profesiju ili dužnost koja ima povećani rizik za bezbednost lica koje ga obavlja, i drugi, da je do lišenja života došlo u vezi sa poslovima koje to lice obavlja. O prvom uslovu je prethodno već bilo reči kada smo govorili o tome koji se poslovi mogu smatrati poslovima od javnog značaja, a odnose se na zanimanja od značaja za zdravlje ljudi. Konstatovali smo da to svakako ne mogu da budu svi poslovi koji su od značaja za zdravlje ljudi, ali da nam zakonodavac nije dao neko preciznije određenje ove kategorije pa je prepušteno sudu da odluku o tome donese u svakom konkretnom slučaju imajući u vidu sve karakteristike konkretnog posla. To naravno nije dobro rešenje, jer s obzirom na veliku brojnost i raznovrsnost poslova u zdravstvu, može da dovede do arbitrarnosti sudova. S obzirom na to da je takvih slučajeva, na sreću, relativno malo, teško da će sudska praksa vremenom moći da o tome utvrdi određene stavove.

Kad je u pitanju drugi uslov, da je do lišenja života došlo u vezi sa poslovima koje je to lice obavljalo, i tu se mogu javiti određeni problemi i nedoumice.

¹³ Dragan Jovašević, *Krivično pravo, posebni deo*, Dosije studio, Beograd, 2014, 29.

¹⁴ Đorđe Đorđević, Dragana Kolarić, *Krivično pravo, posebni deo*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2021, 12.

¹⁵ Zoran Stojanović, Nataša Delić, *Krivično pravo, posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Pravna knjiga, Beograd, 2020, 14.

Ovaj uslov se pojavljuje i kod drugog oblika teškog ubistva, a to je lišenje života sudije, javnog tužioca, zamenika javnog tužioca ili policijskog službenika u vezi sa vršenjem njihove službene dužnosti, uz razliku da je kod ovog drugog oblika u pitanju vršenje službene dužnosti jer su u pitanju lica koja imaju status službenog lica, dok zdravstveni radnici taj status nemaju pa se uslov vezuje za poslove koje obavljaju. Međutim, čini se da se baš u tome krije još jedna razlika. I kod jednog i drugog oblika teškog ubistva kvalifikatorna okolnost je zapravo motiv ubistva. Kod ubistva sudije, javnog tužioca, njegovog zamenika i policijskog službenika motiv je nezadovoljstvo učinioca njihovim odlukama, osveta zbog neke donete odluke, ali ponekad i otklanjanje neke prepreke za učiniočevo dalje delanje zbog pretpostavljenih budućih odluka koje mogu da osujete njegove planove. Ovo poslednje teško može da dođe do izražaja kad su u pitanju zdravstveni radnici. I kad su oni u pitanju do izražaja dolazi motiv ubistva, odnosno on se mora vezivati za poslove kojima se zdravstveni radnik bavio, pa se po pravilu javlja nezadovoljstvo načinom i ishodom lečenja, nezadovoljstvo tretmanom u zdravstvenoj ustanovi samog učinioca ili nekog njemu bliskog lica i sl. Često je u pitanju i osveta učinioca zbog pretpostavljene krivice zdravstvenog radnika za nepovoljan ishod lečenja. U pitanju je dakle relativno uzan krug mogućih razloga odnosno motiva za izvršeno ubistvo, za razliku od prethodnog oblika, ubistva sudije, javnog tužioca, njegovog zamenika ili policijskog službenika gde taj krug može biti znatno širi, što proizlazi iz prirode poslova koje jedni i drugi obavljaju.

Međutim, kad je u pitanju ubistvo zdravstvenog radnika kod koga se kao motiv javlja nezadovoljstvo učinioca krivičnog dela načinom lečenja, ishodom ili tretmanom pacijenta može se pojaviti i dodatni problem. Naime moguća je i situacija da je nezadovoljstvo učinioca objektivno opravdano, jer je svojim činjenjem ili nečinjenjem zdravstveni radnik doveo do pogoršanja zdravstvenog stanja pacijenta, pa i do smrtnog ishoda. Tako su se u postupanju lekara mogli steći elementi krivičnog dela neukazivanja lekarske pomoći (član 253 KZ), a lekara i drugog zdravstvenog radnika krivičnog dela nesavesnog lečenja bolesnika (član 251, st. 1. i 2 KZ). To naravno ni u kom slučaju ne oslobađa krivice učinioca krivičnog dela teškog ubistva, ali se može postaviti pitanje da li se okolnost da je pasivni subjekt zdravstveni radnik koji je u vršenju svoje dužnosti učinio krivično delo protiv zdravlja može zasnovati težu kvalifikaciju krivičnog dela ubistva. Imajući u vidu samu inkriminaciju ne vidi se razlog koji bi to doveo u pitanje, ali sa moralnog aspekta to bi se moglo osporavati. Naravno, nije sporno da ova okolnost može biti od uticaja u postupku odmeravanja kazne, ali može biti upitan njen uticaj na pravnu kvalifikaciju dela.

Kao što je već rečeno, zdravstveni radnici kao lica koja obavljaju poslove od javnog značaja uživaju pojačanu krivičnopravnu zaštitu ne samo svog života nego

i telesnog integriteta. To je omogućeno predviđanjem težeg oblika krivičnog dela teške telesne povrede kod koga se kao jedna od kvalifikatornih okolnosti pojavljuje svojstvo pasivnog subjekta, a to je da je u pitanju lice koje obavlja poslove od javnog značaja. Ovaj oblik teške telesne povrede takođe je unet u KZ njegovim izmenama i dopunama iz septembra 2009. godine. Ovo se pojavljuje kao logična posledica uvođenja posebnog oblika teškog ubistva kad se kao pasivni subjekt pojavljuje ova kategorija lica. Ako postoje razlozi koji zahtevaju pojačanu krivično-pravnu zaštitu života ovih lica ne vidi se zašto se to ne bi odnosilo i na zaštitu njihovog telesnog integriteta. Međutim, za razliku od oblika teškog ubistva lica koje obavlja poslove od javnog značaja kad je u pitanju teška telesna povreda zakonodavac nije predvideo uslov da je do povrede došlo u vezi sa poslovima koje to lice obavlja.¹⁶ To bi značilo da će ovaj oblik teške telesne povrede postojati uvek, bez obzira da li se nanošenje ove povrede može povezati sa poslovima koje obavlja pasivni subjekt, lice koje obavlja poslove od javnog značaja, u našem slučaju zdravstveni radnik. Ovakvo rešenje nema nikakvu logiku, jer se ne vidi ni jedan razlog zašto bi ta lica uživala pojačanu zaštitu nezavisno od poslova koje ona obavljaju i to baš od teške telesne povrede, a ne i od ubistva. Zato se čini daleko verovatnijim da je do izostavljanja ovog uslova kod teške telesne povrede došlo tehničkom greškom prilikom redakcije zakonskog teksta. Međutim, još više od same greške čudi činjenica da iako je od uvođenja ove odredbe KZ šest puta menjan, zakonodavac nije našao za shodno da ovu nelogičnost ispravi.

ZAKLJUČAK

Zdravstveni radnici obavljaju veoma značajne i odgovorne poslove u svakom, pa i u našem društvu. Međutim, pored velike odgovornosti njihovi poslovi nose i povećane rizike za njihovu bezbednost. Ali baš ta njihova velika odgovornost za život ljudi i njihovo zdravlje dovodi to toga da pojedinci ponekad imaju nerealna očekivanja od njih doživljavajući ih kao svemoćne pa su stoga skloni da neuspeh u lečenju pripišu njihovom nemaru, neznanju, nepažnji i sl., što ponekad može dovesti i do napada na njih pa i ugrožavanja njihovog života i telesnog integriteta. S druge strane velika većina ljudi ima izuzetno veliko poštovanje i uvažavanje prema zdravstvenim radnicima i poslovima koje oni obavljaju, pa svaki eventualni napad na zdravstvenog radnika izaziva veoma negativne reakcije i uznemirenje javnog mnjenja. To su svakako bili razlozi kojima se rukovodio zakonodavac prilikom unošenja u naš KZ odredaba kojima se ovoj kategoriji lica pruža pojačana

¹⁶ N. Mrvić-Petrović, op. cit., 67; Đ. Đorđević, D. Kolarić, op. cit., 34.

krivičnopravna zaštita. Stoga možemo da konstatujemo da je time učinjen značajan korak u unapređenju kako zaštite prava na život ovih lica, tako i zaštite veoma značajnih poslova koje oni obavljaju.

Međutim, bez obzira na dobre namere kojima se zakonodavac rukovodio prilikom donošenja ovih odredaba postavlja se pitanje da li je ta pojačana zaštita uspostavljena na najbolji mogući način i da li predviđena rešenja garantuju da će ona biti dosledno sprovedena u praksi. Uspostavljanje pojačane zaštite zdravstvenih radnika u okviru šire postavljenog pojma lica koja obavljaju poslove od javnog značaja prilično je komplikovano i nedovoljno precizno. Upotrebom neodređenih formulacija i nejasnih, široko određenih pojmova ostavljeno je mnogo prostora sudovima za uža i šira tumačenja što može da dovede do neujednačene prakse kad su ova dela u pitanju. A radi se o veoma teškim delima, od kojih je teško ubistvo jedno od najtežih krivičnih dela u našem KZ za koje je zaprećena čak i kazna doživotnog zatvora, dok je za „obično“ ubistvo maksimalna kazna petnaest godina, što je velika razlika. A pravna kvalifikacija dela koja može da povlači ovako različite kazne može da se zasniva samo na različitim tumačenjima pojmova kao što su „povećan rizik za bezbednost“, „zanimanja koja su od značaja za zdravlje“ ili „u vezi sa poslovima“.

Problematika potrebe za jačom zaštitom određenih kategorija lica zbog njihove veće ugroženosti svakako se mogla rešavati i na druge načine. U nekoliko situacija, obično vezano za tragične događaje u kojima su se kao žrtve pojavljivali zdravstveni radnici ili druga lica iz ovih osetljivih kategorija, pokretano je pitanje njihovog eventualnog uključivanja u pojam službenog lica čima bi oni automatski dobili zaštitu koju službena lica imaju u našem krivičnom zakonodavstvu. Kad je u pitanju ubistvo ovi slučajevi bi bili tretirani kao ubistvo službenog ili vojnog lica. U toj varijanti bilo bi neophodno postojeću formulaciju kod ovog oblika teškog ubistva „pri vršenju službene dužnosti“ zameniti sa „u vezi sa vršenjem službene dužnosti“, što je i inače šire i prihvatljivije kad je u pitanju ovaj oblik pojačane krivičnopravne zaštite.¹⁷ Time bi bile izbegnute i dileme oko sadržine ova dva pojma i njihovog delimičnog preklapanja.¹⁸ Na taj način bi otpala potreba za oblikom teškog ubistva „ubistvo sudije, javnog tužioca, njegovog zamenika i policijskog službenika“, pa eventualno i za oblikom „ubistvo lica koje obavlja poslove od javnog značaja“ u zavisnosti od toga ko bi sve od ovih lica mogao da dobije status službenog lica. Ovakvo rešenje zahtevalo bi temeljnu reviziju pojma službenog lica koji je sad određen veoma široko i neprecizno. Ukoliko bi u ovaj pojam bila uključena

¹⁷ Đ. Đorđević, „Krivičnopravna zaštita života i telesnog integriteta službenih lica“, *Pravni život*, br. 9, 2008, 97.

¹⁸ Z. Stojanović, op. cit., 443.

i pojedina lica koja obavljaju poslove od javnog značaja to bi moralo da bude učinjeno veoma precizno i krajnje restriktivno. Međutim, osim pojačane zaštite, službena lica imaju i čitav niz obaveza i odgovornosti što prema sadašnjem stanju, lica koja obavljaju poslove od javnog značaja nemaju. Stoga bi rešenje moglo da bude i formulisanje oblika teškog ubistva kao „ubistvo službenog, vojnog ili lica koje obavlja poslove od javnog značaja“ naravno „u vezi sa vršenjem službene dužnosti ili poslova koje obavlja“, uz precizno određivanja pojma „lica koja obavljaju poslove od javnog značaja“ u odredbi člana 112 KZ.

Prof. Dr. ĐORĐE ĐORĐEVIĆ
Full professor, University of Criminal Investigation
and Police Studies, Belgrade

MURDER OF A HEALTHCARE WORKER AS A FORM OF AGGRAVATED MURDER

Summary

Serbian criminal legislation provides enhanced criminal protection to certain persons due to the importance of the jobs they perform and, related to that, their greater vulnerability. This especially refers to their right to life as a basic and most important human right. One of the categories of persons who enjoy this kind of enhanced protection of life and bodily integrity are health workers, whom our CC treats as persons who perform work in the public interest. However, in order for the murder of a healthcare worker to be qualified as aggravated murder, two conditions must be met: that the profession or duty performed by the healthcare worker has an increased risk for the safety of the person performing it and that the loss of life occurred in connection with the work performed by the health worker. Although attacks on healthcare workers in connection with the work they perform, fortunately, are not frequent in practice, their status from the point of view of the protection of the right to life seems justified. However, numerous inaccuracies in these provisions can create problems in practice, so *de lege ferenda* solutions should strive to eliminate them.

Key words: health workers, work in the public interest, aggravated murder, criminal law protection, Criminal Code

Literatura

- Delić N., *Krivično pravo, posebni deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2022.
Đorđević Đ., Kolarić D., *Krivično pravo, posebni deo*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2020.
Đorđević Đ., Đorđević M., „Ljudski život kao najviša vrednost i njegova ustavopravna i krivičnopravna zaštita“, *Constitutio lex superior*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2021.

- Dorđević Đ., „Krivičnopravna zaštita lica koja obavljaju poslove od javnog značaja“, *Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 – norma, praksa i mere harmonizacije)*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Intermex, Zlatibor, Beograd, 2016.
- Dorđević Đ., „Ugrožavanje života nepružanjem pomoći“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2006.
- Dorđević Đ., Krivičnopravna zaštita života i telesnog integriteta službenih lica, *Pravni život*, Beograd, br. 9, 2008.
- Jovašević D., *Krivično pravo, posebni deo*, Dosije studio, Beograd, 2014.
- Marković R., *Ustavno pravo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2005.
- Mrvić-Petrović N., *Krivično pravo, posebni deo*, Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2014.
- Pravosudne multilateralne konvencije*, Projuris, Beograd, 2005.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Stojanović Z., Delić N., *Krivično pravo, posebni deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet i Pravna knjiga, Beograd, 2020.
- www.legislationline.org.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

**UBISTVO PRI IZVRŠENJU RAZBOJNIŠTVA
ILI RAZBOJNIČKE KRAĐE (čl. 114, st. 1, tač. 4 KZ)
– ANALITIČKI PRIKAZ ZAKONSKE KONSTRUKCIJE**

Jedan od (više) oblika teškog ubistva jeste ubistvo pri izvršenju krivičnog dela razbojništva ili razbojničke krađe (čl. 114, st. 1, tač. 4 KZ) koje u nomotehničkom smislu predstavlja specifičnu zakonsku konstrukciju u čiji sastav ulaze ubistvo (čl. 113 KZ) i razbojništvo (čl. 206 KZ) ili razbojnička krađa (čl. 205 KZ). Budući da razbojništvo i razbojnička krađa predstavljaju složena krivična dela sastavljena od prinude (čl. 135 KZ) i krađe (čl. 206 KZ), odnosno krađe i prinude, zakonski okvir ovog oblika teškog ubistva formalnopravno integriše ubistvo sa prinudom i krađom, odnosno krađom i prinudom, pri čemu se prinuda i krađa, odnosno krađa i prinuda nalaze u odgovarajućoj korelaciji – kod razbojništva prinuda predstavlja sredstvo (način) krađe, a kod razbojničke krađe prinuda predstavlja radnju izvršenja i primenjuje se nakon krađe, u cilju zadržavanja ukradene stvari. Sledstveno navedenom, autorka u radu daje prikaz i vrši analizu obeležja bića krivičnih dela koja su, neposredno ili u okviru odgovarajuće konstelacije, sadržana u zakonskom opisu ubistva pri izvršenju krivičnog dela razbojništva ili razbojničke krađe, a to su sledeća krivična dela: ubistvo, krađa, prinuda, razbojništvo i razbojnička krađa. Posebna pažnja je posvećena pitanju razgraničenja između razbojništva i krivičnog dela iznude (čl. 214 KZ) i razbojništva i krivičnog dela teške krađe na (naročito opasan ili naročito drzak način (čl. 204, st. 1, tač. 3 KZ) kao i pitanju razgraničenja između ubistva pri izvršenju krivičnog dela razbojništva ili razbojničke krađe i ubistva iz koristoljublja (čl. 204, st. 1, tač. 5 KZ). Teorijska razmatranja potkrepljena su odgovarajućim stavovima sudske prakse.

Ključne reči: ubistvo, teško ubistvo, ubistvo pri izvršenju krivičnog dela razbojništva ili razbojničke krađe, ubistvo iz koristoljublja, razbojništvo, razbojnička krađa, krađa, prinuda

UVODNE NAPOMENE

Ubistvo pri izvršenju krivičnog dela razbojništva ili razbojničke krađe (čl. 114, st. 1, tač. 4 Krivičnog zakonika, u daljem tekstu: KZ¹) jeste oblik teškog ubistva i u nomotehničkom smislu predstavlja specifičnu zakonsku konstrukciju koja obuhvata ubistvo (čl. 113 KZ) i razbojništvo (čl. 206 KZ) ili razbojničku krađu (čl. 205 KZ).

Krivično delo ubistvo pripada glavi krivičnih dela protiv života i tela, a krivična dela razbojništvo i razbojnička krađa pripadaju glavi krivičnih dela protiv imovine i sastoje se od prinude (čl. 135 KZ), sistematizovane u glavi krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina, i krađe (čl. 206 KZ), sistematizovane u glavi krivičnih dela protiv imovine, odnosno od krađe i prinude. U vezi s pravnom prirodom razbojništva i razbojničke krađe u literaturi je prihvaćen stav da su u pitanju tzv. prava složena krivična dela sačinjena od više radnji od kojih svaka sama po sebi predstavlja krivično delo. Reč je o tome da krivična dela koja ulaze u sastav složenog krivičnog dela gube svoju samostalnost i oblikuju novo nepravo koje karakteriše veći stepen društvene opasnosti. Time je isključena mogućnost sticaja ovih krivičnih dela.² Prema jednom mišljenju složeno krivično delo (pored kolektivnog i produženog krivičnog dela) predstavlja oblik prividnog realnog sticaja.³ Prema drugom mišljenju, opravdanost razlikovanja prividnog idealnog i prividnog realnog sticaja je sporna iz najmanje dva razloga. Sa jedne strane, svaki prividni sticaj više ostvarenih zakonskih bića, bilo da je u pitanju jedna ili više radnji, za ishod ima postojanje jednog krivičnog dela, uz nepostojanje jasnih razlika na planu krivičnopravnih dejstava. Sa druge strane, mnoge situacije supsidijarnosti i konsumpcije takođe pretpostavljaju više preduzetih radnji tako da je zaključak da se tu radi o podvrsti prividnog idealnog sticaja proizvoljan. Sledstveno rečenom, razbojništvo i razbojničku krađu kao složena krivična dela ne treba posmatrati u kontekstu prividnog realnog sticaja već kao primer pravnog jedinstva dela koje karakteriše povezivanje više radnji u jednu pravnu celinu (pravno jedinstvo dela takođe postoji kod višeaktnih krivičnih dela – silovanje; krivičnih dela kod kojih je radnja izvršenja određena trajnim glagolom – neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih

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 Tako recimo, Miloš Babić, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Banja Luka, 2021, 146–147. Prisutan je stav da se osnovna karakteristika složenog krivičnog ogleđa u tome što se njime povređuju dva ili više pravnih dobara; Petar Novoselec, Igor Bojanić, *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013, 136.

³ Zoran Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2019, 244.

droga; krivičnih dela bavljenja – nadržilekarstvo i nadriapotekarstvo i krivičnih dela koja odlikuje ponavljajući sastav pojedinog obeležja – falsifikovanje novca).⁴

Kako se navodi, umišljajno lišenje života nekog lica pri izvršenju krivičnog dela razbojništva ili razbojničke krađe predviđeno je kao teško ubistvo i svrstano u glavi krivičnih dela protiv života i tela „iz razloga što život kao objekt zaštite ima veću vrednost u odnosu na imovinu koja je po svojoj prirodi manje značajno dobro“ (AS u Beogradu Kž.1 1315/11).⁵

POZITIVNOPRAVNI ASPEKT RAZMATRANJA

Dosledno jezičko tumačenje zakonskog teksta govori da se za ubistvo pri izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe traži da se umišljajno lišenje života nekog

⁴ Igor Vuković, *Krivično pravo, Opšti deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2022, 335–336.

⁵ Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2020, 446. Ranije je umišljajno lišenje života nekog lica pri izvršenju razbojničke krađe i razbojništva bilo predviđeno u okviru teških slučajeva razbojničke krađe i razbojništva sa zaprečenom kaznom zatvora najmanje deset godina ili smrtnom kaznom, da bi nakon ukidanja smrtne kazne, zaprečena kazna bila zatvor od najmanje deset godina ili zatvor od četrdeset godina (čl. 169, st. 2 KZ Srbije). U literaturi je bio prisutan stav da u ovom slučaju postoji poseban oblik umišljajnog ubistva koje se vrši radi izvršenja krađe ili da bi se zadržala ukradena stvar i da bi se takva situacija mogla kvalifikovati kao sticaj između ubistva i razbojničke krađe, odnosno razbojništva, ali da zbog povezanosti ovih dela zakonodavac smatra da je opravdano postojanje kvalifikovanih oblika razbojničke krađe i razbojništva (Ljubiša Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije, Posebni deo*, Savremena administracija, Beograd, 1995, 645). Uprkos tome što konstatuje da je u pitanju poseban oblik umišljajnog ubistva, isti autor drugom prilikom ističe da u ovoj konstrukciji dominantni značaj ima imovina kao objekt zaštite i da sadržinu umišljaja učinioa primarno čini svest o vršenju prinude i krađe, što opravdava stav zakonodavca da umišljajno lišenje života pri razbojničkoj krađi ili razbojništvu tretira kao imovinsko krivična dela. (Lj. Lazarević, „Kritički osvrt na neka rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2006, 15–16). U literaturi je takođe bio prisutan i kritički pogled u odnosu na rešenje shodno kojem se ova zakonska konstrukcija tretira kao teži oblik krivičnog dela sistematizovanog u glavi krivičnih dela protiv imovine, jer se na taj način ubistvo unosi u katalog krivičnih dela protiv imovine, a što za posledicu ima i to da se u glavi ovih krivičnih dela kao zaprečena pojavljuje i zakonom predviđena najteža kazna. (Đorđe Đorđević, „Ubistvo i telesna povreda pri razbojničkoj krađi i razbojništvu“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2000, 57–58. V. Dragana Kolarić, *Krivično delo ubistva*, Službeni glasnik, Beograd, 2008, 220). Donošenjem KZ iz 2006. godine umišljajno lišenje života pri izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe je predviđeno kao oblik teškog ubistva za koje je zaprečena kazna zatvora od najmanje deset godina ili zatvor od trideset do četrdeset godina, a sud najviše instance zauzima stav da je novi zakon blaži za učinioa, nezavisno od toga što je sada u pitanju oblik teškog ubistva (VSS Kž.1 113/2006/1/). Ovdje treba reći još i to da je primera radi, po uzoru na austrijsko i nemačko zakonodavstvo, u okviru zakonodavne reforme u Hrvatskoj uveden novi kvalifikovani oblik razbojništva i razbojničke krađe koji postoji ako je vršenjem osnovnog ili prvog kvalifikovanog oblika „prouzrokovana smrt osobe“, propisana kazna je ista kao za (obično) ubistvo, tj. zatvor najmanje pet godina. V. Davor Derenčinović et al., *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013, 190 i 192.

lica vrši „pri“⁶, izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe, tj. tokom njihovog izvršenja, što implicira da do lišenja života pasivnog subjekta treba da dođe u vremenskom intervalu koji počinje od momenta preduzimanja prve delatnosti koja ulazi u sastav radnji izvršenja ovih krivičnih dela, i traje sve dok one ne budu realizovane u potpunosti. Logičko tumačenje relevantne norme nadalje ide u prilog zaključku da do lišenja života pasivnog subjekta treba da dođe „u vezi sa“ izvršenjem krivičnog dela razbojništva ili razbojničke krađe – ubistvo se vrši da bi se oduzela tuđa pokretna stvar – razbojništvo, ili da bi se već oduzeta tuđa pokretna stvar zadržala – razbojnička krađa. Ukoliko bi do ubistva došlo pri izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe, ali ne i u vezi sa izvršenjem razbojništva ili razbojničke krađe, ne bi postojao ovaj oblik teškog ubistva već sticaj ubistva i razbojništva ili sticaj ubistva i razbojničke krađe. Kao što se da videti, zakonski opis ovog oblika teškog ubistva na odgovarajući način funkcionalno i sadržinski povezuje dva, odnosno tri krivična dela: ubistvo i razbojništvo, koje čine prinuda i krađa, odnosno ubistvo i razbojničku krađu, koju čine krađa i prinuda.

Ubistvo (čl. 113)

Zaštitni objekt krivičnog dela jeste pravo na život svakog čoveka. Radnja izvršenja je lišenje života drugog lica. U pitanju je tzv. posledična radnja izvršenja. Značaj radnje izvršenja krivičnog dela ubistva može imati bilo koje činjenje ili nečinjenje koje je podobno da dovede do nastupanja posledice – smrti drugog lica. Prihvaćeno je da se delatnosti koje imaju značaj radnje izvršenja krivičnog dela ubistva u konkretnom slučaju mogu realizovati kao fizičko delovanje na telo pasivnog subjekta (zadavanje ubodnih rana sečivom noža) ili kao psihičko delovanje na pasivnog subjekta (izazivanje šoka zastrašivanjem).⁷ Fizičko delovanje na telo pasivnog subjekta može biti ostvareno neposredno ili posredno. Krivično delo ubistvo je tzv. nepravo krivično delo nečinjenja. Radnja izvršenja je u zakonu određena kao činjenje (pucanj iz vatrenog oružja ili davljenje), ali krivično delo može biti ostvareno i nečinjenjem – propuštanjem dužnog činjenja (uskraćivanje leka

⁶ Zakonodavac kao oblik teškog ubistva, pored ostalih, predviđa i ubistvo pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju (čl. 114, st. 1, tač. 2 KZ). U kontekstu ove kvalifikatorne okolnosti pojam „pri“ (bezobzirnom nasilničkom ponašanju, shvaćenom objektivno kao preduzimanje delatnosti koje mogu imati značaj radnje izvršenja krivičnog dela nasilničko ponašanje iz čl. 344 KZ) treba tumačiti tako da je bezobzirno nasilničko ponašanje prethodilo lišenju života pasivnog subjekta. V. Nataša Delić, „Nekoliko dilema u vezi pojedinih kvalifikatornih okolnosti krivičnog dela teškog ubistva (član 114. KZ)“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Jedanaesti deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2021, 99–101.

⁷ Z. Stojanović (2020), op. cit., 439.

teško bolesnom pacijentu). Nečinjenje kao radnja izvršenja pretpostavlja odgovarajući garantni odnos između učinioca i pasivnog subjekta koji podrazumeva dužnost i mogućnost određenog činjenja (svest o kritičnoj situaciji i sposobnost da se čini).⁸ Posledica je smrt pasivnog subjekta. Za krivično delo nije značajno da li je posledica nastupila odmah ili nakon proteka određenog vremena. Kako se navodi, „do smrtne posledice kod krivičnog dela ubistva može doći i posle 42 dana od zadobijanja povrede“ (VSS Kž. 646/06) kao i „nakon deset meseci od izvršenja krivičnog dela“ (VSS Kž. 834/91). U skladu sa opštom normom (čl. 16 KZ), vremenom izvršenja krivičnog dela smatra se vreme kada je preuzeta radnja izvršenja (tzv. teorija delatnosti), nezavisno od vremena nastupanja posledice. U svakom konkretnom slučaju potrebno je utvrditi uzročno-posledičnu vezu između radnje izvršenja i posledice. Kada se radnja izvršenja sastoji u činjenju, sudska praksa primenjuje teoriju ekvivalencije i uzrokom se smatra onaj uslov bez kojeg ne bi nastupila zabranjena posledica – smrt pasivnog subjekta (*condicio sine qua non*). Sužavanje kruga uslova koji mogu imati značaj uzroka po pravilu se vrši na subjektivnom planu (preko zablude o uzročnoj vezi). Savremena doktrina kao korektiv teorije ekvivalencije afirmiše tzv. objektivno uračunavanje.⁹ Kada se radnja izvršenja sastoji u nečinjenju, sudska praksa utvrđuje tzv. hipotetički kauzalitet koji podrazumeva da se konstatuje šta bi se dogodilo da je garant preduzeo dužno činjenje. Ukoliko se sa potrebnim stepenom izvesnosti može utvrditi da bi posledica izostala, smatra se da postoji uzročna veza između propuštanja i nastupele posledice – smrti pasivnog subjekta. To znači da je propuštanje uslov sa kojim posledica ne bi nastupila (*condicio cum qua non*).¹⁰

Pasivni subjekt jeste živo ljudsko biće – živ čovek. Život čoveka štiti se od rođenja do smrti. Prihvaćeno je da se u krivičnom pravu kao relevantan trenutak za rođenje uzima početak porođaja – početak porođajnog procesa u medicinskom smislu (do tog trenutka postoji krivično delo nedozvoljen prekid trudnoće iz čl. 120 KZ). Krivičnopravnu zaštitu uživa svako živo rođeno ljudsko biće, nezavisno od činjenice da li ima određene nedostatke, da li boluje od neke bolesti i da li je sposobno za život. Svako ljudsko biće krivičnopravnu zaštitu uživa tokom celokupnog života – sve do trenutka smrti. U krivičnom pravu se kao relevantan uzima trenutak smrti mozga – moždana smrt. Moždana smrt podrazumeva smrt svih

⁸ „Propuštanje određenih radnji za koje eventualno postoji moralna obaveza, ne može dovesti do odgovornosti za krivično delo“ (AS u Novom Sadu Kž. 3563/10).

⁹ V. više, I. Vuković, *Uzročnost i objektivno uračunavanje u krivičnom pravu*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2018, 193–214.

¹⁰ O uzročnosti kod krivičnih dela nepravg nečinjenja v. više, I. Vuković, *Krivična dela nepravg nečinjenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 130–171.

anatomskih delova mozga, u smislu nepovratnog gubitka moždanih funkcija, što se manifestuje stanjem duboke kome, odsustvom svih refleksa moždanog stabla i odsustvom spontanog disanja.

Relevantan oblik krivice jeste umišljaj, direktni ili eventualni (VSS Kzz. 204/93). Kako se ističe u sudskoj praksi, „za ubistvo nije značajno da li je okrivljeni unapred doneo odluku da liši života oštećenog ili je odluku doneo u trenutku kada se sa njim susreo, navedena okolnost može imati značaj jedino prilikom odmeravanja kazne“ (AS u Kragujevcu Kž.1 640/18). 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. 608/03 i AS u Nišu Kž.1 217/12), drugim rečima, „na osnovu sveukupnog ponašanja okrivljenog kritičnom prilikom“ (VSS Kž. 608/03). Primera radi, „da je okrivljeni postupao sa direktnim umišljajem ukazuje broj uboda nožem koje je zadao sada pokojnoj oštećenoj, činjenica da je sve vreme ciljao u levu stranu grudnog koša, u predeo kod srca, zatim okolnost da ga je oštećena sve vreme molila da prestane i da je pokušala da se brani hvatanjem sečiva noža, pri čemu je zadobila povredu na dlanu desne ruke, što ukazuje da je okrivljeni čvrsto rešio da oštećenu liši života i da ne odustane dok ne bude siguran da je u tome uspeo“ (VS u Požarevcu 2K. 32/11) i „budući da je okrivljeni ispalio tri hica u pravcu sada pokojnog oštećenog, od kojih je jednim hicem pogodio oštećenog dok je bežao, pravilan je zaključak da je okrivljeni postupao sa direktnim umišljajem usmerenim na lišenje života oštećenog“ (VSS Kž. 1668/06). Takođe, „radi se o eventualnom umišljaju kada je okrivljeni sa napunjenim i otkočenim pištoljem udarao u glavu sada pokojnog oštećenog i pri tome je došlo do opaljenja i usmrćenja oštećenog“ (VSS Kž. 848/97).

Namera nije predviđena kao subjektivno obeležje krivičnog dela ubistva (VSS Kž. 39/91, Kž. 356/91, Kž. 521/95, Kž. 1402/97, Kž. 1545/99, Kž. 1383/02, Kž. 444/05, Kžž. 2740/07 i AS u Nišu 5Kž.1 1558/13). Uprkos tome, u sudskoj praksi nailazimo na odluke u kojima se pogrešno navodi da je „nanošenjem udarca nožem u deo tela gde se nalaze vitalni organi okrivljeni manifestovao nameru da oštećenog liši života“ (VSS Kž. 171/96), „namera okrivljenog da oštećenog liši života proizlazi iz okolnosti da je svih pet uboda koncentrisano u predelu grudi, oko srca kao vitalnog organa“ (VS u Prokuplju K. 1/14), „pošto je ispalio hitac u pravcu butine oštećenog, sud je našao da okrivljeni nije imao nameru da liši života oštećenog, već da ga opomene i zaplaši“ (VS u Kraljevu 2K. 21/13) i „sud je pravilno utvrdio da okrivljeni nije imao nameru da liši života oštećenog, jer mu je naneo samo jednu povredu uprkos tome što se sa nožem u ruci nalazio u njegovoj neposrednoj blizini“ (AS u Novom Sadu Kž1. 2795/11).

Motiv takođe nije subjektivno obeležje ubistva iz čl. 113 KZ (AS u Beogradu Kž.1 339/18). Shodno tome, sudska praksa zauzima sledeća stanovišta: „kada je u pitanju obično ubistvo, okolnost da u činjenični opis krivičnog dela nije uneto kojim motivom se rukovodio okrivljeni prilikom izvršenja krivičnog dela ne predstavlja nedostatak koji bi izreku pobijane presude činio nerazumljivom“ (VSS Kž. 814/90) i „motiv za izvršenje običnog ubistva ne mora biti utvrđen u svakom slučaju“ (VSS Kž. 2124/98, Kž. 1545/99 i Kž. 61/00).¹¹

Prinuda (čl. 135)

Zaštitni objekt krivičnog dela jeste sloboda voljnog delovanja. Krivično delo ima karakter opšteg i supsidijarnog krivičnog dela i postoji jedino ako nije ostvareno neko drugo, posebno i primarno krivično delo. Radnja izvršenja sastoji se u primeni sile ili pretnje prema nekom licu.

Pod silom se podrazumeva primena fizičke snage prema nekom licu sa ciljem da se ono prinudi da ostvari određeno ponašanje koje može biti činjenje, nečinjenje ili trpljenje. Sila se sastoji u neposrednom delovanju na telo i telesne pokrete, a posredno sila deluje i na volju – slobodu odlučivanja. Prilikom primene sile, snaga koja se primenjuje može biti telesna/fizička, mehanička ili druga. U krivičnom pravu silom se smatra i primena hipnoze ili omamljujućih sredstava, sa ciljem da se neko protiv svoje volje dovede u nesvesno stanje ili onesposobi za otpor (čl. 112, st. 12 KZ). Prihvaćena je podela sile na neodoljivu – apsolutnu i silu koja nije neodoljiva – kompulzivnu silu (čl. 21 KZ).

Apsolutna sila se sastoji u upotrebi snage koja fizički deluje i primorava lice prema kome se primenjuje da nešto čini, ne čini ili trpi, pri čemu je to lice usled delovanja sile potpuno lišeno mogućnosti donošenja odluke o činjenju, nečinjenju ili trpljenju ili je sprečeno da svoju odluku realizuje. Apsolutna sila je po svom dejstvu takva da može nekoga da primora na određeno činjenje, nečinjenje ili trpljenje iz razloga što joj se lice na koje je primenjena, na koje deluje, ni na jedan način ne može suprotstaviti. Apsolutnu silu primarno karakteriše specifičan kvalitet koji se sastoji u tome što lice na koje deluje u potpunosti lišava sposobnosti za voljne akte – lišava ga mogućnosti voljnog delovanja (voljnog odlučivanja). Apsolutna sila je neotklonjiva – ona se raspoloživim sredstvima u datom trenutku, pod datim okolnostima ne može suzbiti. Dejstvo apsolutne sile se procenjuje posebno u svakom slučaju, uzimajući u obzir objektivnu situaciju i subjektivne mogućnosti lica na koje je sila delovala da se primenjenoj sili suprotstavi.

¹¹ V. N. Delić, *Krivično pravo Posebni deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2022, 20–25.

Kompulzivna sila takođe predstavlja upotrebu fizičke snage prema nekom licu sa ciljem da se ono prinudi na određeno ponašanje. Isto kao apsolutna sila, i kompulzivna sila deluje na volju lica prema kome se primenjuje, ali ono što je suštinski određuje i istovremeno diferencira u odnosu na apsolutnu silu jeste što kompulzivna sila ne isključuje mogućnost voljnog delovanja. Ona volju ne isključuje, ali na nju u određenom smislu deluje, tako što proces donošenja odluke na neki način usmerava i doneta odluka biva opredeljena delovanjem kompulzivne sile. U suštini, kompulzivna sila kod lica na koje se primenjuje ograničava slobodu donošenja ili ostvarivanja odluka. Kompulzivna sila može biti neposredna i posredna. Neposredna kompulzivna sila je ona sila koja se primenjuje prema licu koje se prinuđava na određeno činjenje, nečinjenje ili trpljenje. Posredna kompulzivna sila jeste ona koja se neposredno primenjuje prema nekom trećem licu – po pravilu, to je srodnik ili drugo blisko lice prinuđenog, a izuzetno i prema stvarima (OS u Beogradu Kž. 700/05), da bi se na taj posredan način uticalo na volju lica koje se prinuđava.

Pretnja je izjava kojom se nekom licu stavlja u izgled određeno zlo (neprijatnost) koje će snaći to lice (OS u Beogradu Kž. 160/07) ili njemu blisko lice,¹² ukoliko ne donese odgovarajuću odluku i u skladu sa tom odlukom ostvari određeno činjenje, nečinjenje ili trpljenje. Pretnja se sastoji u stavljanju u izgled zla koje će nastati delovanjem lica koje preti ili koje će ono na drugi način omogućiti, što znači da realizacija zla kojim se preti na bilo koji način zavisi od volje lica koje upućuje pretnju. Pretnja se može sastojati u stavljanju u izgled nekog činjenja ili nečinjenja. Može se izvršiti usmeno, pismeno ili odgovarajućim konkludentnim radnjama (AS u Beogradu Kž.1 5284/13).

Pretnja treba da bude stvarna – da zaista postoji i ozbiljna, odnosno ostvariva sa gledišta lica kome se preti i objektivno podobna da kod lica kome se preti stvori utisak da će biti realizovana – procenjuje se subjektivno-objektivno. Za postojanje pretnje nije potrebno da onaj koji preti zaista misli da pretnju sprovede u delo, niti je za to potrebna realna mogućnost, na primer, „kada okrivljeni drži ruku u džepu i fingira da ima pištolj“ (VSS Kž. 1243/95) ili „kada okrivljeni izvadi i repetira plastični pištolj koji izgleda kao pravi“ (OS u Beogradu Kž. 1071/96). Pretnja je psihička prinuda i za razliku od sile, kojom se neposredno deluje na telo i telesne pokrete, a posredno na volju, pretnja direktno deluje volju – na slobodu odlučivanja. Pri tome, jednako kao i kompulzivna sila, pretnja ne lišava u potpunosti sposobnosti voljnog odlučivanja lica kome se preti, već donetu odluku opredeljuje u određenom pravcu.

¹² „Pretnja se može sastojati i u tome da učinilac preti da će naneti neko zlo sebi“ (OS u Beogradu Kž. 2225/05).

Ono što bitno razlikuje pretnju u odnosu na kompulzivnu silu jeste što se primenom kompulzivne sile neposredno ostvaruje jedna vrsta zla, dok se pretnjom ono samo stavlja u izgled. Pretnju treba razlikovati od opomene – kod pretnje je nužno da lice koje pretili na bilo koji način, stvarno ili prividno, doprinosi ostvarenju zla kojim pretili.¹³

Krivično delo prinude je posledično krivično delo i smatra se dovršenim nastupanjem posledice u užem smislu koja se sastoji u odgovarajućem činjenju, nečinjenju ili trpljenju pasivnog subjekta.¹⁴ Između radnje i posledice treba da postoji uzročno-posledična veza. Ukoliko je došlo do primene sile ili/i pretnje, ali je izostalo odgovarajuće činjenje, nečinjenje ili trpljenje pasivnog subjekta, radiće se o nekažnjivom pokušaju krivičnog dela (AS u Novom Sadu Kž.1 1170/16, u istom smislu i OS u Beogradu Kž. 28/06). Primera radi, pokušaj krivičnog dela prinude postoji kada je okrivljeni vlasniku prodavnice prislonio nož uz grlo i rekao „daj pivo, inače ću te izbušiti“, da bi nakon toga pobeo iz prodavnice, a nije poneo pivo (VSS Kž. 2086/05). U navedenom smislu je i stav suda najviše instance da „kada nije utvrđeno da je oštećeni započeo sa činjenjem, nečinjenjem ili trpljenjem pod uticajem sile i pretnje primenjene od strane okrivljenih, postoji pokušaj krivičnog dela prinude koji nije kažnjiv“ (VKS Kzz. 125/10). Takođe, kako se ističe, „obaveza prvostepenog suda je da tačno utvrdi na koji način je izvršeno krivično delo, tj. sa kojim ciljem su upotrebljeni sila i pretnja i da li je taj cilj postignut, jer od toga zavisi da li se u konkretnom slučaju radi o dovršenom krivičnom delu ili pokušaju krivičnog dela“ (AS u Kragujevcu Kž. 5456/10).

Prilikom utvrđivanja ispunjenosti objektivnih obeležja bića krivičnog dela treba voditi računa o tome da li u konkretnom slučaju postoje uslovi za primenu

¹³ V. N. Delić, „Sila i pretnja u krivičnom pravu“, *Novo kazneno zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi. XVIII seminar prava*, Budva 7–9. jun 2006, (ur. Dobrivoje Radovanović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja – Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, 2006, 95–109; N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, 97–109; i Zoran Stojanović, „O pojmu pretnje u krivičnom pravu“, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 2013, 5–10.

¹⁴ Na primer, „kada okrivljeni prinudi oštećenog da potpiše ugovor o ustupanju poslovnog prostora na taj način što ga je udario pesnicama po telu“ (OS u Beogradu Kž. 1459/96), „kada je okrivljeni samoinicijativno sa svojim drugom seo u automobil oštećenog i zahtevao da ih oštećeni vozi govoreći pri tome 'ne pravi se lud, jer ćeš dobiti batine', pa ih je oštećeni odveo u susedno mesto, kao što su tražili“ (OS u Beogradu Kž. 1261/06) i „kada je okrivljeni silom i pretnjom prinudio oštećenog da nešto učini tako što ga je gurao, zadao mu dva udarca i rekao da će ga vezati za drvo i zakopati na Avali ukoliko ne promeni iskaz dat policiji, da bi nakon toga oštećenog odveo do zgrade policije gde je on dežurnom policajcu rekao da želi da povuče prethodno podnetu krivičnu prijavu protiv okrivljenog“ (OS u Beogradu Kž. 432/07).

nekođ od osnova isključenja protivpravnosti, na primer, neće postojati krivično delo ukoliko je primenjena sila da bi se neko lice sprečilo da sebi nanese tešku telesnu povredu.¹⁵

Subjektivno biće krivičnog dela prinude podrazumeva direktni umišljaj koji u potpunosti treba da obuhvati objektivno nepravu – radnju i posledicu.¹⁶

Krađa (čl. 203)

Zaštitni objekt krivičnog dela krađe jeste pravo svojine. Radnja izvršenja sastoji se u oduzimanju tuđe pokretne stvari. Prema teoriji aprehenzije, koja je načelno prihvaćena u našem pravu, oduzimanje je ostvareno kada neko lice prekinje pritežanje koje na stvari ima drugo lice i na toj stvari zasnuje/uspostavi svoje pritežanje.¹⁷ Iako je pritežanje po svojoj prirodi objektivno-subjektivna kategorija koja obuhvata faktičku vlast na stvari – kao objektivni element, i volju da se vlast vrši, da se „vlada“ na stvari – kao subjektivni element, uobičajeno je da se pritežanje određuje kao faktička vlast na stvari, tj. da se definiše samo preko objektivnog elementa ovog pojma. Vršenje faktičke vlasti na stvari – faktičko (samostalno) raspolaganje određenom stvari u suštini podrazumeva mogućnost svojinskog raspolaganja. Kako se ističe, „vršenjem krivičnog dela krađe prekida se faktička vlast jednog lica na stvari i uspostavlja faktička vlast izvršioca krivičnog dela“ (OS u Beogradu Kž. 585/05). Izvršilac krivičnog dela krađe ne stiče pravo svojine na oduzetoj stvari, ali je u faktičkoj mogućnosti da se prema stvari ponaša kao vlasnik. U skladu sa teorijom aprehenzije, radnja izvršenja krivičnog dela krađe suštinski i funkcionalno objedinjuje prekidanje postojećeg pritežanja i zasnivanje novog pritežanja. Krivično delo je dovršeno kada dođe do promene pritežanja. Po pravilu, prekid i zasnivanje pritežanja dešavaju se u istom trenutku. Sam prekid

¹⁵ U sudskoj praksi se mogu naći odluke u kojima se navodi da je protivpravnost „bitan element“ krivičnog dela prinude i da „to što prinuđeno lice treba da učini mora biti protivpravno“ (OS u Čačku Kž. 251/04) kao i da „cilj prinude mora biti protivpravan“ (AS u Kragujevcu Kž. 2344/10). Okružni sud u Nišu u jednoj odluci konstatuje da samopomoć isključuje protivpravnost radnje i da nema krivičnog dela prinude kada okrivljeni prinudi oštećenog da drva koja je posekao u šumi okrivljenog ne odnese u svoje, nego u dvorište okrivljenog (Kž. 1062/06).

¹⁶ V. N. Delić (2022), op. cit., 73–76.

¹⁷ U nekim slučajevima teorija aprehenzije mora biti kombinovana sa teorijom ablacije, koja zahteva da stvar bude odneta, a u nekim drugim slučajevima teorija aprehenzije mora biti kombinovana sa teorijom ilacije, koja zahteva da stvar bude na sigurnom. V. više, I. Vuković, „O radnji oduzimanja kod krađe (član 203 KZ)“, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU, Prilozi projektu 2008.* (ur. Svetislav Taboroši), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, 31–61.

pritežanja predstavlja pokušaj krivičnog dela. Do prekida pritežanja prilikom krađe dolazi bez saglasnosti dotadašnjeg pritežaoa (izričite ili prećutne), kao i bez primene sile ili pretnje. Prema zakonskom tekstu, oduzimanje se vrši „od drugog“, što znači da se stvar može oduzeti ne samo od vlasnika, već i od svakog drugog lica koje ima pritežanje na stvari. Otuda, „da bi se radilo o krivičnom delu krađe sud nedvosmisleno treba da utvrdi da li je oštećeni imao pritežanje na zlatnom lančiću u trenutku njegovog oduzimanja“ (VSS Kž. 1544/00). Stvar se može oduzeti ne samo od lica koje je držalac stvari u smislu građanskog prava već i od lica koje je do stvari došlo na protivpravan način, npr. krađom (OS u Beogradu Kž. 2670/04). Pritežanje na stvari ne podrazumeva uvek neposrednu fizičku vlast na stvari – mogućnost direktnog delovanja na stvar. Shodno tome, smatra se da pritežanje postoji i u odnosu na sve stvari koje se nalaze u prostoru kojim se „vlada“, npr. u kući ili stanu.¹⁸ U obzir dolaze i zaturene stvari. Tada se pritežanje u objektivnom smislu ispoljava kao mogućnost da se „vlada“ na stvarima, a u subjektivnom smislu pritežanje se manifestuje u vidu tzv. generalne volje pritežaoa da „vlada“ na svim stvarima unutar određenog prostora. Kada je pritežalac na određeno vreme (ne u nedogled) prostorno udaljen od stvari za koju zna gde se nalazi (na primer, automobil na parking), smatra se da volja pritežaoa da „vlada“ na stvari proizlazi iz svesti o mestu stvari. Takođe, pritežanje neće prestati ukoliko fizička vlast na stvari bude samo privremeno prekinuta tako što je stvar data drugom licu na razgledanje ili se pritežalac od stvari nakratko udalji. Ako je stvar sakrivena u stanu vlasnika, da bi nakon nekog vremena bila uzeta, prema jednom mišljenju postoji dovršeno krivično delo krađe, budući da samo to lice zna gde se stvar nalazi i na taj način ostvaruje faktičku vlast na stvari. Prema drugom, prihvatljivijem mišljenju, radi se o pokušaju krivičnog dela krađe jer je oduzimanje samo započeto ali nije dovršeno, s obzirom na to da se stvar i dalje nalazi u prostoru kojim „vlada“ vlasnik ili pritežalac stana.¹⁹ U sudskoj praksi prihvaćen je stav da kada se stvar i izvršilac nalaze u prostoru u kojem pritežalac „vlada“, poput prodavnice, krivično delo krađe je dovršeno kada je stvar izneta iz prostora. Smatra se da tek napuštanjem prostora u kojem se nalazi stvar dolazi do prekidanja postojećeg pritežanja. Kao „granica“ prostora na kome se u tom slučaju pritežanje prostire po pravilu se uzima mesto gde se nalaze kasa i senzori. Prema stavu sudske prakse, „ne postoji dovršeno krivično delo već pokušaj krivičnog dela krađe, kada je okrivljeni ušao u samoposlugi sa putnom torbom u koju je stavljao određene stvari i nakon toga

¹⁸ „To što je oštećeni dao okrivljenom ključ od svog stana da bi se u njemu tokom dana odmorio, ne znači da je okrivljeni na taj način stekao faktičku vlast na stvarima u stanu“ (OS u Beogradu Kž. 204/01).

¹⁹ I. Vuković (2009), op. cit., 35.

pokušao da izađe iz prodavnice sa druge strane kase, da bi mu kod vrata prišli radnici obezbeđenja i oduzeli torbu sa stvarima“ (VSS Kž. 11/87).²⁰ Isto tako, ako se stvar oduzima iz stana ili kuće ili nekog drugog prostora krađa je dovršena kada učinilac napusti prostor noseći stvar sa sobom.²¹ Međutim, ukoliko je stvar velikih dimenzija i zahteva prevoz, krivično delo krađe neće biti dovršeno iznošenjem stvari, već uspešnim dislociranjem – odvoženjem.²²

U pojedinim slučajevima, sudska praksa stoji na stanovištu da za dovršeno krivično delo krađe nije dovoljno da izvršilac na stvari uspostavi „prostu“ fizičku vlast kao pretpostavku vršenja faktičke vlasti, već je potrebno da na ovaj način uspostavljena faktička vlast bude aktuelizovana kroz mogućnost „nesmetanog/mirnog“ raspolaganja stvari (OS u Subotici Kž. 244/06). U tom smislu su i stavovi sudske prakse da ne postoji dovršeno krivično delo nego pokušaj krivičnog dela krađe „kada su okrivljeni razbili led na jezeru koje pripada ribarskom gazdinstvu, ubacili mrežu u koju se uhvatila određena količina ribe, ali im je odmah po izvlačenju mreže iz vode riba bila oduzeta od strane lovočuvara i policije, tako da okrivljeni na oduzetim stvarima nisu uspeali da ostvare miran i nesmetan posed u cilju raspolaganja stvarima kao vlasnici“ (OS u Subotici Kž. 414/05) i „kada je okrivljeni izneo drvene ploče iz fabričke hale i stavio uz spoljni zid, ali je bio primećen od fabričkog obezbeđenja i zato je pobegao izvan fabričkog kruga“ (OS u Čačku Kž. 344/09).

Prema drugom mišljenju, takođe prihvaćenom u jednom delu sudske prakse (OS u Beogradu Kž. 585/05), a koje svoje uporište ima i u doktrini, dovršeno krivično delo krađe u svakom slučaju podrazumeva prekidanje postojeće i uspostavljanje „nove“ faktičke vlasti na stvari, kao mogućnosti raspolaganja stvari, nezavisno od toga koliko je navedena mogućnost trajala.²³

²⁰ Suprotno navedenom, prisutan je stav da dovršeno krivično delo krađe postoji „kada je okrivljena oduzela stvari u prodavnici, krenula ka izlazu i nakon što je prošla pored kase oglasio se zvučni alarm, a ona je u tom trenutku bacila stvari i pokušala da pobjegne“ (OS u Beogradu Kž. 123/06).

²¹ Prema stavovima sudske prakse, krivično delo krađe je dovršeno „kada je okrivljeni u vozu putnu torbu oštećenog skinuo sa nosača prtljaga i stavio ispod svog sedišta u drugom delu vagona“ (OS u Beogradu Kž. 1983/00). Pokušaj krivičnog dela krađe postoji „kada je okrivljeni u magacinu oduzeo tri jakne i prilikom izlaska iz magacina bio zaustavljen od strane magacionera“ (OS u Beogradu Kž. 2502/02) i „kada je okrivljeni na četvrtom spratu zgrade koja je bila u izgradnji oduzeo jednu električnu dizalicu, da bi prilikom silaska niz stepenice na drugom spratu bio zatečen od strane sina vlasnika zgrade“ (OS u Beogradu Kž. 1530/02).

²² „Krivično delo krađe je ostalo u pokušaju kada su okrivljeni u krugu fabrike, ispred vrata radionice, natovarili na traktorsku prikolicu elektromotor, da bi ga izvezli iz kruga fabrike“ (OS u Beogradu Kž. 85/02).

²³ Z. Stojanović (2020), op. cit., 668 i I. Vuković (2009), op. cit., 55–56.

Opšteprihvaćen stav jeste da je u prodavnicama prilikom oduzimanja stvari koje je moguće staviti na sebe, sakriti u džepove ili pojesti i popiti, krivično delo krađe dovršeno u trenutku kada je na stvari stečena fizička vlast, koja se u tom slučaju poistovećuje sa uspostavljanjem faktičke vlasti na stvari. Kako se ističe, „neosnovan je stav prvostepenog suda da ne postoji dovršeno krivično delo krađe kada je okrivljeni bez plaćanja robe prošao pored kase u robnoj kući i došao do zvučnog alarma koji se uključio jer, kako prvostepeni sud navodi, nije stekao 'mirno' pritežanje na oduzetim stvarima, međutim, iz utvrđenih činjenica nedvosmisleno proizlazi da je okrivljeni predmetne stvari prisvojio tako što ih je sakrio u svoje džepove, da bi nakon toga prilikom prolaska pored kase i uključivanja zvučnog alarma bio otkriven“ (OS u Beogradu Kž. 341/06, u istom smislu i AS u Kragujevcu Kž.1 936/17).

Nadalje, prema zakonskom tekstu, značaj objekta radnje krivičnog dela krađe ima tuđa pokretna stvar. Prvi uslov jeste da je u pitanju stvar. U krivičnom pravu prihvaćeno je da je stvar svaki predmet materijalne prirode koji se može nalaziti u čvrstom, tečnom ili gasovitom stanju.²⁴ U skladu sa odredbom čl. 112, st. 16 KZ, pokretnom stvari smatra se i svaka proizvedena ili sakupljena energija za davanje svetlosti, toplote ili kretanja, telefonski impuls kao i računarski podatak i računarski program.²⁵ Da bi neki predmet materijalne prirode imao značaj objekta radnje krivičnog dela krađe neophodno je da postoji mogućnost uspostavljanja faktičke vlasti na tom predmetu i da predmet ima određenu vrednost – da se njegovim prisvajanjem može ostvariti imovinska korist, prema stavovima sudske prakse, pored ostalog, to mogu biti „posečena stabla drveta koja predstavljaju šumski otpad“ (OS u Beogradu Kž. 184/05), „'pripejd' SIM kartica za mobilni telefon“ (OS u Beogradu Kž. 1313/02) i „delovi automobila na otpadu“ (OS u Beogradu Kž. 2250/06). Pri tome, kako se ističe,

²⁴ „Krivično delo krađe postoji kada je okrivljeni oduzimao vodu na štetu komunalnog preduzeća tako što se samovoljno priključio na cev javnog vodovoda i trošio vodu, čija potrošnja nije bila registrovana na vodomernu“ (OS u Beogradu Kž. 2567/03).

²⁵ Krivično delo krađe postoji „kada je okrivljeni na svom električnom brojilu razmakao zavrtanj naponskog mosta treće faze i koristio električnu energiju mimo njenog registrovanja“ (OS u Čačku Kž. 538/05), „kada je okrivljeni neovlašćenom prepravkom mernih uređaja koristio električnu energiju mimo mernih uređaja“ (VKS Kzz. 53/13) i „kada je okrivljeni otkrio šifru i lozinku drugog korisnika kompjuterskog sistema, priključio se na internet i trošio tuđe plaćeno internet vreme“ (OS u Nišu Kž. 635/03). „Kada je okrivljeni skinuo plumbu sa električnog brojila koje reguliše potrošnju električne energije i preduzeo ostale radnje u nameri pribavljanja protivpravne imovinske koristi, ne postoji sticaj krivičnog dela skidanje i povreda službenog pečata i znaka (čl. 327 KZ) i krivičnog dela krađe, već je reč o prividnom idealnom sticaju po principu konsumpcije i postoji samo krivično delo krađe“ (VSS Kzz. 34/08).

„tačna vrednost oduzete stvari ne predstavlja bitno obeležje krivičnog dela krađe“ (VS u Beogradu Kž.2 945/16).

Smatra se da stvari u smislu krivičnog dela krađe predstavljaju i isprave u kojima je inkorporirano neko pravo, tako da se njihovom kasnijom upotrebom može pribaviti imovinska korist, kao što su „ček na donosioca“ (VSS Kž. 2376/61), „bonovi za ishranu u restoranu društvene ishrane“ (OS u Beogradu Kž. 502/06) i „bonovi za gorivo koji se poljoprivrednicima daju za setvu i žetvu“ (OS u Beogradu Kž. 403/06). Treba uzeti da je u tom slučaju krivično delo dovršeno tek pribavljanjem koristi koja je sadržana u ispravi i da pribavljanje isprave predstavlja pokušaj krivičnog dela krađe. Međutim, „oduzimanje čekovnih blanketa (formula) koji glase na ime u nameri da se njihovom upotrebom pribavi protivpravna imovinska korist, ne može se smatrati krivičnim delom krađe, jer njihovom upotrebom ne može biti pribavljena imovinska korist, uprkos tome što je to bila subjektivna namera učinioca“ (Pravno shvatanje Krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 14. septembra 1992. godine, u istom smislu i OS u Beogradu Kž. 2803/05). Ima i mišljenja da je ovde reč o nepodobnom pokušaju krivičnog dela krađe. Budući da u sebi ne sadrže vrednost, lične isprave, načelno, ne predstavljaju stvari u smislu krivičnog dela krađe, osim kada su oduzete da bi bile prodane na crnom tržištu.²⁶ Čovek ne može biti stvar u smislu krivičnog dela krađe, ali se odvojeni prirodni ili veštački delovi čovečijeg tela smatraju stvarima, na primer, izvađeni prirodni ili veštački zubi, proteza za nogu ili bionička šaka. Leš čoveka takođe ne može biti stvar u navedenom smislu, izuzev ako zbog svoje specijalne namene ima odgovarajuću vrednost, na primer, ako je leš namenjen za medicinska ili druga naučna istraživanja. Stvari koje se pre i nakon sahrane nalaze na lešu i oko leša mogu biti oduzete, jer se smatra da na tim stvarima naslednici imaju fiktivnu fizičku vlast koja „simbolizuje“ njihovu faktičku vlast i zavisi od konkretno manifestovane volje da se „vlada“ na stvari, tj. od prihvatanja nasleđa. Navedeno se odnosi i na stvari koje se nalaze na grobu pokojnika. Divlje životinje koje borave u svojim prirodnim staništima ne predstavljaju stvari u smislu krivičnog dela krađe, izuzev ako je njihov vlasnik ili pritežalac fizičko ili pravno lice. Otuda, krivično delo krađe postoji „kada su okrivljeni došli do ribnjaka poljoprivrednog gazdinstva i štapovima upecali 26 kilograma šarana“ (OS u Beogradu Kž. 76/02) i „kada su okrivljeni iz ribnjaka ribarskog gazdinstva pomoću mreže izvadili veću količinu ribe“ (OS u Beogradu Kž. 1202/94). Isti uslov – da je njihov vlasnik ili pritežalac fizičko, odnosno pravno lice, važi i za domaće životinje (kokoške, ovce, pse i drugo). Kako se ističe u sudskoj praksi, „rasni pas predstavlja pokretnu stvar“ (OS u Beogradu Kž. 225/09, u istom smislu i Kž. 117/96) i „u slučaju krivičnog

²⁶ Z. Stojanović (2020), op. cit., 674.

dela krađe sud mora tačno da utvrdi vrednost oduzetog psa“ (OS u Novom Pazaru Kž. 310/03). Ima mišljenja da i uginule životinje predstavljaju stvar ukoliko se nalaze u državini nekog lica.²⁷

Drugi uslov jeste da je u pitanju pokretna stvar. Smatra se da pod ovaj pojam spadaju pokretne stvari u građanskopravnom smislu kao i stvari koje su integrisane sa nepokretnim stvarima ili su u njihovoj funkciji, pod uslovom da se mogu odvojiti i da pri tome ne dođe do značajnije promene njihove suštine i namene, npr. prozori na kući. Zemljište ne može imati svojstvo pokretne stvari, ali to mogu biti iskopani šljunak ili pesak, kao i svi plodovi zemljišta.

Najzad, značaj objekta radnje krivičnog dela krađe može imati samo tuđa pokretna stvar. Tuđa je stvar koja se nalazi u pritežanju drugog lica. Za krivično delo krađe nije značajno da li je pritežalac na stvari istovremeno i vlasnik stvari. Bitno je da stvar nije u svojini/vlasništvu učinioaca. Stvari koje se nalaze u susvojini mogu imati značaj objekta radnje krivičnog dela krađe. Naime, kada je reč o dva suvlasnika, prvi suvlasnik ima pravo svojine na jednom idealnom delu zajedničke stvari, a drugi idealni deo stvari pripada drugom suvlasniku – u tom slučaju, drugi idealni deo zajedničke stvari za prvog suvlasnika predstavlja tuđu stvar. Međutim, prvi suvlasnik ne vrši krađu idealnog dela drugog suvlasnika, već cele pokretne stvari. Prema stavovima sudske prakse, „nema elemenata krivičnog dela krađe ako je oduzeta stvar predmet ugovora o posluži između okrivljenog kao poslugodavca i oštećenog kao poslugoprimca, jer tako zasnovan obligacioni odnos ne zadire u pravo svojine na stvari i zato za okrivljenog oduzeta stvar nije tuđa“ (OS u Kraljevu Kž. 103/07) i „ne radi se o tuđoj pokretnoj stvari kada je predmet krivičnog dela novac koji predstavlja zajedničku imovinu stranaka kao supružnika i to je potvrdila okrivljena koja je bila ovlašćena za podizanje novca, što govori da predmetni novac za okrivljenu ne predstavlja tuđu stvar“ (AS u Nišu Kž.1. 1328/10). Krađa ne može biti učinjena u odnosu na stvari koje su u potpunosti napuštene. To su stvari na kojima je prestalo prethodno pritežanje, ali nije uspostavljeno pritežanje drugog lica. Izgubljene i zaboravljene stvari mogu imati značaj objekta radnje krivičnog dela krađe, iako je na njima prestala faktička vlast prethodnog pritežaoca, ukoliko se njegovo pritežanje ispoljava u vidu subjektivnog odnosa prema stvari, kroz tzv. „aktivnu“ volju da na stvari ponovo „vlada“. Volja se manifestuje tako što dotadašnji pritežalac pretpostavlja gde se stvar nalazi i nastoji da je nađe, recimo ako se vrati po zaboravljenu stvar. Kako se ističe, „ovo naročito važi ako je stvar izgubljena ili zaboravljena u određenoj prostoriji ili u bilo kom zatvorenom prostoru gde je izvesno da će je vlasnik ili pritežalac pronaći kada je

²⁷ Toma Živanović, *Osnovi krivičnog prava, Posebni deo, Druga knjiga (Krivična dela protiv opštih dobara)*, Geca Kon, Beograd, 1923, 10.

bude potražio“ (VSS Kžp. 440/90). Ukoliko je pak u pitanju zaboravljena stvar na kojoj je prethodno pritežanje prestalo, kako u objektivnom smislu (faktička vlast na stvari) tako i u subjektivnom smislu (volja da se na toj stvari ponovo „vlada“), uzima se da je na osnovu „generalne volje“ stvar prešla u pritežanje onog ko „vlada“ zatvorenim prostorom u kome se stvar nalazi, recimo ako je stvar ostala u kafani, prodavnici ili banci. Ako je stvar izgubljena ili zaboravljena na otvorenom prostoru ili mestu koje je dostupno neograničenom broju ljudi (ulici ili parku), tada je prethodno pritežanje u potpunosti prestalo (u svakom pogledu). Ukoliko neko nađe tu stvar, ona može imati značaj objekta radnje krivičnog dela utaje iz čl. 207, st. 5 KZ. Ako je stvar izgubljena ili zaboravljena u stanu nekog lica i vlasnik ili pritežalac stana zadrži stvar znajući kome pripada, postoji krivično delo krađe. Kada mu nije poznato ko je prethodni pritežalac stvari koja se našla u stanu i stvar prisvoji, u odnosu na tu stvar postoji krivično delo utaje iz čl. 207, st. 5 KZ (VVS II 176/89). Tuđim stvarima smatraju se i stvari koje su nekom licu faktički dostupne po određenom osnovu, tako da to lice faktičku vlast na stvari vrši za neko drugo lice koje je pritežalac stvari, npr. spremačica koja oduzme stvar iz stana koji čisti. Pritežanje na stvari nije prekinuto ni kada pritežalac spava ili je u nesvesti. Tada se pritežanje na objektivnom planu ispoljava kao fiktivna mogućnost da se vlada na stvarima, a na subjektivnom planu se manifestuje u vidu tzv. potencijalne volje da se vlada na stvarima. Opšta i zajednička dobra koja predstavljaju delove prirode ne smatraju se tuđim stvarima (vazduh i voda u moru). Budući da na njima postoji mogućnost uspostavljanja faktičke vlasti i da imaju određenu vrednost, značaj objekt radnje krivičnog dela krađe mogu imati i stvari čiji je promet zabranjen ili ograničen (opojne droge, oružje i slično). Krivično delo krađe može biti učinjeno u odnosu na jednu ili više stvari. Kada je od istog pritežaoca istovremeno oduzeto više stvari, postoji jedno krivično delo krađe.

Subjektivna obeležja bića krivičnog dela krađe su direktni umišljaj i odgovarajuća namera. Shodno tome je i sledeći stav sudske prakse, „namera da se sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist kod krivičnih dela protiv imovine ne može postojati bez direktnog umišljaja“ (AS u Kragujevcu Kž. 384/10). Direktni umišljaj treba da obuhvati svest o objektivnim obeležjima bića. Sudska praksa stoji na stanovištu da „pošto je kod krivičnog dela krađe namera konstitutivni element bića, u činjenični opis presude nije neophodno uneti i opis direktnog umišljaja“ (VKS Kzz. 1153/19). Ukoliko postoji pogrešna svest (predstava) u odnosu na određeno svojstvo objekta radnje krivičnog dela, na primer, ako se za tuđu stvar smatra da je napuštena, može se primeniti institut stvarne zablude koji isključuje krivicu učinioca (čl. 28 KZ). Namera kao subjektivno obeležje krivičnog dela krađe ima dva ključna elementa: a) nameru prisvajanja tuđe pokretne stvari – nameru učinioca

da stvar koristi i da njome raspolaže kao vlasnik i b) nameru pribavljanja protivpravne imovinske koristi. Na ovaj način određena namera treba da postoji u trenutku preduzimanja radnje izvršenja. Za dovršeno krivično delo nije neophodno da namera bude realizovana, tj. da je došlo do prisvajanja i time pribavljanja protivpravne imovinske koristi za sebe ili drugog. Prema stavovima sudske prakse, „izreka presude kojom se okrivljeni oglašava krivim i osuđuje za krivično delo krađe mora sadržati i iznos protivpravno stečene imovinske koristi“ (VS u Požarevcu 3Kž.1 61/17) i „pravilno je utvrđena vrednost oduzetih stvari, a time i visina pribavljene imovinske koristi kada je veštak utvrdio srednju vrednost stare cigle u vreme izvršenja krivičnog dela sa uključenim PDV“ (OS u Subotici Kž. 379/07). Ako nema namere prisvajanja, nezavisno od toga što postoji namera sticanja protivpravne imovinske koristi, neće se raditi o krivičnom delu krađe. Isto tako, neće biti krivičnog dela krađe kada postoji namera prisvajanja, ali je u konkretnom slučaju izostala namera pribavljanja protivpravne imovinske koristi. U navedenom smislu su i sledeći stavovi sudske prakse, „ne može se raditi o krivičnom delu krađe kada je okrivljeni oduzeo televizor od svoje supruge, budući da među njima postoje nerazčišćeni odnosi i uzajamna potraživanja, a sud nije nedvosmisleno utvrdio da je oduzimanje izvršeno u nameri sticanja protivpravne imovinske koristi“ (OS u Čačku Kž. 340/02) i „nema namere pribavljanja protivpravne imovinske koristi kada okrivljeni oduzme motornu testeru oštećenom kako bi ga na taj način naveo da ispuni obećanje vezano za upis njegovog radnog staža“ (OS u Valjevu Kž.1 240/09). Postojanje namere se utvrđuje na osnovu objektivnih okolnosti (OS u Valjevu Kž.1 245/09) i otuda, „iz okolnosti da je okrivljeni izvršio premetačinu u kući, prevrtanje i izbacivanje stvari iz regala, proizlazi da je u kuću ušao u nameri da prisvoji nađene stvari i sebi pribavi protivpravnu imovinsku korist, a ne iz drugih razloga“ (OS u Beogradu Kž. 367/05).²⁸

Razbojništvo iz čl. 206 = prinuda iz čl. 135 + krađa iz čl. 203

Radnja izvršenja krivičnog dela razbojništva jeste oduzimanje tuđe pokretne stvari upotrebom sile ili pretnjom da će se neposredno napasti na život ili telo. Kod krivičnog dela razbojništva prinuda predstavlja sredstvo krađe, tj. način na koji se realizuje radnja izvršenja krivičnog dela koja se sastoji u oduzimanju tuđe pokretne stvari.

Sila ili pretnja da će se neposredno napasti na život ili telo primenjuju se prema licu pre oduzimanja stvari ili tokom oduzimanja, u cilju savladavanja stvarnog

²⁸ V. N. Delić (2022), op. cit., 160–165.

ili potencijalnog/očekivanog/pretpostavljenog otpora prilikom oduzimanja stvari (AS u Kragujevcu Kž. 2259/12), na primer, „okrivljeni je prišao oštećenju sa leđa, obgrlio je sa obe ruke i oborio na beton i na taj način primenio silu da bi savladao mogući otpor“ (AS u Beogradu Kž.1 144/17). Za krivično delo nije neophodno da je došlo do otpora, moguće je da pasivni subjekt pod dejstvom prinude sam preda ili napusti stvar. U navedenom smislu su sledeći stavovi sudske prakse: „ukoliko je došlo do primene sile ili pretnje, okolnost da je oštećeni sam predao stvari izvršiocu ne može se tretirati kao ponašanje u smislu slobodne dispozicije sopstvenom imovinom, već se uzima da je i u tom slučaju okrivljeni oduzeo stvar“ (VSS Kž. 828/94) i „razbojništvo postoji i kada je oštećeni nakon što ga je okrivljeni poprskaio sprejom u lice, usled straha i iznenađenja, bacio svoju tašnu na okrivljenog, što je on iskoristio da bi oduzeo tašnu i pobegao“ (VSS Kž. 1513/93, u istom smislu i VS – Odeljenje u Novom Sadu Kž. 674/68).

U datoj konstelaciji prinuda opredeljuje način na koji se oduzima tuđa pokretna stvar, što implicira situacionu povezanost ova dva krivična dela. Kako se ističe u sudskoj praksi, „kod krivičnog dela razbojništva pretnja podrazumeva neposredno predstojeći napad izvršioca na život ili telo oštećenog ili nekog drugog lica, pod uslovom da oštećeno lice jasno opaža pretnju i da ima predstavu o tome da je pretnja upućena radi oduzimanja stvari, a izvršilac silu ili pretnju primenjuje pre ili za vreme trajanja oduzimanja stvari, kao sredstvo podesno da se oduzme tuđa pokretna stvar“ (AS u Novom Sadu Kž.1 1060/18).

Primenjena sila može biti neodoljiva – apsolutna i sila koja je odoljiva – kompulzivna sila (čl. 21 KZ), koja primera radi, postoji „kada je okrivljeni dva puta pesnicom udario oštećenog u glavu usled čega je oštećeni pao na zemlju, a okrivljeni je prišao, skinuo mu jaknu i pobegao“ (VSS Kž. 827/04). Intenzitet sile treba da bude objektivno podoban za savladavanje otpora. Prema stavovima sudske prakse, „krivično delo razbojništva postoji ako je primenjena sila bila takvog intenziteta da je oštećena bila oborena na zemlju i na taj način onesposobljena da se suprotstavi okrivljenom“ (VSS Kž. 264/05), međutim „nije došlo do primene sile kada je okrivljeni ušao u sobu u kojoj je spavala oštećena i stavio joj jastuk na glavu da ga ne bi prepoznala dok je oduzimao novac, sa kojim se udaljio iz kuće“ (AS u Kragujevcu Kž.1 1443/17).

Budući da se u skladu sa odredbom čl. 112, st. 12 KZ silom smatra i primena hipnoze ili omamljujućih sredstava, s ciljem da se neko lice protiv svoje volje dovede u nesvesno stanje ili onesposobi za otpor, sudska praksa smatra da krivično delo razbojništva postoji u sledećim slučajevima: „kada je okrivljeni oštećenu onesposobio za otpor tako što joj je stavio u kafu više usitnjenih tableta 'bensedina' i nakon što je izgubila svest, oduzeo njenu zlatnu narukvicu i udaljio se iz stana“

(VSS Kž. 1536/99, u istom smislu Kž. 635/96, OS u Beogradu K. 94/94 i K. 216/99), „kada je okrivljeni stavio oštećenom na nos gazu natopljenu eterom, da bi mu oduzeo novčanik“ (VSS Kž. 1559/96) i „kada su okrivljeni isprskali suzavcem u spreju blagajnice koje su nosile novac iz banke“ (VSS Kž. 40/03). Međutim, može se dovesti u pitanje stav da pod primenom sile, u smislu omamljujućeg sredstva, treba smatrati i „onesposobljavanje za otpor upotrebom spreja 'neutvrđene vrste' kojim je okrivljeni poprskao oštećenu i prouzrokovao njeno privremeno zaslepljenje“ (VSS Kž. 689/02).²⁹

Pretnja mora biti kvalifikovana – upravljena na neposredni napad na život ili telo, npr. „ozbiljna pretnja da će se neposredno napasti na život ili telo drugog lica postoji kada okrivljeni drži špric ispunjen tečnošću, tj. ostacima krvi nakon ubrizgavanja heroina u venu i napadnutom licu zapreti da će ga ubosti iglom šprica u kome se nalazi virus 'side'“, ukoliko mu ne preda novac“ (OS u Nišu K. 168/04). Pojam „neposredno napasti“ znači da se preti napadom do kojeg će odmah doći, a ne nekim budućim napadom. Prema stavu sudske prakse, „kada okrivljeni priđe registar kasi držeći žilet u ruci i od blagajnice zahteva da otvori kasu, na taj način je pretnjom da će neposredno napasti na život blagajnice pokušao da oduzme novac iz prodavnice“ (VSS Kž. 977/99). Pretnja treba da bude stvarna i ozbiljna, odnosno realno ostvariva sa aspekta lica kome se preti i objektivno podobna da kod lica kome se preti stvori utisak da će biti realizovana (AS u Beogradu Kž.1 Po1 8/11). U navedenom smislu su i stavovi sudske prakse da „pretnja kod krivičnog dela razbojništva treba da bude takva da je lice kojem je upućena ozbiljno shvati i bez značaja je da li je izvršilac stvarno nameravao da realizuje pretnju kao i da li je uopšte bilo moguće da je ostvari“ (VSS Kž. 465/91) i „bitno je da lice kome se preti ima osnova da prema konkretnim okolnostima pretnju shvati kao ozbiljnu i moguću“ (VSS Kž. 689/99, Kž. 253/00, Kž. 953/05, u istom smislu i AS u Novom Sadu Kž.1 1469/16). Kako se navodi, „krivično delo razbojništva može biti učinjeno pretnjom upotrebe plastičnog pištolja koji je oštećenima izgledao kao pravi“ (VSS Kž. 1823/00, Kž. 393/03, u istom smislu i AS u Kragujevcu Kž. 3582/12 i Kž.1 648/17) i „za krivično delo nije bitno da li je okrivljeni pretio pravim ili gasnim pištoljem“ (VSS Kž. 322/98). Pretnja može biti učinjena i konkludentnom radnjom, na primer, „kada je okrivljeni rekao oštećenoj 'daj pare' i napravio pokret rukom tako da je oštećena imala utisak da okrivljeni za pojasom ima pištolj“ (OSB K. 624/97) i „kada se jedan od okrivljenih nalazio na slabo osvetljenom mestu i u rukama držao neki predmet koji je zveckao i odavao utisak repetiranja pištolja, što je kod oštećenog izazvalo strah“ (AS u Kragujevcu Kž.1 4056/10).

²⁹ U istom smislu v. Z. Stojanović (2020), op. cit., 689.

Sila i kvalifikovana pretnja mogu biti primenjene prema vlasniku stvari ili prema bilo kom drugom licu koje ima pritežanje na stvari kao i prema licu za koje izvršilac smatra da bi eventualno moglo da ga omete ili spreči prilikom oduzimanja stvari. U sudskoj praksi se ističe „da je učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka time što je u izreci presude izostao identitet oštećenog lica prema kome je primenjena sila jer to predstavlja bitan element krivičnog dela razbojništva“ (AS u Nišu 2Kž.1 4280/11). Naglašava se da sila i kvalifikovana pretnja treba da budu usmerene prema licu, a ne prema stvarima (VSS Kž. 1686/03). Ukoliko je sila primenjena samo prema stvari isključivo u cilju prekidanja faktičke vlasti između stvari i njenog pritežaoaca, na primer, ako je predmet istrnut iz ruke, bez neposrednog ugrožavanja života ili tela, treba uzeti da ne postoji razbojništvo, već krađa (VSS Kž. 149/65).³⁰

Krivično delo je dovršeno kada je stvar oduzeta, tj. kada je uspostavljena faktička vlast na stvari, bez obzira na trajanje.³¹ Smatra se da se „pod oduzimanjem podrazumeva i predaja novca i ključeva od stana nakon primene sile ili pretnje“ (VSS Kž. 1865/98). Ukoliko izvršilac krivičnog dela počne da beži sa oduzetim novcem pa kada vidi da će biti uhvaćen, jedan deo novca baci, a drugi deo zadrži, smatra se da krivično delo postoji u odnosu na novac koji je oduzet (VSS Kž. 6/82).

Pokušaj krivičnog dela postoji kada je došlo do primene sile ili kvalifikovane pretnje, odnosno kada je započeta ili dovršena njihova primena. Otuda sud najviše instance u jednoj odluci ističe sledeće: „za pokušaj razbojništva dovoljno je da je započeto sa primenom sile i nije značajno što je izostalo oduzimanje stvari“ (VSS Kž. 269/03). U skladu sa navedenim su i stavovi sudske prakse da pokušaj razbojništva postoji „kada je okrivljeni sa umišljajem primenio silu prema oštećenju koja je bila upravljena na oduzimanje tuđe pokretne stvari, ali nije uspeo da oduzme novac“ (AS u Kragujevcu Kž.1 5717/10) i „kada su okrivljeni nakon primenjene sile pobjegli iz prodavnice, jer je jedna od prodavačica uspeła telefonom da pozove policiju“ (VSS Kž. 183/03).

Izvršilac krivičnog dela može biti bilo koje lice. U praksi su česti slučajevi da se razbojništvo vrši u saizvršilaštvu, primera radi, „postoji saizvršilaštvo kada su u krivičnom delu razbojništva učestvovala tri lica i pri tome je uloga dva lica bila da uđu u stan oštećenih, a uloga trećeg lica je bila da stoji ispred stana, gasi i pali

³⁰ U istom smislu v. Grupa autora, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije* (redaktor Ljubiša Lazarević), Savremena administracija, Beograd, 1995, 607; i Đ. Đorđević, (9/2000), op. cit., 51.

³¹ Može se dovesti u pitanje stav da je krivično delo razbojništva ostalo u pokušaju „kada je okrivljeni prišao oštećenom, udario ga pesnicom u glavu, istrkao telefon iz njegove ruke i počeo da beži, ali je oštećeni potrčao za njim, sustigao ga i uzeo telefon“ (VSS Kž. 44/03).

svetlo i pazi da neko ne naiđe“ (VSS Kž. 1520/04), „razbojništvo je učinjeno u saizvršilaštvu kada je jedno lice držalo oružje kojim je pretilo blagajnici, a druga dva lica su za to vreme bila naslonjena na pult i nakon toga su svi zajedno uzeli pazar i pobjegli“ (OS u Beogradu K. 1488/04), „razbojništvo je učinjeno u saizvršilaštvu kada je jedno lice udarilo flašom oštećenog u predelu glave, a drugo lice je iz fioke oduzelo novac, da bi potom zajedno pobjegli iz prodavnice“ (OS u Beogradu K. 569/03), „saizvršiocem u razbojništvu smatra se i treći okrivljeni, koji je preduzeo radnju koja je izvan bića krivičnog dela, ali je neposredno povezana sa radnjama druga dva okrivljena tako što ih dopunjuje na bitan, tj. odlučujući način“ (VSS Kžm. 64/02 i Kž. 34/07), „prvookrivljeni je učestvovao u razbojništvu u svojstvu saizvršioca kada je na osnovu prethodnog dogovora čekao u vozilu sa upaljenim motorom u sporednoj ulici 100 metara udaljenoj od menjačnice, gde su druga dva okrivljena uz pretnju pištoljem oduzeli novac od radnika u menjačnici, a zatim trčeći došli do vozila, da bi jedan od njih dvojice usplahireno rekao prvookrivljenom da odmah krene, što je on učinio“ (OS u Čačku Kž. 443/07), „prilikom procene da li čekanje u vozilu na dogovorenom mestu da bi se odvezla lica koja vrše razbojništvo predstavlja saizvršilaštvo u razbojništvu, sud mora nesporno da utvrdi sadržinu prethodnog dogovora svih učesnika kao i okolnost na šta je bio upravljen umišljaj lica koje je čekalo u vozilu“ (AS u Kragujevcu Kž.1 904/18/2/), „maloletnik M. nije saizvršilac u krivičnom delu razbojništva iako je nakon učinjenog krivičnog dela dobio deo novca, jer nije učestvovao u radnji izvršenja, niti je njegova radnja imala odlučujući značaj za radnju izvršenja, već je predstavljala samo doprinos, što govori da je u krivičnom delu učestvovao kao pomagač“ (VSS Kž. 123/08) i „ako je više lica učestvovalo u krivičnom delu razbojništva, tako što je svako od njih primenio prinudu u cilju oduzimanja stvari, za saizvršilaštvo nije nužan prethodni dogovor“ (VSS Kž. 843/08).

Subjektivno biće krivičnog dela obuhvata direktni umišljaj i nameru da se sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist (VSS Kž.II 130/08). Budući da razbojništvo predstavlja složeno krivično delo, umišljaj treba da bude upravljen na izvršenje prinude kao i na oduzimanje tuđe pokretne stvari i „u izreci presude mora biti jasno opredeljen“ (VKS Kzz. 908/17).³²

Međuodnos razbojništva (čl. 206) i iznude (čl. 214)

Zaštitni objekt *krivičnog dela iznude* iz čl. 214 KZ jeste imovina. Iznuda predstavlja poseban oblik krivičnog dela prinude (čl. 135 KZ). U pitanju je prividni idealni sticaj po principu specijaliteta, što znači da iznuda obuhvata sva obeležja

³² V. N. Delić (2022), op. cit., 179–183.

prinude i još dva dodatna obeležja, jedno objektivno i jedno subjektivno. Dodatno objektivno obeležje podrazumeva da pasivni subjekt nešto čini ili ne čini na štetu svoje ili tuđe imovine, a dodatno subjektivno obeležje obuhvata nameru učinioca da na taj način sebi ili drugom pribavi protivpravnu imovinsku korist. Kako se ističe u sudskoj praksi, „prinuda je samo sredstvo za ostvarivanje osnovnog cilja iznude, a to je pribavljanje protivpravne imovinske koristi“ (AS u Nišu 8Kž.1 1144/15). Navedena obeležja bića opredeljuju svrstavanje krivičnog dela iznude u glavu krivičnih dela protiv imovine.

Radnja izvršenja krivičnog dela iznude podrazumeva primenu sile ili pretnje prema drugom licu – primenu prinude (AS u Beogradu Kž.1 3592/11). Pojam sile treba shvati u uobičajenom krivičnopravnom smislu, tako da obuhvata neodoljivu – apsolutnu silu i silu koja nije neodoljiva – kompulzivnu silu (čl. 21 KZ), na primer, „kada je okrivljeni tukao oštećenog i zahtevao da mu da 1.500 evra, jer ga je navodno 'prodao' policiji i zato mora da plati troškove advokata“ (OS u Beogradu Kž. 3003/06), „kada drugookrivljeni zbog navodnog duga koji oštećeni ima prema njegovoj devojci, udari oštećenog pesnicom u glavu i od njega zahteva da u naredna tri meseca podiže sa svog računa određenu sumu novca i predaje prvookrivljenom, da bi ga prvookrivljeni i drugookrivljeni štitili od mafije“ (VSS Kž. 1160/04) i „kada okrivljeni udaraju oštećenog kaišem u glavu i čupaju mu kosu i tako prinude da im donese i preda određenu sumu novca“ (OS u Beogradu Kž. 299/94).

Pretnja treba da bude stvarna i ozbiljna, odnosno realno ostvariva sa aspekta lica kome se preti i objektivno podobna da kod lica kome se preti stvori utisak da će biti realizovana (AS u Nišu Kž. 347/13 i 7Kž.1 3208/15), na primer, „kada okrivljeni sretne oštećenog ispred diskoteke i preteći da će ga 'prebiti' zahteva da skine nove pantalone koje je imao na sebi i da ih zameni za pantalone koje je na sebi imao okrivljeni“ (OS u Beogradu Kž. 1117/91), „kada je okrivljeni došao u kafić, prišao oštećenom koji je stajao sa drugom i zapretio da će ga tući u kafiću, kao i na svakom drugom mestu gde ga bude sreo, ukoliko mu odmah ne bude dao određenu sumu novca, koju oštećeni nije imao kod sebe, ali je novac pozajmio od druga i predao okrivljenom“ (OS u Beogradu Kž. 2186/06) i „kada okrivljeni noću u januaru mesecu odvede oštećenog u park i natera da sa sebe skine svu odeću i preteći da će mu nožem preseći vratnu arteriju zahteva od oštećenog da telefonom pozove svog druga i da mu kaže da uzme novac od roditelja i donese u park okrivljenom, jer u protivnom 'nikada više druga neće videti živog'“ (OS u Beogradu Kž. 404/06). Međutim, „ne može se smatrati da postoji pretnja kada okrivljeni traži od oštećenog određenu sumu novca da bi preduzeo neku radnju koja bi predstavljala korist za oštećenog“ (AS u Beogradu Kž.1 3592/11). Pretnja može biti učinjena usmeno, prilikom neposrednog kontakta (OS u Nišu K. 53/06) ili telefonom

(OS u Beogradu Kž. 3594/03), pismeno, na primer, „kada okrivljeni uputi oštećenom dva pisma u kojima zahteva da mu preda određenu sumu novca, da on i njegova porodica ne bi bili 'likvidirani'“ (OS u Beogradu 2129/98) ili konkludentnim radnjama, na primer, „kada okrivljeni u vojničkoj uniformi sa vidno istaknutim pištoljem zadnutim za pojasom prilazi oštećenim civilima i zahteva da mu daju određenu sumu novca“ (VVS K. 491/99). Ovde nije neophodno da se radi o kvalifikovanoj pretnji.³³ Pretnja se može odnositi na pasivnog subjekta ili na neko njemu blisko lice, kao i na stvari, na primer, „kada okrivljeni dođe u trgovačku radnju oštećenog i njemu i njegovom sinu preta da će ih 'pobiti' i baciti bombu na lokal ukoliko ne plate 'reket'“ (OS u Beogradu Kž. 323/04), „kada okrivljeni prvo oduzme vozilo oštećenog, a zatim ga pozove telefonom i kaže da će zapaliti vozilo ukoliko oštećeni na ime 'otkupa' ne donese određenu sumu novca“ (OS u Beogradu Kž. 2903/03) i „kada okrivljeni šalje na e-mail adresu preduzeća 'Koka-Kola' preteće poruke da će u njihovim maloprodajnim objektima podmetnuti zatrovane flaše 'Koka-Kole' ukoliko mu ne isplate određenu sumu novca, što je kasnije ponovio i u telefonskom razgovoru sa direktorom sektora“ (OS u Beogradu Kž. 1759/04).

Posledica krivičnog dela se ostvaruje na taj način što lice prema kome je primenjena prinuda – pasivni subjekt, preduzima određeno činjenje, odnosno nečinjenje na štetu svoje ili tuđe imovine. Budući da predstavlja obeležje bića krivičnog dela, imovinska šteta u svakom konkretnom slučaju mora biti nedvosmisleno utvrđena. Iz dela zakonske formulacije u kome stoji da pasivni subjekt nešto čini ili ne čini „na štetu svoje ili tuđe imovine“ proizlazi da pasivni subjekt i oštećeni ne moraju biti isto lice. Između radnje i posledice treba da postoji uzročno-posledična veza.

Pokušaj krivičnog dela pretpostavlja da je započeta primena prinude ili da je primena prinude u potpunosti dovršena, ali da je izostalo odgovarajuće ponašanje pasivnog subjekta i time nastupanje štete. Prema stavovima sudske prakse pokušaj krivičnog dela postoji „kada je okrivljeni mobilnim telefonom pozvao oštećenog i zapretio da će zapaliti njegov silos ukoliko ne preda određenu sumu novca, koju treba da spakuje u torbu i ostavi na benzinskoj pumpi, ali je oštećeni o tome

³³ „Navodi u žalbi da nije bilo primene nasilja prema oštećenom bez uticaja su na krivično delo iznude, jer su pretnje, koje su opisane u izreci presude, bile takvog intenziteta da je bezbednost oštećenog bila ugrožena i on je na taj način bio prinuđen na činjenje. Takođe su neosnovani navodi u žalbi da se ozbiljnom može smatrati samo pretnja da će okrivljeni zapaliti kuću oštećenom ili pobiti njegovu porodicu. Prilikom procene pretnje posebno treba imati u vidu da je osim upućenih pretnji oštećenom, okrivljeni u ranijim SMS porukama isticao da je opasan momak i 'poznata baraba' i da nije dobro imati ga za neprijatelja, a osim toga je i navodio imena pojedinih lica za koja je poznato da pripadaju kriminogenoj sredini, naglašavajući da je sa njima blizak prijatelj“ (AS u Kragujevcu Kž. 1842/13).

obavestio policiju i skladu sa dogovorom na označeno mesto odneo torbu u kojoj se umesto novca nalazio paket novina, da bi okrivljeni kada je došao po novac odmah bio uhapšen od strane policije“ (OS u Beogradu Kž. 3594/03) i „kada je okrivljeni od oštećenog tražio novac da bi mu vratio oduzeto vozilo, ali je prilikom njihovog sastanka na dogovorenom mestu policija lišila slobode okrivljenog, pre nego što je oštećeni predao novac“ (OS u Beogradu Kž. 1890/95).

Subjektivna obeležja bića jesu direktni umišljaj i namera pribavljanja protivpravne imovinske koristi. Direktni umišljaj treba da obuhvati sva objektivna obeležja bića. Namera treba da postoji prilikom preduzimanja radnje izvršenja, ali njena realizacija nije neophodna za dovršeno krivično delo.³⁴

U vezi s pitanjem razgraničenja između krivičnih dela razbojništva i iznude u sudskoj praksi je prisutan sledeći stav: „učinilac krivičnog dela razbojništva primenjuje silu ili pretnju neposredno pre ili za vreme oduzimanja tuđe pokretne stvari, a kod krivičnog dela iznude primenom sile i pretnje se 'slabi volja' pasivnog subjekta, tako da on usled primenjene sile ili pretnje sam donosi odluku da nešto učini ili ne učini na štetu svoje ili tuđe imovine“ (VSS Kž. 1612/05, u istom smislu AS u Beogradu Kž.1 6317/11 i Kž.1 5558/11).

Sledstveno svemu prethodno iznetom, razlikovanje krivičnog dela razbojništva i krivičnog dela iznude treba vršiti imajući u vidu sledeće: kod razbojništva prinuda predstavlja sredstvo (način) oduzimanja tuđe pokretne stvari i primenjuje se pre oduzimanja stvari ili tokom njenog oduzimanja, u cilju savladavanja stvarnog ili potencijalnog otpora u nameri da se prisvajanjem stvari pribavi protivpravna imovinska korist, a kod iznude se prinuda primenjuje da bi pasivni subjekt preduzeo nešto na štetu svoje ili tuđe imovine i time je namera pribavljanja protivpravne imovinske koristi funkcionalno povezana sa ponašanjem pasivnog subjekta, tj. sa njegovim činjenjem ili nečinjenjem na štetu svoje ili tuđe imovine. U zavisnosti od konkretnog slučaja relevantni kriterijumi mogu biti i okolnosti: a) da li učinilac oduzima stvar (razbojništvo) ili pasivni subjekt sam predaje stvar (iznuda) – „U pitanju je krivično delo iznude kada je okrivljeni ozbiljnom pretnjom prinudio oštećenog da mu na štetu svoje imovine preda zlatan lanac sa priveskom koji je imao oko vrata i mobilni telefon, što je on učinio iz straha da okrivljeni ne ostvari svoju pretnju“ (OS u Beogradu Kž. 2229/94). Suprotno tome, sud najviše instance navodi da „ukoliko je došlo do

³⁴ „Namera pribavljanja protivpravne imovinske koristi postoji kada okrivljeni uz pretnje od oštećenog zahteva da kupi veći broj dopuna za mobilni telefon i da okrivljenom izdiktira brojeve dopuna da bi mogao da ih koristi za svoj mobilni telefon“ (OS u Beogradu Kž. 607/04). „Protivpravna imovinska korist može da se sastoji u tome da oštećeni usled pretnje odustane od naplate duga prema prvookrivljenoj, koja je angažovala drugookrivljenog i još dva lica da zaprete oštećenom“ (OS u Beogradu Kž. 2780/04).

primene sile ili pretnje, okolnost da je oštećeni predao stvari izvršiocu ne može se tretirati kao ponašanje u smislu slobodne dispozicije sopstvenom imovinom, već se uzima da je tada okrivljeni oduzeo stvar i da postoji krivično delo razbojništva“ (VSS Kž. 828/94); b) da li pasivni subjekt stvar predaje na mestu gde je primenjena prinuda, tj. odmah nakon primene prinude (razbojništvo) ili između prinude i predaje stvari postoji odgovarajuća prostorna i/ili vremenska distanca (iznuda) – „Razbojništvo postoji kada učinilac silom ili pretnjom da će neposredno napasti na život i telo prinudi oštećenog da svoju pokretnu stvar odmah preda, dok se kod iznude delatnost oštećenog najčešće vremenski i prostorno distancira od prinude. Suprotno žalbenim navodima branioca da se u radnjama okrivljenih stiču bitni elementi krivičnog dela iznude, a ne krivičnog dela razbojništva, prvostepeni sud je pravilno zaključio da je prema oštećenom primenjena prinuda, tj. kvalifikovana pretnja tako što je okrivljeni pokazao kopiju originalnog pištolja, za koji je oštećeni verovao da je pravi, da bi pod uticajem pretnje, usled straha zbog pokazivanja pištolja, oštećeni predao svoj mobilni telefon okrivljenom, što govori da postoji krivično delo razbojništvo, a ne krivično delo iznuda. Razlika između ova dva krivična dela je u tome što se kod razbojništva stvar pod uticajem prinude odmah predaje učiniocu krivičnog dela, dok se kod iznude delatnost pasivnog subjekta najčešće vremenski i prostorno distancira od prinude“ (AS u Beogradu Kž.1 5558/13) i v) da li je prinuda primenjena prema licu (razbojništvo) ili prema stvari (iznuda) kao i da li je primenjena kvalifikovana pretnja (razbojništvo) ili pretnja koja nije kvalifikovana (iznuda) – „U postupku u kome je okrivljenom stavljeno na teret krivično delo iznude za koje je oglašen krivim, a nije nesporno utvrđeno postojanje subjektivnog obeležja krivičnog dela, učinjena je bitna povreda zakona zato što od sadržine namere okrivljenog zavisi pravna kvalifikacija krivičnog dela i u konkretnom slučaju može se raditi o prinudi iz čl. 135 KZ, iznudi ili samovlašću iz člana čl. 330 KZ“ (VKS Kzz. 224/16).³⁵

Međuodnos razbojništva (čl. 206) i teške krađe izvršene na (naročito opasan ili) naročito drzak način (čl. 204, st. 1, tač. 3)

Smatra se da *teška krađa izvršena na (naročito opasan³⁶ ili) naročito drzak način* iz čl. 204, st. 1, tač. 3 KZ postoji kada je prilikom krađe ispoljena drskost

³⁵ N. Delić (2022), op. cit., 200–201.

³⁶ Prihvaćeno je da je krađa izvršena na naročito opasan način kada je prilikom krađe stvorena apstraktna opasnost za život, telo ili imovinu bilo kog lica, što uključuje i samog učinioca, na primer, krivično delo postoji „kada su okrivljeni prilikom krađe isekli telefonske vodove između železničkih stanica, što je onemogućilo normalno odvijanje saobraćaja na jednom delu pruge i dovelo do kašnjenja vozova, a time i do materijalne štete“ (OS u Beogradu Kž. 20/72).

koja prevazilazi drskost karakterističnu za vršenje osnovnog oblika krađe (OS u Čačku Kž. 569/09), drugim rečima, „kada način izvršenja krađe sadrži visok stepen drskosti koja se može smatrati neuobičajenom i izražava spremnost okrivljenog da uz povećani rizik izvrši krađu u situaciji u kojoj se to nije moglo očekivati“ (OS u Beogradu Kž. 474/95). Kako se ističe u sudskoj praksi, „radi se o dovršenom krivičnom delu teške krađe izvršene na naročito drzak način kada okrivljeni istragne torbu sa novcem oštećene i pobegne, ali tokom potere od strane trećih lica odbaci torbu“ (VSS Kž.II 1079/05).³⁷

Budući da se ispoljena drskost prilikom izvršenja krađe u konkretnom slučaju može manifestovati u vidu primene sile, treba uzeti da se *razlikovanje krivičnog dela razbojništva i krivičnog dela teške krađe izvršene na naročito drzak način* vrši s obzirom na okolnost da li je sila primenjena prema oštećenom ili prema stvarima. Sledstveno tome, teška krađa izvršena na naročito drzak način postoji u sledećim slučajevima: „kada okrivljeni priđe oštećenju sa leđa, istragne joj torbicu koju nosi u ruci i pobegne“ (AS u Nišu Kžm.2 6/10), „kada okrivljeni na biciklu priđe sa leđa oštećenju i iz ruku joj istragne tašnu, pa pobegne“ (OS u Beogradu Kž. 1587/00), „kada okrivljeni iz vozila u kome je sedeo na mestu suvozača kroz otvoren prozor istragne tašnu sa ramena oštećenju, koja je prolazila pored automobila, da bi se nakon toga automobil velikom brzinom udaljio sa lica mesta“ (OS u Beogradu Kž. 1530/04), „kada okrivljeni priđe oštećenju na javnom mestu, šakama uhvati njenu torbu koju je nosila na ramenu i torbu uporno vuče i cima sve do pucanja kaiša“ (AS u Nišu Kž.1 790/12), „kada okrivljeni priđe oštećenju, ponudi mu da od njega ‘otkupi’ devize i u trenutku kada je oštećeni pružao novac, istragne novac iz njegove ruke i pobegne“ (OS u Beogradu Kž. 546/94), „kada jedan od okrivljenih u školi priđe oštećenju, pita ga da li ima ‘travu’ na prodaju, a kada oštećeni odgovori da nema, obojica okrivljenih mu naredi da uđe u školski toalet gde ga pretresu i iz novčanika oduzmu sav novac koji je imao“ (OS u Beogradu Kž. 1956/06), „kada okrivljeni na pijaci, u prisustvu drugih lica, u trenutku kada se oštećena udaljila od tezge da bi na obližnjoj česmi pila vode, dotrči do tezge, zgrabi kesu sa novcem i pobegne“ (VSS Kž. 1382/01) i „kada okrivljeni priđe vozilu oštećenju koji je za volanom, kroz otvoreni prozor pruži ruku i oduzme svežanj novčanica koji se nalazio na instrument tabli i pobegne“ (OS u Čačku Kž. 356/03). Dok, razbojništvo primera radi, postoji „kada je oštećena izvadila iz fioke koverat sa novcem, a optuženi je uhvatio za ruku u kojoj je držala koverat i rekao ‘daj pare’, da bi se nakon toga sa njom otimao oko koverte i gurao je unazad, tako da je ona posrnula, da bi sa primenom sile prestao

³⁷ N. Delić (2022), op. cit., 172–173.

tek kada je oštećena zvala pomoć“ (VSS Kž. 484/06). U istom smislu je i stav da „kod krivičnog dela razbojništva zakonska formulacija 'upotreba sila prema nekom licu' obuhvata i slučaj kada je sila primenjena prema stvari koja se oduzima, pod uslovom da je to rezultiralo telesnom povredom oštećenog, koja je nastala kao posledica pružanja otpora pri oduzimanju stvari“ (AS u Kragujevcu Kž.1 884/18).³⁸

*Razbojnička krađa iz čl. 205 = krađa iz čl. 203
+ prinuda iz čl. 135*

Prema zakonskom tekstu, razbojnička krađa iz čl. 205 KZ pretpostavlja sledeće: a) da je izvršeno krivično delo krađe; b) da je izvršilac krađe zatečen i v) da izvršilac krađe u nameri da ukradenu stvar zadrži primenjuje silu ili pretnju da će neposredno napasti na život ili telo.

Za razliku od krivičnog dela razbojništva (čl. 206 KZ), kod koga prinuda predstavlja sredstvo (način) izvršenja krađe i primenjuje se pre ili tokom oduzimanja stvari, kod krivičnog dela razbojničke krađe prinuda predstavlja radnju izvršenja i primenjuje se nakon (posle) krađe, u cilju zadržavanja ukradene stvari.

a) Izvršeno krivično delo krađe podrazumeva da je oduzeta tuđa pokretna stvar u nameri da se njenim prisvajanjem sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist. To znači da je izvršilac prekinuo pritežanje koje je na stvari imalo drugo lice i zasnovao svoje pritežanje.

b) Zakonsku formulaciju „na delu krađe zatečen“ treba shvatiti u smislu da je izvršilac zatečen na mestu krađe sa oduzetom stvari ili da je zatečen na mestu krađe neposredno nakon što je stvar oduzeta ili da je sa oduzetom stvari zatečen tokom napuštanja mesta krađe – za vreme bekstva (VSS Kž. 519/90).

c) Sila ili pretnja da će se neposredno napasti na život ili telo primenjuju se u nameri da se ukradena stvar zadrži. Prema stavu sudske prakse, pojam „zadrži“ treba tumačiti u smislu da je potrebno da izvršilac „dođe u miran posed oduzetih stvari“ (VSS Kž. 158/01). Kako se navodi u literaturi, „sve dok je moguće u nužnoj odbrani izvršiocu oduzeti ukradenu stvar, dotle je moguće da on izvrši razbojničku krađu“.³⁹

Primenjena sila može biti neodoljiva – apsolutna ili sila koja je odoljiva – kompulzivna (čl. 21 KZ), primera radi, kompulzivna sila je primenjena u sledećim

³⁸ *Ibidem*, 183.

³⁹ Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, op. cit., 605.

slučajevima: „kada je okrivljeni za vreme dok je prodavac iznosio ambalažu iz prodavnice, ušao unutra i iz posude sa pazarom pokušao da oduzme novac, da bi se prodavac u tom trenutku vratio i povikao da 'ostavi novac', nakon čega je okrivljeni prišao prodavcu, odgurnuo ga šakama i pobegao iz prodavnice“ (VSS Kž. 370/01), „kada je okrivljeni prilikom krađe u kući bio zatečen od strane oštećene, koja uspela da mu istrgne iz ruku torbu sa stvarima, a on je udario pesnicom, oduzeo torbu i pobegao“ (OS u Beogradu Kž. 1431/06) i „kada je okrivljeni u prodavnici sa rafova uzeo i stavio u trenerku 38 komada 'Milka' čokolada od po 300 grama, krenuo ka izlazu prodavnice, prošao pored kase i došao do vrata gde su stajale dve prodavačice, koje su ga pitale da li ima kod sebe nešto od robe koju treba da plati, na šta je okrivljeni odgovorio da nema i jednu prodavačicu gurnuo, a drugu udario, da bi potom pobegao iz prodavnice“ (OS u Beogradu Kž. 498/09) i „prvostepeni sud je iz izvedenih dokaza pravilno utvrdio da je okrivljeni ušao u kuću oštećenih, izvršio pretraživanje fioka regala u jednoj od soba, uzeo novac koji je našao, a kada se pojavio oštećeni i zatekao ga u krađi, okrivljeni je prema njemu primenio silu tako što ga udario pesnicom u glavu, da bi zadržao oduzeti novac“ (AS u Kragujevcu Kž.II 30/10). Treba uzeti da primena sile ovde obuhvata i nanošenje lake telesne povrede. Pretnja mora biti kvalifikovana, stvarna i ozbiljna, odnosno realno ostvariva sa aspekta lica kome se preti i objektivno podobna da kod lica kome se preti stvori utisak da će biti realizovana, na primer, „kada se okrivljeni popeo na terasu stana u visokom parteru i metalnim predmetom razbio staklo na balkonskim vratima, provukao ruku, otvorio vrata i ušao u stan, potom izvršio premetačinu i našao pištolj i zlatan nakit, a kada je oštećeni ušao u stan, okrivljeni mu je zapretio pištoljem i pobegao“ (VSS Kž. 1586/01) i „kada je okrivljeni u prodavnici telefona zatražio da pogleda jedan telefon, koji mu je oštećena pokazala, da bi joj on istrkao telefon iz ruke i izvukao pištolj iz pojasa kojim je mahao prema prisutnima govoreći da mu ne prilaze, a potom je trčecim korakom pobegao iz prodavnice“ (VSS Kž. 1988/03).

Sila i kvalifikovana pretња se primenjuju prema vlasniku stvari ili prema bilo kom drugom licu koje ima pritežanje na stvari. Takođe, mogu biti primenjene i prema licu koje se sticajem okolnosti našlo na mestu izvršenja krađe. Sila i kvalifikovana pretња se mogu primeniti prema licu koje učinioca sprečava da ukradenu stvar zadrži ili da je odnese kao i prema licu koje tom prilikom ne reaguje, ali učinilac krađe smatra da bi eventualno moglo da ga omete ili spreči da ukradenu stvar odnese (VSS Kž. 92/97). Za krivično delo nije značajno da li je lice prema kome se primenjuje sila ili kvalifikovana pretња bilo prisutno za vreme (tokom) oduzimanja stvari ili je na lice mesta došlo neposredno nakon toga (AS u Kragujevcu KžI 3508/10).

Krivično delo je dovršeno kada je preduzeta radnja izvršenja, tj. kada je nakon krađe, u nameri da se ukradena stvar zadrži, prema nekom licu primenjena sila ili kvalifikovana pretnja. Za krivično delo je dovoljno da je došlo do primene sile ili kvalifikovane pretnje i nije neophodno da je ukradena stvar zadržana, tj. nije značajno je da li je izvršilac ostvario nameru da zadrži ukradenu stvar.

U sudskoj praksi se mogu naći odluke u kojima je zauzeto stanovište da za osnovni oblik krivičnog dela razbojničke krađe nije relevantna vrednost ukradene stvari (VSS Kž. 843/03) i da krivično delo recimo, postoji „kada su okrivljeni prilikom oduzimanja sladoleda iz frižidera koji se nalazi pored kioska, odgurnuli prodavačicu koja im je prišla“ (VSS Kž. 1008/03) kao i „kada je okrivljeni u samoposluzi oduzeo pet čokolada i prilikom bekstva udario prodavačicu“ (OS u Beogradu K. 150/03). U istom smislu je i stav koji je bio zauzet u starijoj sudskoj praksi, shodno kojem „za kvalifikaciju krivičnog dela razbojničke krađe nije značajno to što je izvršilac u momentu preduzimanja sile prema licu koje ga je zateklo prilikom izvršenja krađe kod sebe imao stvar male vrednosti“ (VSS Kž.I 783/78). U savremenoj doktrini je pak prihvaćeno da razbojnička krađa ne postoji kada su ostvarena obeležja bića krivičnog dela sitne krađe (čl. 210 KZ).⁴⁰ Navedeni stav prisutan je i u novijoj sudskoj praksi i otuda sud najviše instance ističe, „razbojnička krađa počinje vršenjem krađe i zato da ne postoji krivično delo razbojničke krađe kada okrivljeni oduzme sedam kilograma kukuruza u klipu iz ambara oštećene, čija je cena 70 dinara, jer je išao za tim da pribavi stvar male vrednosti i nije ispunjen uslov iz čl. 203 KZ, tj. ne postoje elementi krivičnog dela krađe, nego elementi krivičnog dela sitne krađa iz čl. 210 KZ, a koja nije sastavni deo krivičnog dela razbojničke krađe iz čl. 205 KZ“ (VSS Kž.II 913/07).

Mada u zakonskom tekstu eksplicitno stoji da krivično delo razbojničke krađe obuhvata krađu iz čl. 203 KZ, tj. običnu krađu i prinudu, smatra se da je opravdano uzeti da u obzir dolazi i teška krađa iz čl. 204 KZ.⁴¹

Izvršilac krivičnog dela razbojničke krađe je po prirodi stvari lice koje je prethodno izvršilo krivično delo krađe. Saizvršilac u krađi može biti izvršilac razbojničke krađe i u slučaju kada se ukradena stvar ne nalazi kod njega već kod drugog saizvršioca i on primenom sile ili pretnje sprečava drugog u onemogućavanju saizvršioca da zadrži stvar koja je ukradena njihovim zajedničkim

⁴⁰ Z. Stojanović (2020), op. cit., 685 i Đorđe Đorđević, Dragana Kolarić, *Krivično pravo, Posebni deo*, Kriminističko-policijski Univerzitet, Beograd, 2020, 108. Upor. Miloš Babić, Ivanka Marković, *Krivično pravo, Posebni dio*, V izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2018, 225.

⁴¹ Z. Stojanović (2020), op. cit., 284, upor. Nataša Mrvić-Petrović, *Krivično pravo Posebni deo*, Pravni fakultet Univerzitet Union – Službeni glasnik, Beograd, 2016, 201.

delovanjem.⁴² Kako se ističe u sudskoj praksi, „da bi postojalo saizvršilaštvo kod razbojničke krađe prethodni dogovor ne mora biti u formi izričitog sporazuma, već može biti i prećutan“ (VSS Kž. 348/98). Pomagač u primeni sile ili pretnje se smatra pomagačem (saučesnikom) u razbojničkoj krađi jedino ako je bio pomagač u izvršenoj krađi.

Subjektivno biće krivičnog dela obuhvata direktni umišljaj i nameru da se ukradena stvar zadrži. Kao i u drugim slučajevima, za dovršeno krivično delo nije bitno da li je namera i ostvarena.⁴³

Ubistvo pri izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe iz čl. 114, st. 1, tač. 4 = ubistvo iz čl. 112 + razbojništvo iz čl. 206 ili ubistvo iz čl. 112 + razbojnička krađa iz čl. 205 = ubistvo iz čl. 112 + (prinuda iz čl. 135 + krađa iz čl. 206) ili ubistvo iz čl. 112 + (krađa iz čl. 203 + prinuda iz čl. 135)

Krivično delo ubistvo pri izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe iz čl. 114, st. 1, tač. 4 KZ postoji kada je neko lice lišeno života pri izvršenju razbojništva odnosno razbojničke krađe, tačnije rečeno, ako je neko lice lišeno života u toku oduzimanja stvari ili nakon oduzimanja stvari dok izvršilac nije uspostavio bezbedno (mirno) pritežanje. Relevantno je i lišavanje života u toku bekstva sa oduzetom stvari. Do lišavanja života dolazi primenom sile da bi se savladao otpor ili onemogućilo sprečavanje oduzimanja stvari ili da bi se zadržala ukradena stvar. Pasivni subjekt krivičnog dela može biti kako vlasnik, odnosno pritežalac na stvari, tako i svako drugo lice. Treba uzeti da za postojanje ovog oblika teškog ubistva nije neophodno da je neko lice sa umišljajem lišeno života u nameri oduzimanja stvari koja je predmet razbojništva, već je dovoljno da je neko lice pri izvršenju razbojništva lišeno života, recimo, ako je do lišavanja života nekog lica došlo tokom prinuđivanja da otkrije gde se nalazi stvar koju izvršilac hoće da oduzme ili da bi se onemogućilo dozivanje u pomoć i sl.⁴⁴ Za postojanje krivičnog dela nije značajno da li je lišeno života jedno ili više lica. Kako se ističe, „ukoliko je prilikom izvršenja krivičnog dela razbojništva više lica sa umišljajem lišeno života, postoji prividni idealni sticaj po principu alternativiteta i samo jedno teško ubistvo – ubistvo pri izvršenju razbojništva, a kvalifikatorna okolnost da je pri izvršenju dela više lica lišeno života može imati značaj otežavajuće okolnosti“ (VS u Čačku K. 12/14, u istom smislu i AS u Kragujevcu Kž.1 344/15).

⁴² Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, op. cit., 606.

⁴³ N. Delić (2022), op. cit., 176–179.

⁴⁴ Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, op. cit., 610.

Izvršilac ubistva je lice koje vrši razbojništvo ili razbojničku krađu. U sudskoj praksi su kod ovog oblika teškog ubistva česti slučajevi saizvršilaštva, na primer, „prvostepeni sud je pravilno našao da je drugookrivljeni svojim radnjama, koje je preduzeo prilikom vršenja krivičnog dela razbojništva, bitno doprineo nastupanju zabranjene posledice u vidu smrti oštećenog, tj. izvršenju krivičnog dela ubistva i da je bio svestan da usled radnji koje su tokom razbojništva zajedno preduzeli oštećeni može biti lišen života i na takvu posledicu je pristao“ (AS u Beogradu Kž.1 735/14) i „okrivljeni i maloletnik su se dogovorili da upotrebom sile oduzmu novac od oštećene i nakon što su došli u njenu kuću pokrivenih lica, maloletnik je u nameri da od oštećene oduzme i prisvoji novac, u prisustvu okrivljenog oštećenog zadao oko dvadeset udaraca u predelu glave i tela i stezao joj ruke oko vrata, usled čega je ona izgubila svest, a nakon toga su okrivljeni i maloletnik pretražili kuću i uzeli sav novac koji su pronašli i prilikom izlaska iz kuće udaranjem jedan drugog otvorenim dlanovima, između sebe 'overili' ovaj događaj. Uzevši u obzir sve navedeno, neosnovan je stav prvostepenog suda da se okrivljeni ne može smatrati saizvršiocem u teškom ubistvu, jer iako okrivljeni nije učestvovao u primeni sile, on je svojim ponašanjem tokom primene sile, kao i ponašanjem koje je usledilo nakon toga, očigledno pokazao da se u potpunosti saglasio sa radnjama koje je preduzeo maloletnik i na taj način prihvatio preduzete radnje kao svoje i delo kao zajedničko“ (AS u Kragujevcu Kž.1 1393/14); kao i podstrekavanja, na primer, „drugookrivljeni je podstrekavao prvookrivljenog da izvrši razbojništvo i da ponese nož, koji bi trebalo da upotrebi samo ukoliko oštećeni bude pružao otpor prilikom oduzimanja novca, ali drugookrivljeni nijednom radnjom nije podstrekavao prvookrivljenog da ubodima noža usmrti sada pokojnog oštećenog, što govori da je umišljaj prvookrivljenog bio upravljen na izvršavanje razbojništva, ali da smrt oštećenog nije bila obuhvaćena njegovim umišljajem“ (AS u Beogradu Kž.1 400/14).

U odnosu na smrt pasivnog subjekta treba da postoji umišljaj, direktni ili eventualni. Ukoliko bi postojao nehat, radilo bi se o sticaju krivičnih dela.

Pokušaj lišenja života nekog lica pri izvršenju krivičnog dela razbojništva predstavlja pokušaj (teškog) ubistva pri izvršenju krivičnog dela razbojništva, nezavisno od činjenice da li je razbojništvo dovršeno ili ostalo u pokušaju. S obzirom na to da je krivično delo razbojničke krađe dovršeno samom primenom prinude, pokušaj lišenja života nekog lica pri izvršenju krivičnog dela razbojničke krađe u svakom slučaju predstavlja pokušaj (teškog) ubistva pri izvršenju krivičnog dela razbojničke krađe.⁴⁵

⁴⁵ N. Delić (2022), op. cit., 33–34.

*Međudodnos ubistva pri izvršenju razbojništva (ili razbojničke krađe)
(čl. 114, st. 1, tač. 4) i razbojništva (čl. 206)*

U vezi s pitanjem odnosa između krivičnih dela ubistva pri izvršenju razbojništva i razbojništva sudska praksa stoji na stanovištu da „kada učinilac liši života drugo lice prilikom izvršenja krivičnog dela razbojništva tada je razbojništvo obuhvaćeno teškim ubistvom iz tačke 4 i sticaj između tih krivičnih dela je prividan. U takvoj situaciji razbojništvo je 'obuhvaćeno' teškim ubistvom i moglo bi biti reći o posebnom obliku konsumpcije koji se u teoriji naziva inkluzijom i podrazumeva da je lakše delo sadržano u težem delu i pošto je kod razbojništva primarni zaštitni objekt imovina, ono je manje značajno u odnosu na krivično delo teškog ubistva“ (AS u Beogradu Kž.1 1315/11).

*Međudodnos ubistva pri izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe
(čl. 114, st. 1, tač. 4) i ubistva iz koristoljublja (čl. 114, st. 1, tač. 5)*

Ubistvo iz koristoljublja iz čl. 114, st. 1, tač. 5 KZ predstavlja oblik teškog ubistva kod koga značaj kvalifikatorne okolnosti ima odgovarajući motiv – to je motiv koristoljublja.⁴⁶ Suština teškog ubistva iz koristoljublja je u tome što predstava o cilju koji se sastoji u postizanju materijalne koristi inicira preduzimanje odgovarajuće radnje, tj. ubistva, koje je u očiglednoj nesrazmeri sa ciljem koji se želi postići. Materijalna korist može biti u vidu materijalne dobiti ili u vidu sprečavanja umanjenja imovine (VS u Valjevu K. 18/13). Prema stavu sudske prakse, „ne može se prihvatiti stav iznet u žalbi da se protivpravno pribavljanje sredstava za zadovoljenje osnovnih bioloških potreba ne bi moglo podvesti pod pojam koristoljublja, jer niko ne može imati veće pravo na život u odnosu na pravo na život drugog lica“ (VSS Kžm. 158/91). Nije značajno da li je korist koja se ostvaruje protivpravna ili ne, da li se može postići direktno ili indirektno i da li je uopšte izvesna. Za teško ubistvo iz koristoljublja takođe nije relevantno da li materijalna korist treba da bude ostvarena za učinioca ili neko drugo lice. Ima mišljenja da ubistvo iz koristoljublja

⁴⁶ U krivičnopravnoj literaturi pojam motiva se izjednačava sa pobudama i ova dva pojma uglavnom se koriste kao sinonimi. Ako se motiv krivičnog dela posmatra kompleksno, uz nastojanje da se prilikom njegovog definisanja za potrebe krivičnog prava najpre na odgovarajući način prilagode, a potom i primene znanja određenih vanpravni naučnih disciplina, prevashodno psihologije, onda se pod motivom krivičnog dela (ubistva) može smatrati ona unutrašnja psihička/psihološka pojava/faktor koja se formira/nastaje pod dejstvom mnogobrojnih egzogenih i endogenih činilaca kao i određenih osobina ličnosti i koja inicira/pokreće i usmerava ponašanje u pravcu postizanja određenog cilja. Vid. više, Nataša Delić, „Pobude kao kvalifikatorne okolnosti kod krivičnog dela teškog ubistva“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2008, 139–162.

postoji samo ukoliko se korist pribavlja za lice sa kojim je učinilac u bliskom odnosu, na primer, bračni drug ili dete ili neko drugo lice sa kojim je učinilac u takvom faktičkom odnosu da sticanjem koristi za to lice učinilac posredno ostvaruje ličnu korist.⁴⁷ Shodno tome, ubistvo iz koristoljublja postoji „kada je okrivljeni lišio života svog sina kako bi mu pripali zemlja i kuća koje je sada pokojni oštećeni nasledio od pokojne majke“ (SS Kžs. 1/77).

Za dovršeno krivično delo nije neophodno da korist bude postignuta/ostvarena (VS u Kraljevu 3K. 18/12). U navedenom smislu je i stav sudske prakse da „za teško ubistvo iz koristoljublja nije bitno što je sud propustio da opredeli iznos imovinske koristi koju je pribavio okrivljeni, jer na krivično delo nema uticaja okolnost da je imovinska korist bila pribavljena“ (AS u Beogradu Kž.1 1416/11). Motiv koristoljublja se utvrđuje na osnovu okolnosti konkretnog slučaja, na primer, „prvostepeni sud pravilno izvodi zaključak da je okrivljeni, zajedno sa nepoznatim licem, prilikom lišenja života sada pokojnog oštećenog bio motivisan koristoljubljem, što proizlazi iz činjenice da je okrivljeni u cilju pronalazačenja i oduzimanja novca izvršio pretres veće plastične kese u kojoj je bila samo garderoba oštećenog, koji se za to vreme usled zadobijenih povreda nalazio u samrtnom ropcu“ (AS u Kragujevcu Kž.1 49/17/2/).

S obzirom na to da motiv ima značaj kvalifikatorne okolnosti, relevantan oblik krivice je isključivo direktni umišljaj (VKS Kzz. 839/14 i Kzz. OK 14/18). Kako se navodi, ubistvo iz koristoljublja postoji „kada oštećena nije očekivala napad okrivljenog i pustila ga je da uđe u stan kao poznato lice 'njeno unučće', da bi okrivljeni nakon ulaska oštećenoj zadao više snažnih udaraca po glavi kao i brojne povrede po rukama i nogama od kojih je preminula i potom uzeo novac koji je našao u stanu“ (AS u Nišu 5Kžm.1 63/14).

Nadalje, prema stavu sudske prakse, „da bi se moglo govoriti o koristoljublju kao motivu za izvršenje krivičnog dela ubistva potrebno je da je upravo taj motiv doveo do toga da okrivljeni liši života oštećenu, odnosno da je okrivljeni oštećenu lišio života da bi došao do nekih njenih stvari. Na osnovu navedenog, sud nalazi da to nije bio motiv okrivljenog kada je oštećenu lišio života, već da je motiv bio prikrivanje drugog krivičnog dela, budući da je okrivljeni tek nakon što je lišio života oštećenu i njen leš bacio u peć doneo odluku da iz stana oštećene uzme napred navedene predmete“ (OS u Zrenjaninu K. 50/09). U istom smislu je i stav shodno kojem „činjenica da je okrivljeni nakon što je lišio života sada pokojnu oštećenu, oduzeo njenu platnu karticu, podigao i trošio novac, ne znači da je krivično delo

⁴⁷ LJ. Lazarević (1995), op. cit., 207. Upor. Dragan Jovašević, „Ubistvo pri izvršenju krivičnog dela razbojništva“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2009, 601.

izvršeno iz koristoljublja, jer je za to potrebno da postoje dokazi koji ukazuju da je motiv koristoljublja kod okrivljenog bio prisutan pre i tokom preduzimanja radnje izvršenja krivičnog dela ubistva“ (AS u Novom Sadu Kž. 1990/12).

U vezi s pitanjem odnosa između ubistva pri izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe i ubistva iz koristoljublja u teoriji nailazimo na stav da je osnovna razlika u tome što teško ubistvo iz tač. 4 postoji kada je do lišavanja života došlo pri izvršenju krivičnog dela razbojništva ili razbojničke krađe, što znači da se sila ili pretnja primenjuju radi neposrednog oduzimanja tuđe pokretne stvari ili njenog zadržavanja. Ukoliko su u konkretnom slučaju ispunjeni i uslovi za ubistvo iz koristoljublja, autor smatra da je u pitanju prividni idealni sticaj (specijalitet i „svojevrсни“ alternativitet) i da prednost uvek treba dati teškom ubistvu iz tač. 4 tj. ubistvu pri izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe. Kako se ističe, budući da je koristoljublje prisutno kod oba oblika teškog ubistva, data okolnost se ne bi mogla uzeti u obzir i prilikom odmeravanja kazne.⁴⁸

Sudska praksa ovde stoji na stanovištu „da je kod ubistva pri izvršenju razbojništva primenjena sila usmerena na slamanje otpora oštećenog i oštećeni se lišava života kako bi mu se oduzeo novac, a kod ubistva iz koristoljublja oštećeni se lišava života kako bi se posle toga pribavila imovinska korist koja može imati najrazličitije oblike, na primer, pribavljanje koristi nasleđem, i kod jednog i kod drugog oblika teškog ubistva motivi su koristoljubivi“ (VS u Kragujevcu 2K. 147/14). Takođe prema stavovima sudske prakse, „na osnovu izvedenih dokaza nije utvrđeno da je ubistvo izvršeno iz koristoljublja već je utvrđeno da je kod okrivljenog

⁴⁸ Z. Stojanović (2020), op. cit., 446. U doktrini i sudskoj praksi nailazimo na stav „da je za ubistvo iz koristoljublja potrebna namera pribavljanja protivpravne imovinske koristi koja pretpostavlja čvrstu i stalnu, ranije donetu odluku“, AS u Kragujevcu Kž.1 225/18/. (V. Dragoljub Atanacković, *Krivično pravo Posebni deo*, Privredna štampa, Beograd, 1981, 139; Lj. Lazarević, op. cit., 37; D. Kolarić, op. cit., 227; M. Babić, I. Marković, op. cit., 46; i Dragan Jovašević, *Krivično pravo Posebni deo*, Dosije, Beograd, 2017, 26). Međutim, ovde treba reći da motiv/pobuda i namera predstavljaju dva samostalna subjektivna obeležja bića. Namera je po svojoj prirodi povezana sa pojmom cilja koji se nalazi izvan bića krivičnog dela. Može se reći da je u psihološkom i krivičnopravnom smislu motiv/pobuda kvalitativno buhvatniji od namere, jer se namera odnosi na ono na šta se cilja, ono što je izabrano da se postigne, a motiv/pobuda je podsticaj koji određuje taj cilj ili izbor. Namera sticanja imovinske koristi po pravilu predstavlja osnovno obeležje bića, a motiv koristoljublja dopunsko obeležje bića, tj. kvalifikatornu okolnost. Treba uzeti da koristoljublje ima značaj isključivo dopunskog obeležja bića prevashodno zato što u suštinskom smislu, predstavlja „nešto više“ od „obične“ namere sticanja imovinske koristi. (N. Delić, „Volja i namera u srpskom krivičnom pravu“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Šesti deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2016, 103–111). Najzad, kako se naglašava u relevantnoj literaturi, određenom cilju se može težiti iz različitih pobuda. I. Vuković (2022), op. cit., 80. V. takođe, N. Delić (2021), op. cit., 102–103.

postojala namera pribavljanja protivpravne imovinske koristi i da je radi postizanja te namere prema oštećenom primenjena sila, što govori da je u pitanju ubistvo pri izvršenju razbojništva“ (VS u Valjevu K. 18/13). Na slične stavove nailazimo i u starijoj sudskoj praksi, na primer, „okolnost da je okrivljeni lišio života oštećenog zato što je pružao otpor prilikom oduzimanja stvari ukazuje da je reč o ubistvu pri izvršenju razbojništva, a ne o ubistvu iz koristoljublja“ (VSS Kž. 8/98) i „kada je sila primenjena radi sprečavanja otpora oštećenog ne radi se ubistvu iz koristoljublja“ (VSS Kž. 693/97).

Najzad, Apelacioni sud u Beogradu ovde naglašava da su „neosnovani navodi žalbe da postoji manji stepen krivice ukoliko se radi o lišenju života prilikom izvršenja krivičnog dela razbojništva ili razbojničke krađe u odnosu na stepen krivice kod lišenja života iz koristoljublja, budući da je za oba oblika teškog ubistva propisna ista zatvorska kazna i da se oba oblika teškog ubistva mogu izvršiti samo sa umišljajem“ (AS u Beogradu Kž.1 4583/13).

UMESTO ZAKLJUČKA

Nakon prethodno izvršene detaljne analize kompleksne zakonske konstrukcije krivičnog dela ubistva pri izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe treba reći da u konkretnom slučaju postojeća inkriminacija faktički i formalnopravno može biti i dodatno usložnjena.

Naime, iako se ubistvo pri izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe shodno sadržini relevantne norme sastoji od ubistva, u smislu običnog ubistva iz čl. 113 KZ i razbojništva ili razbojničke krađe, ubistvo kao konstitutivni element zakonskog opisa može biti realizovano i u vidu nekog od oblika teškog ubistva. To recimo, može biti: a) ubistvo na svirep način (čl. 114, st. 1, tač. 1 KZ) – svirepost kao kvalifikatorna okolnost po svojoj prirodi predstavlja objektivno-subjektivni pojam (VS u Šapcu 4K. 153/11), objektivna strana svireposti sastoji se u tome što se pasivni subjekt lišava života na takav način da mu se nanose teške i suviše patnje (muke) koje prevazilaze „fizičke i psihičke bolove koji prate obično ubistvo“ (AS u Beogradu Kž.I 5137/11), a subjektivna strana svireposti podrazumeva određene subjektivne okolnosti vezane za ličnost učinioca koje se manifestuju u odsustvu sažaljenja, samilosti, empatije i/ili naglašenom osećanju zadovoljstva načinom izvršenja krivičnog dela (VS u Šapcu 5K. 52/14); b) ubistvo pri čijem se izvršenju dovodi u opasnost život još nekog lica (čl. 114, st. 1, tač. 3 KZ) – oblik teškog ubistva koji postoji kada je prilikom umišljajnog lišenja života nekog lica sa umišljajem doveden u opasnost život još jednog ili više lica. Umišljajno dovođenje u opasnost života još nekog lica kao kvalifikatorna okolnost kod teškog

ubistva pretpostavlja ispunjenost dva uslova. Prvi uslov opredeljen je načinom, odnosno sredstvom kojim se vrši ubistvo ili mestom izvršenja ubistva (bacanje bombe ili pucnji iz vatrenog oružja na ulici) i s tim povezanim prouzrokovanjem konkretne opasnosti za život nekog lica. Opasnost za život nekog lica treba stvarno da nastupi – u pitanju je konkretna, a ne apstraktna opasnost (VSS Kž. 885/06). Konkretna opasnost ovde podrazumeva blisku mogućnost lišenja života nekog lica. Nastupanje konkretne opasnosti za život nekog lica u svakom slučaju mora biti utvrđeno na nesumnjiv način (AS u Kragujevcu Kž.1 242/11). Osim toga, „mora biti tačno utvrđeno i navedeno koja lica su bila dovedena u konkretnu opasnost“ (VSS Kž.I 901/78). Primera radi, ako je u pitanju lišenje života koje je izvršeno pucanjem iz vatrenog oružja, nastupanje konkretne opasnosti za život još nekog lica „utvrđuje se na osnovu zapisnika o uviđaju i izveštaja o forenzičkom pregledu lica mesta“ (AS u Kragujevcu Kž. 658/16). Shodno zakonskom tekstu, drugi uslov pretpostavlja da je konkretna opasnost za život još nekog lica obuhvaćena umišljajem učinioca. To znači da umišljaj treba da postoji kako u odnosu na lišenje života nekog lica, tako i u odnosu na nastupanje konkretne opasnosti za život još jednog ili više lica. Umišljaj može biti direktni ili eventualni. Učinioc je svestan da lišava života neko lice i to hoće ili na to pristaje i svestan je da dovodi u opasnost život još jednog ili više lica i to hoće ili na to pristaje. Lišenje života nekog lica i izazivanje opasnosti za život još jednog ili više lica u konkretnom slučaju ne moraju biti obuhvaćeni istim oblikom umišljaja. Moguće je da u odnosu na lišenje život nekog lica postoji direktni umišljaj (svest i htenje), a eventualni umišljaj (svest i pristajanje) u odnosu na opasnost za život još jednog ili više lica. Prema stavu sudske prakse, ovaj oblik teškog ubistva postoji „kada okrivljeni baci bombu kašikaru i sa umišljajem liši života jedno lice i pri tome lica koja su se nalazila u njegovoj neposrednoj blizini zadobiju lake i teške telesne povrede, jer nanošenje povreda ovim licima predstavlja dovođenje u opasnost njihovih života“ (VSS Kž. 1591/93); c) ubistvo službenog lica pri vršenju službene dužnosti (čl. 114, st. 1, tač. 6 KZ) – oblik teškog ubistva koji primera radi, postoji „kada okrivljeni koji je zatečen prilikom vršenja krivičnog dela liši života službeno lice koje je nastojalo da ga spreči u tome“ (VSS Kžm. 54/93); d) ubistvo deteta ili bremenite žene (čl. 114, st. 1, tač. 9 KZ) – oblik teškog ubistva kod kojeg kvalifikatornu okolnost predstavlja odgovarajuće svojstvo pasivnog subjekta, tj. uzrast i specifično fiziološko/reproduktivno stanje žene ili e) umišljajno ubistvo više lica (čl. 114, st. 1, tač. 11 KZ) – oblik teškog ubistva koji podrazumeva da je lišenje života najmanje dva lica obuhvaćeno jedinstvenim umišljajem i, kako se u skladu sa navedenim, ističe u sudskoj praksi, „umišljaj okrivljenog mora biti uperen na lišenje života više lica, a motiv u ovom slučaju nije kvalifikatorna

okolnost i može imati značaj samo prilikom odmeravanja kazne“ (VS u Sremskoj Mitrovici K. 84/12). U svim navedenim slučajevima u pitanju je prividni idealni sticaj po principu alternativiteta (kvalifikatorne okolnosti kod teškog ubistva su alternativno predviđene i za sve oblike je propisana kazna zatvora najmanje deset godina ili doživotni zatvor)⁴⁹ i postoji samo jedno teško ubistvo – ubistvo pri izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe, a ispunjenost uslova za primenu još neke kvalifikatorne okolnosti može imati značaj prilikom odmeravanja kazne, u vidu (fakultativne) otežavajuće okolnosti (VSS Kž. 1920/98 i Kž.1 272/08)⁵⁰ → *ubistvo pri izvršenju razbojništva = teško ubistvo iz čl. 114 + razbojništvo iz čl. 206 = teško ubistvo iz čl. 114 + (prinuda iz čl. 135 + krađa iz čl. 203) ili ubistvo pri izvršenju razbojničke krađe = teško ubistvo iz čl. 114 + razbojnička krađa iz čl. 205 = teško ubistvo iz čl. 114 + (krađa iz čl. 203 + prinuda iz čl. 135).*

Mada razbojnička krađa prema zakonskom tekstu obuhvata krađu iz čl. 203 KZ i prinudu, opravdano je uzeti da se inkriminacija razbojničke krađe primenjuje i u slučaju nekog od oblika teške krađe iz čl. 204 KZ, odnosno kada izvršilac teške krađe koji je zatečen, u nameri da stvar zadrži, prema nekom licu primeni silu ili kvalifikovanu pretnju, primera radi, u obzir dolazi krađa izvršena obijanjem ili provaljivanjem ili savlađivanjem većih prepreka (čl. 204, st. 1, tač. 1 KZ), krađa izvršena za vreme nekog udesa (čl. 204, st. 1, tač. 5 KZ), krađa izvršena iskorišćavanjem teškog stanja nekog lica (čl. 204, st. 1, tač. 6 KZ) ili ako ukradena stvar predstavlja kulturno dobro ili je u pitanju neka druga stvar čije odgovarajuće svojstvo ima značaj kvalifikatorne okolnosti (čl. 204, st. 2 KZ). U tom slučaju bi u formalnoppravnom smislu u sastav ubistva pri izvršenju razbojničke krađe ulazilo ubistvo i razbojnička krađa konstituisana od teške krađe i prinude → *ubistvo pri izvršenju razbojničke krađe = ubistvo iz čl. 113 + razbojnička krađa iz čl. 205 = ubistvo iz čl. 114 + (teška krađa iz čl. 204 + prinuda iz čl. 135).*

Najzad, uzevši u obzir prethodno rečeno, moguće bi bilo ubistvo pri izvršenju razbojničke krađe koje bi (u sebi) objedinilo teško ubistvo, na primer, ubistvo na bezobziran način i razbojničku krađu, u čiji sastav bi ušla teška krađa, na primer, krađa izvršena provaljivanjem i prinuda → *ubistvo pri izvršenju razbojničke krađe = teško ubistvo iz čl. 114 + razbojnička krađa iz čl. 205 = teško ubistvo iz čl. 114 + (teška krađa iz čl. 204 + prinuda iz čl. 135).*

⁴⁹ Ovde nije suvišno pomenuti da se odredbe Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela (*Službeni glasnik RS*, br. 32/13, 94/16 i 35/19), pored ostalog, primenjuju i na ubistvo pri izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe (čl. 2).

⁵⁰ U istom smislu v. N. Delić (2022), op. cit., 25–28, 32–33, 38–39, 40–41, 42–43; D. Kolarić, op. cit., 224 i Đ. Đorđević, „Novi oblici teških ubistava u predlogu Krivičnog zakonika“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2005, 148.

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

MURDER DURING COMMISSION OF ROBBERY OR COMPOUND
LARCENY (ART. 114, PAR. 1, PT. 4 OF CC) – ANALYTICAL DISPLAY
OF A LEGAL CONSTRUCT

Summary

In the criminal law of Serbia, one of (many) forms of aggravated murder is murder during commission of robbery or compound larceny (art. 114, par. 1, pt. 4 of the Criminal Code). This is a no-mototechnically specific legal construct which encompasses murder (art. 113 CC) as well as robbery (art. 206 CC) or compound larceny (art. 205 CC). Since robbery and larceny are complex criminal offences themselves, encompassing coercion (art. 135 CC) followed by theft (art. 206 CC), or theft followed by coercion, the legal framework of this form of aggravated murder integrates murder with coercion and subsequent theft, or with theft and subsequent coercion. Furthermore, there exists an adequate correlation between these crimes – coercion is the means of theft in the case of robbery, whereas in the case of compound larceny coercion is an act of commission that is performed after theft, with the goal of keeping the stolen object. In accordance with the aforementioned, this paper also enumerates and analyzes the elements of the criminal offences encompassed directly or indirectly by the legal description of murder during commission of robbery or compound larceny, which are as follows: a) murder, b) theft, c) coercion, d) robbery, and e) compound larceny. Special attention is given to the problem of demarcation between the criminal offences of robbery and extortion (art. 214 CC), between robbery and grand theft in a particularly dangerous or brazen manner (art. 204, par. 1, pt. 3 CC), as well as between murder during commission of robbery or compound larceny and murder motivated by gain (art. 204, par. 1, pt. 5 CC). Theoretical considerations are backed up with relevant judicial stances.

Key words: murder, aggravated murder, murder during commission of robbery or compound larceny, murder motivated by gain, robbery, compound larceny, theft, coercion

Literatura

- Atanacković D., *Krivično pravo Posebni dio*, Privredna štampa, Beograd, 1981.
- Babić M., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske (Opšti dio)*, GrafoMark, Banja Luka, 2021.
- Babić M., Marković I., *Krivično pravo Posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2018.
- Delić N., „Nekoliko dilema u vezi pojedinih kvalifikatornih okolnosti krivičnog dela teškog ubistva (član 114. KZ)“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Jedanaesti dio* (ur. Đorđe Ignjatović), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2021.
- Delić N., „Pobude kao kvalifikatorne okolnosti kod krivičnog dela teškog ubistva“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2008.

- Delić N., „Sila i pretnja u krivičnom pravu“, *Novo kazneno zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi. XVIII seminar prava*, Budva 7–9. jun 2006 (ur. Dobrivoje Radovanović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja – Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, 2006.
- Delić N., „Volja i namera u srpskom krivičnom pravu“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Šesti deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2016.
- Delić N., *Krivično pravo Posebni deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2022.
- Delić N., *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009.
- Derenčinović D. et al., *Posebni dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013.
- Đorđević Đ., „Novi oblici teških ubistava u predlogu Krivičnog zakonika“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2005.
- Đorđević Đ., „Ubistvo i telesna povreda pri razbojničkoj krađi i razbojništvu“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2000.
- Đorđević Đ., Kolarić D., *Krivično pravo Posebni deo*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2020.
- Grupa autora, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije* (redaktor Lazarević LJ.), Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Jovašević D., „Ubistvo pri izvršenju krivičnog dela razbojništva“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2009.
- Jovašević D., *Krivično pravo Posebni deo*, Dosije, Beograd, 2017.
- Kolarić D., *Krivično delo ubistva*, Službeni glasnik, Beograd, 2008.
- Lazarević LJ., „Kritički osvrt na neka rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2006.
- Lazarević LJ., *Krivično pravo Jugoslavije, Posebni deo*, Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Mrvić-Petrović N., *Krivično pravo Posebni deo*, Pravni fakultet Univerzitet Union – Službeni glasnik, Beograd, 2016.
- Novoselec P., Bojanić I., *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2013.
- Stojanović Z., „O pojmu pretnje u krivičnom pravu“, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Beograd, 2013.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Stojanović Z., *Krivično pravo Opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2019.
- Vuković I., „O radnji oduzimanja kod krađe (član 203 KZ)“, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU, Prilozi projektu 2008* (ur. Svetislav Taboroši), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009.

- Vuković I., *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Vuković I., *Krivično pravo Opšti deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2022.
- Vuković I., *Uzročnost i objektivno uračunavanje u krivičnom pravu*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2018.
- Živanović T., *Osnovi krivičnog prava, Posebni deo, Druga knjiga (Krivična dela protiv opštih dobara)*, Geca Kon, Beograd, 1923.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ŽELJKO NIKAČ
BRANKO LEŠTANIN

LEGISLATIVNI OKVIR PRIVATNOG OBEZBEĐENJA U SRBIJI U FUNKCIJI ZAŠTITE UNIVERZALNIH VREDNOSTI

U radu se razmatra pravni položaj i status privatnog obezbeđenja kao dela podsistema privatne bezbednosti u Republici Srbiji, u funkciji zaštite prava na život i drugih univerzalnih vrednosti. U prvom delu je dat istorijski osvrt na nastanak i razvoj privatne bezbednosti na prostorima bivše Jugoslavije i Srbije. U centralnom delu je prikazan aktuelni legislativni okvir za rad subjekata privatnog obezbeđenja i navedeni poslovi i zadaci u zaštiti lica, imovine i poslovanja. Izložena su ovlašćenja pripadnika shodno Zakonu o privatnom obezbeđenju i podzakonskim aktima, kontrolna i nadzorna uloga MUP RS u pogledu zakonitosti rada subjekata privatnog obezbeđenja. U završnom delu rada date su sugestije za unapređenje pravnog okvira i prakse u radu nosilaca poslova privatnog obezbeđenja, po uzoru na razvijene države i u kontekstu aplikacije Srbije za prijem u EU.

Ključne reči: bezbednost, privatno obezbeđenje, legislativa, pravo na život, Srbija i EU

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

Branko Leštanin, major policije, MUP Republike Srbije, Direkcija policije, PU Kraljevo, e-mail: b.lestanin@gmail.com. Rad je rezultat aktivnosti na projektima „Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija“ br. 179045, „Inoviranje forenzičkih metoda i njihova primena“ br. 34019 koje podržava MPNTR RS, kao i internog projekta „Poslovi privatnog obezbeđenja i detektivske delatnosti – pravni aspekti, način obavljanja i perspektive“, KPU, Beograd.

U V O D

Moderno vreme u kojem se razvija ljudsko društvo donelo je sa sobom niz tehničko-tehnoloških inovacija, koje su omogućile snažniji industrijski razvoj, lakši život ljudi, veće ekonomske i druge mogućnosti za razvoj čovečanstva. S druge strane, to je omogućilo i razvoj kriminaliteta kao najopasnije društveno negativne pojave koja ugrožava pravo na život i ostale univerzalne vrednosti. Prema težini i opasnosti najznačajniji izazovi, rizici i pretnje za savremeno društvo jesu organizovani kriminal, terorizam, najteži pojavni oblici kriminala, vanredne situacije i ratni sukobi.

U novije vreme situacija u međunarodnoj zajednici dodatno je opterećena ilegalnim migracijama, koje su posledica „arapskog proleća“, povlačenja SAD iz Avganistana i rata u Ukrajini. Najteža posledica ovih događaja je teška ekonomska kriza u svetu koja ozbiljno ugrožava razvijene države, nerazvijene i zemlje u tranziciji. Među njima se nalaze i države članice nekadašnje jugoslovenske federacije i u tom kontekstu Republika Srbija, koja ima dodatnih bezbednosnih izazova, rizika i pretnji usled nerešenih teritorijalnih i drugih problema iz prošlosti.

Prvi korak država u kontroli i suzbijanju izazova, rizika i pretnji bio je normativistički u formi usvajanja legislativnog okvira, a potom operativni odgovor u vidu angažovanja specijalizovanih službi za bezbednosnu zaštitu i borbu protiv kriminala. Republika Srbija je usvojila Strategiju nacionalne bezbednosti 2009. godine¹ koja je inovirana usvajanjem novog dokumenta 2019. godine,² gde su navedeni najvažniji izazovi, rizici i pretnje za nacionalnu bezbednost.³

U odgovoru na klasifikovane i ostale izazove, rizike i pretnje angažovani su svi subjekti sistema nacionalne bezbednosti. Upravljački deo nacionalne bezbednosti čine Narodna skupština, predsednik Republike, Vlada i Savet za nacionalnu bezbednost, dok izvršni deo čine sistemi odbrane, unutrašnje bezbednosti, obaveštajno-bezbednosno sistem i drugi subjekti od značaja za nacionalnu

¹ Strategija nacionalne bezbednosti Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 88/2009.

² Strategija nacionalne bezbednosti Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 94/2019.

³ Božidar Forca, Željko Nikač, „Komparativna analiza strategija nacionalne bezbednosti Republike Srbije“, *Bezbednost*, br. 03/20, MUP RS, Beograd, 2020, 22–42. Najveći izazovi, rizici i pretnje za nacionalnu bezbednost RS, život građana i druge vrednosti jesu: oružana agresija na RS, separatističke težnje, protivpravno jednostrano proglašenje nezavisnosti AP KiM; oružana pobuna, terorizam, proliferacija oružja za masovno uništenje, etnički i verski ekstremizam, obaveštajna delatnost stranih subjekata; organizovani kriminal, masovne ilegalne migracije; problemi ekonomskog i demografskog razvoja; epidemije i pandemije zaraznih bolesti; energetska bezbednost; nedovršen proces razgraničenja država bivše SFRJ; posledice elementarnih nepogoda i tehničko-tehnoloških nesreća; visokotehnološki kriminal i ugrožavanje informaciono-komunikacionih sistema.

bezbednost.⁴ U širem smislu možemo navesti i podsistem privatne bezbednosti formiran sa ciljem pružanja dopunske zaštite lica, imovine i poslovanja fizičkih i pravnih lica. Privatnu bezbednost čine privatno obezbeđenje i detektivska delatnost u okviru kojih su razvijeni posebni oblici zaštite: fizička, tehnička, kombinovana, kontradiverziona, protivpožarna i zaštita na radu.⁵

GENEZA I RAZVOJ PRIVATNE BEZBEDNOSTI U SRBIJI

Privatna bezbednost se javila usled potrebe ljudi, pojedinaca i grupa za dodatnom individualnom zaštitom života, telesnog integriteta i imovine.⁶ Nastanak i razvoj privatne bezbednosti pratili su razvoj ljudskog društva i njegov napredak, pa je sa industrijalizacijom i tehničkim napretkom ovaj sektor dobio na značaju. Privatna bezbednost se posebno razvila krajem 19. veka u SAD i najvećim zapadnim državama poput V. Britanije, Francuske, Italije i Nemačke u kojima su osnovane prve privatne organizacije, preteče današnjih modernih kompanija.⁷

Razvoj privatne bezbednosti u Srbiji možemo posmatrati kroz više perioda: a) pre Drugog svetskog rata, b) neposredno posle Drugog svetskog rata (1945–1950), c) vreme socijalističkog samoupravljanja (1951–1972) i društvene samozaštite (1973–1992), d) faza tranzicije (1993–2012) i e) aktuelni period (od 2013. do danas).⁸

⁴ *Ibidem*. Drugi subjekti značajni za sistem NB jesu organi državne uprave i institucije za spoljne poslove, pravosuđe, zdravstvo, demografiju, ljudska i manjinska prava, ekonomiju, obrazovanje i naučnu delatnost, privredu, energetiku, telekomunikacije, saobraćaj i transport, infrastrukturu, zaštitu životne sredine, kulturu, zatim organi autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave, organizacije civilnog društva, mediji, pravna lica i građani koji doprinose ostvarivanju ciljeva NB.

⁵ Željko Nikač, Radovan Radovanović, Vojkan Zorić, „Privatna bezbednost u Srbiji – pravni osnovi i edukacija pripadnika, *Teme*, br.1/18, Niš, 2018, 203–223.

⁶ Karen M.Hess, *Introduction to Private Security*, Wadsworth, Belmont, 2009, 5.

⁷ Više: Željko Nikač, Branko Leštanin, *Privatna bezbednost: pravo, teorija i praksa*, KPU, Beograd, 2022. (u štampi). Tako je poznati Ežen Fransoa Vidok (E. F. Vidocq) 1812. osnovao Brigadu bezbednosti u Parizu sa nekoliko agenata i filijala u drugim gradovima Francuske. U SAD je čuveni A. Pinkerton 1850. osnovao prvu privatnu detektivsku agenciju koja je pružala bezbednosne usluge u zaštiti puteva i pruga, gonjenju odmetnutih od zakona i pružala bezbednosnu zaštitu predsedniku SAD (*The private eye*). Slične organizacione forme postojale su u Nemačkoj i drugim razvijenim zemljama Evrope toga vremena.

⁸ Željko Nikač, Nedžad Korajlić, Maida Bećirović, „Pravna regulativa sektora privatne bezbednosti na prostorima nekadašnje SFRJ, s osvrtom na poslednje promene u Republici Srbiji“, *Kriminalističke teme*, br. 3–4/13, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sugurnosne studije, Sarajevo, 2013, 27–52.

Preteče privatne bezbednosti nalazimo još u srednjovekovnoj Srbiji, u vreme cara Dušana, kada su tadašnje lokalne vlasti organizovale straže radi čuvanja sela i puteva od pljačkaša, gonjenja razbojnika i naknade štete.⁹ Počeci stvaranja i razvoja privatne bezbednosti kakvu danas poznajemo sežu u 19. vek, kada su formirane prve kompanije, kao što je recimo prva fabrika oružja (1853) sa sopstvenim obezbeđenjem.¹⁰ U periodu između dva svetska rata osnovano je više komercijalnih kompanija za poslove privatne bezbednosti.¹¹

Period posle Drugog svetskog rata karakterišu socijalistički društveno-politički sistem i obnova razrušene Jugoslavije, industrijski razvoj i migracije stanovništva od sela ka gradovima. To je, naravno, imalo i svoje bezbednosne implikacije, pa je u okviru narodne milicije¹² osnovana industrijska zavodska milicija, kao posebna jedinica za čuvanje imovine u preduzećima od opšteg značaja za narodnu privredu.¹³ Industrijska zavodska milicija predstavlja preteču samozaštitne delatnosti i posebne unutrašnje službe obezbeđenja koja se, po pravilu, formira u velikim sistemima i kompanijama.

Dalje je nastavljeno prilagođavanje društvenim okolnostima i novim propisima uspostavljene su drugačije organizacione forme službi privatnog obezbeđenja.¹⁴ Značajne promene su usledile nakon IV plenuma SKJ (1966) i smene tadašnjeg ministra policije, što se odrazilo i na status službi za fizičko-tehničko obezbeđenje (FTO) koje su izmeštene iz policije u sferu privrednih subjekata.¹⁵ Decentralizacija države i slabljenje federalnih funkcija nastavljeno je usvajanjem

⁹ Ilija Petrović, *Dušanov zakonik*, Škola gusala Sandić, Beograd, 2014, 97. Više: Stojan Novaković, *Zakonik Stefana Dušana, Cara Srpskog (1349. i 1354)*, Državna štamparija, Beograd, 1870.

¹⁰ Želimir Kešetović, Branislav Simonović, „Sektor korporativne i privatne bezbednosti u Srbiji“, *Godišnjak Fakulteta bezbednosti*, Beograd, 2009, 149.

¹¹ Momčilo Talijan, „Prve ustanove privatne bezbednosti (policije) u Srbiji“, zbornik radova *Privatna bezbednost – stanje i perspektive*, Života Radosavljević (ur.), FPSP, Beograd – Novi Sad, 2008, 40–62. Osnovane su sledeće kompanije: „Mikton“, Policijsko-detektivski biro „Bezbednost“, „Kredit-inform trgovački obaveštajni i inkaso zavod“, Zavod „Hermes“, Zavod za čuvanje stanova i prostorija „Bezbednost“.

¹² Zakon o narodnoj miliciji, *Službeni list FNRJ*, br. 101/1946.

¹³ Mićo Bošković, Zoran Keković, *Obezbeđenje lica, imovine i poslovanja preduzeća*, MUP, VŠUP, Beograd, 2000, 14–18. IZM je bila zadužena za: a) obezbeđenje zgrada, postrojenja i imovine na području objekta zaštite; b) vršenje nadzora nad sumnjivim licima na području objekta; c) sprečavanje i otkrivanje privredne sabotaze; d) kontrolisanje izvršenja propisa iz oblasti JRM na području objekta; e) kontrolisanje neposredne okoline objekta zaštite; f) otkrivanje i sprečavanje pojava koje mogu ugroziti bezbednost objekta i g) prijavljivanje izvršioaca krivičnih dela nadležnim organima.

¹⁴ Bogoljub Milosavljević, *Nauka o policiji*, Policijska akademija, Beograd, 1997, 119.

¹⁵ Ž. Nikač, R. Radovanović, V. Zorić, op. cit., 203–223.

Zakona o osnovama društvene samozaštite¹⁶ i Zakona o sistemu društvene samozaštite,¹⁷ kojima su istina regulisana pojedina pitanja iz nadležnosti službi FTO i proširena neka ovlašćenja.¹⁸

ZAKON O PRIVATNOM OBEZBEĐENJU

Kriza i raspad nekadašnje SFRJ odrazili su se i na oblast privatne bezbednosti, pa je 1993. godine donet Zakon o prestanku važenja određenih zakona i drugih propisa,¹⁹ kojim su stavljeni van snage propisi o sistemu DSZ. Puno dve decenije je postojao *pravni interregnum* u ovoj oblasti jer nije bilo matičnog zakona i subvencionirano su se primenjivale odredbe drugih zakona (privreda, oružje, klasifikacija delatnosti, radni odnosi), posebno radi popune pravnih praznina.²⁰ U svakodnevnom radu bilo je problema u obavljanju poslova subjekata privatne bezbednosti i u primeni ovlašćenja, što je ukazivalo na potrebu da se u dogledno vreme donese matični zakon u ovoj oblasti.

Posle društvenih promena krajem 20. veka pokrenuto je nekoliko zakonskih inicijativa i predloženo više radnih tekstova propisa u ovoj oblasti od strane nevladinih organizacija (Lex), strukovnih udruženja (Udruženje za FTO pri PKS) i MUP RS.²¹ Kao rezultat tih aktivnosti krajem 2013. godine usvojeni su krovni propisi u oblasti privatne bezbednosti – Zakon o privatnom obezbeđenju²² i Zakon o detektivskoj delatnosti,²³ dok su kasnije doneti podzakonski akti za njihovu primenu.²⁴

a) Zakon o privatnom obezbeđenju (ZPO) najvažniji je pravni izvor u ovoj oblasti i njime se detaljnije definiše krug poslova privatnog obezbeđenja, i to:

¹⁶ Zakon o osnovama društvene samozaštite, *Službeni glasnik RS*, br. 39/1973.

¹⁷ Zakona o sistemu društvene samozaštite, *Službeni glasnik RS*, br. 14/1986.

¹⁸ M. Bošković, Z. Keković, op. cit., 36.

¹⁹ Zakon o prestanku važenja određenih zakona i drugih propisa, *Službeni glasnik RS*, br. 18/1993.

²⁰ Željko Nikač, *Privatna bezbednost i detektivska delatnost – novi zakonski propisi u RS*, Poslovni biro, Beograd, 2013, 50 i dalje.

²¹ Više: Željko Nikač, Gojko Pavlović, *Pravo privatne bezbednosti*, KPA, Beograd, 2012.

²² Zakon o privatnom obezbeđenju – ZPO, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2013, 42/2015 i 87/2018.

²³ Zakon o detektivskoj delatnosti – ZDD, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2013, 42/2015 i 87/2018.

²⁴ Više: MUP RS, Privatno obezbeđenje i detektivska delatnost – akta, www.mup.gov.rs, 20. 9. 2022.

zaštita lica, imovine i poslovanja, održavanje reda na javnim skupovima, sistemi tehničke zaštite, obezbeđenje transporta novca, procena rizika i dr. Usluge koje pružaju subjekti privatne bezbednosti ne spadaju u policijske i druge poslove bezbednosti koje vrše državni organi. Zakonom nisu dozvoljeni poslovi posredovanja i naplate potraživanja,²⁵ jer postoji opasnost od „reketiranja“, odnosno izvršenja krivičnih dela prinude (čl. 135), iznude (čl. 214), ucene (čl. 215) i drugih iz KZ RS.²⁶

Za vršenje poslova privatnog obezbeđenja zakonodavac je predvideo licenciranje pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica. Prema vrstama poslova izdaju se licence za pravna lica i preduzetnike za poslove: procene rizika u zaštiti lica, imovine i poslovanja; fizičko-tehničke zaštite bez oružja i sa oružjem; obezbeđenje transporta i prenos novca i vrednosnih pošiljki; sistem tehničke zaštite – planiranje, projektovanje i nadzor; samozaštitnu delatnost i redarsku službu. Licence su predviđene i za fizička lica, takođe prema vrstama poslova i njih izdaje MUP RS uz ispunjenje zakonskih uslova.²⁷

U pogledu načina vršenja poslova privatnog obezbeđenja predviđeno je da se obavljaju tako da se ne ometa rad državnih organa i ne narušava spokojstvo građana. Izvršilac posla je ovlašćen da ih obavlja isključivo na osnovu zaključenog ugovora sa naručiocem posla, dok su zakonom precizirani elementi ugovora za ovu vrstu poslova.²⁸ U zavisnosti od zaštitnog dobra i kategorije poslova predviđena je izrada procene rizika u zaštiti lica, imovine i poslovanja, posebno kada je procena obavezna po zakonu. Procena se obavlja prema važećim nacionalnim standardima, koji se oslanjaju na međunarodne standarde u oblasti privatne bezbednosti.²⁹ Plan obezbeđenja i postupanja priprema se na osnovu elemenata iz akta o proceni rizika u zaštiti lica, imovine i poslovanja.³⁰ Plan sadrži konkretne mere zaštite kao što su:

²⁵ Čl. 2. st. 2. i čl. 7 ZPO.

²⁶ Krivični zakonik – KZ, *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 (Glava XIV – Krivična dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina i Glava XXI – Krivična dela protiv imovine). Više: Đorđe Đorđević, Dragana Kolarić, *Krivično pravo – posebni deo*, KPA, Beograd, 2019.

²⁷ Čl. 8–18 ZPO. Uslovi se odnose na sledeće: državljanstvo, prebivalište – boravište, punoletstvo, SSS, psihofizičku sposobnost, nepostojanje bezbednosnih smetnji, edukaciju i stručni ispit, obučenosť za vatreno oružje.

²⁸ Čl. 19–20 ZPO. Obavezni elementi ugovora su: identifikacioni podaci o stranama; predmet ugovora; ugovorena ovlašćenja službenika PB i način vršenja; mesto rada, vreme i broj izvršilaca; podaci o angažovanom oružju; vreme trajanja ugovora; stepen tajnosti i zaštita podataka.

²⁹ Ž. Nikač, G. Pavlović, op. cit., 98–101. Institut za standardizaciju Srbije (ISS) usvojio je nekoliko standarda u oblasti privatne bezbednosti koji se odnose na usluge privatnog obezbeđenja u oblasti društvene bezbednosti, sve sa ciljem postizanja kvaliteta usluga koje se pružaju korisnicima.

³⁰ Zoran Keković, *Procena rizika u zaštiti lica, imovine i poslovanja*, CARUK, Beograd, 2011, 94.

zabrana neovlašćenog pristupa objektu i signalizacija uzurpacije; onemogućavanje unošenja u objekat oružja i opasnih predmeta; korišćenje tehničkih sredstava zaštite (koferi, kontejneri, kase, trezori); sprečavanje krivičnih dela i rizika; praćenja kretanja oko štice prostora i u njemu; kontrola sprovođenja propisanih mera; integrisana zaštita sa lokalnim nadzorom ili bez njega i sistem veze na štice objektu; preduzimanje procedura prema prioritetu za slučajeve nastupanja rizika.³¹ Ukoliko je reč o pružanju usluga sa oružjem i korišćenjem video-nadzora, ugovori o ovim poslovima dostavljaju se teritorijalno nadležnoj policijskoj upravi po mestu prebivališta – sedišta korisnika usluga.

b) Način vršenja poslova zavisi od vrste poslova privatnog obezbeđenja kao što su: fizička zaštita, obezbeđenje sa oružjem, tehnička zaštita, transport novca i vrednosti, redarska služba, kontrolni centar i samozaštitna delatnost.³²

Poslovi fizičke zaštite lica i imovine obuhvataju neposredno lično prisustvo i aktivnosti službenika obezbeđenja u konkretnom vremenu i prostoru unutar štice objekta. Lično obezbeđenje se obavlja u skladu sa planom obezbeđenja u štice objektu, na javnom mestu i u neposrednoj blizini lica koje se obezbeđuje. Ukoliko se ovi poslovi obavljaju u civilu i sa oružjem, što je veoma čest slučaj, vatreno oružje se mora nositi u skladu sa propisima kojim se uređuje ova oblast – Zakon o oružju i municiji³³ i podzakonski akti.

Poslovi obezbeđenja sa oružjem vrše se radi zaštite obavezno obezbeđenih objekata, banaka i finansijskih organizacija, skladišta naoružanja i objekata gde se čuva i skladišti roba. Pomenuti poslovi su u posebnom pravnom režimu prema ZOOM, dok subjekti (pravna lica, preduzetnici i službenici) moraju proći potrebne obuke, ne mogu imati bezbednosne smetnje i moraju posedovati licence. Za nabavku oružja potrebno je odobrenje MUP i kao sredstva za rad koriste se pištolji call 7,65 mm i 9 mm, dok se dugo oružje koristi izuzetno u uslovima ratnog i vanrednog stanja. Oružje se po pravilu nosi samo u okviru obezbeđenog objekta, a van toga prilikom obezbeđenja transporta novca, pešačkog prenošenja vrednosti, fizičke zaštite lica i u okviru interventnog tima. Tokom nošenja vatrenog oružja službenici moraju imati nalog za izvršenje zadatka sa oružjem i ne smeju da nose lično naoružanje ako ga poseduju. Takođe, jednom godišnje je obavezno vežbovano gađanje za službenike obezbeđenja koji rade poslove sa oružjem.³⁴

³¹ Čl. 20 ZPO.

³² Čl. 21–45 ZPO.

³³ Zakon o oružju i municiji, *Službeni glasnik RS*, br. 20/2015, 10/2019, 20/2020 i 14/2022.

³⁴ Čl. 23–28 ZPO.

Poslovi tehničke zaštite se obavljaju korišćenjem tehničkih uređaja za sprečavanje protivpravnih radnji prema licima, imovini i poslovanju.³⁵ Cilj upotrebe ovih sredstava je višestruk: zaštita obezbeđenih prostora i objekata; onemogućavanje otuđenja i neovlašćenog korišćenja šticeđenih predmeta; onemogućavanje unošenja vatrenog oružja, prevencija provala, diverzija ili nasilnog napada na objekat; onemogućavanje neovlašćenog pristupa podacima i dokumentaciji; zaštita vozila za transport novca i zaštita od drugih identifikovanih rizika. Tehnički sistemi kojima se štite život lica, imovina i poslovanje obuhvataju savremene perimetarske mere i uređaje za protivprovalnu i protivprepadnu zaštitu, zaštitu od požara, video-bezbeđenje, kontrolu pristupa, alarme, satelitsko praćenje vozila (GPS), elektro-hemijsku zaštitu vrednosti, mehaničku zaštitu i zaštitu podataka.³⁶ Tehnička sredstva i uređaji mogu biti povezani u sistem tehničke zaštite kao deo šireg sistema obezbeđenja lica, imovine i poslovanja.³⁷ Prilikom obavljanja poslova privatnog obezbeđenja nije dozvoljeno koristiti tehnička sredstva na način kojim se narušava privatnost drugih lica. Zakonom su predviđeni i poslovi planiranja, projektovanja, tehničkog nadzora, montaže i održavanja sistema tehničke zaštite.³⁸

Poslovi obezbeđenja transporta novca, vrednosnih i drugih pošiljaka veoma su osetljivi jer je transport dragocenosti atraktivna meta kriminalaca, pa se predviđaju posebna zaštitna sredstva i procedure. U pitanju su specijalna blindirana vozila za transport, posebni koferi, GPS uređaji za satelitsko praćenje i monitoring, panik-tasteri, elektro-hemijska zaštita novca, mobilni sistem video-bezbeđenja, GSM komunikacijska veza sa kontrolnim centrom i naoružana posada.³⁹ Zbog prirode posla postoji ogromna opasnost od napada na život i telo pripadnika privatnog obezbeđenja i građana, kao slučajnih prolaznika u okviru potencijalne zone napada.

Poslovi redarske službe su zastupljeni prilikom održavanja reda na javnim skupovima, sportskim priredbama, kulturnim manifestacijama (zabavni, muzički, umetnički sadržaji) i drugim programima (školske priredbe). Pomenuti poslovi se obavljaju bez oružja i važni su zbog ostvarivanja prava građana na javno okupljanje.⁴⁰ Smisao angažovanja privatnog obezbeđenja jeste da se javno okupljanje

³⁵ Čl. 29–35 ZPO.

³⁶ Više: Marija Blagojević, Radovan Radovanović, *Zaštita objekata i prostora od neovlašćenog pristupa*, KPU, Beograd, 2022.

³⁷ Više: Aleksandra Ljuština, *Sistem obezbeđenja lica i imovine*, KPA, 2018.

³⁸ Čl. 29–35 ZPO.

³⁹ Čl. 36–39 ZPO.

⁴⁰ Zakon o javnom okupljanju – ZJO, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016.

odvija mirno, bez narušavanja JRM i prava drugih građana u zajednici.⁴¹ Posebno mesto ima redarska služba na sportskim manifestacijama,⁴² jer smo u prošlosti bili svedoci incidenata na sportskim priredbama, fizičkih povreda i izazivanja materijalne štete.⁴³ Zakonom o privatnom obezbeđenju su regulisana pitanja u vezi s brojem angažovanih redara, izradom plana obezbeđenja, saradnjom sa policijom, načinom izvršenja redarskih poslova, opremom, oznakama i dr.⁴⁴

Kontrolni centar je poseban oblik obavljanja poslova privatne bezbednosti koji obuhvata mesto opremljeno tehničkim uređajima za prijem i obradu alarmnih signala i drugih informacija, sa udaljenih stacionarnih i mobilnih objekata ili lica koja su zaštićena sredstvima tehničke zaštite. Centar mora imati stalno dežurstvo 24 časa, patrolni interventni tim 24 časa i procedure za postupanje prilikom zaštite lica, imovine i drugih vrednosti.⁴⁵ Kontrolni centar kao oblik rada formiran je po ugledu na Dežurnu službu policije u okviru MUP i ostalim bezbednosnim službama.⁴⁶

Samozaštitna delatnost je specifičan vid obavljanja poslova privatnog obezbeđenja u smislu organizacije službe za sopstvene potrebe u okviru kompanija, pravnih lica i preduzetnika. Pomenuta delatnost se organizuje radi zaštite imovine, poslovanja, objekata, prostora i lica unutar kompanije i službe mogu obavljati ostale polove (redarstvo, transport novca, procena rizika) uz adekvatne dozvole, licence i odobrenja.⁴⁷

c) Ovlašćenja službenika privatnog obezbeđenja predviđena su odredbama aktuelnog zakona, i to: upozorenje i naređenje; provera identiteta; pregled lica, predmeta i prevoznog sredstva; privremeno zadržavanje i sredstva prinude (sredstva za vezivanje, fizička snaga, gasni sprej, posebno dresirani psi, vatreno oružje).⁴⁸

⁴¹ Zakon o javnom redu i miru, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016 i 24/2018.

⁴² Zakon o suzbijanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama – ZSNNPSP, *Službeni glasnik RS*, br. 67/2003, 101/2005, 90/2007, 72/2009, 111/2009, 104/2013 i 87/2018.

⁴³ Milija Ljubisavljević, Željko Nikač, Milena Đukić, „Obuka redara po standardima UEFA u funkciji povećanja bezbednosti na sportskim manifestacijama“, zbornik radova *Menadžment bezbednosti sportskih takmičenja*, Ivanka Gajić (ur.), Union Nikola Tesla, Fakultet za sport, Beograd, 2014, 106–117.

⁴⁴ Čl. 40–44 ZPO.

⁴⁵ Čl. 40–44 ZPO.

⁴⁶ Više: Zoran Đurđević, Nenad Radović, *Kriminalistička operativa*, IV izdanje, KPA, Beograd, 2020.

⁴⁷ Čl. 45 ZPO.

⁴⁸ Čl. 46–47 ZPO.

Ovlašćenja se mogu primeniti samo u šticeenom objektu ili prostoru, a van toga u slučaju obezbeđenja transfera novca, patroliranja i zaštite šticeene ličnosti. Ugovorom o obezbeđenju se preciziraju konkretna ovlašćenja u odnosu na predmet angažovanja.

U primeni ovlašćenja i posebno sredstava prinude istaknuti su standardi (međunarodni i nacionalni) i principi gradacije, srazmernosti, zakonitog cilja, minimuma štetnih posledica, poštovanja ličnosti i ljudskih prava, dostojanstva, ugleda, časti i drugih vrednosti. Posebno su zabranjeni akti mučenja, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja, kao i primena sredstava prinude prema ranjivim kategorijama lica (mlađi od 14 godina, bolesni i iznemogli, teški invalidi i trudnice) osim ako ugrožavaju život drugih lica vatrenim oružjem, oruđem ili drugim opasnim predmetom.⁴⁹

Sredstva prinude su najosetljivija ovlašćenja pripadnika privatne bezbednosti, slično kao i kod regularnih policijskih snaga. Prva u nizu su sredstva za vezivanje koja se po pravilu primenjuju u kontinuitetu sa prethodnim ovlašćenjem – privremenim zadržavanjem lica koje je zatečeno u izvršenju krivičnog dela (goni se po službenoj dužnosti) ili prekršaja sa elementima nasilja, odnosno lica koje je posedovalo predmete krivičnog dela – prekršaja ili podobne za (samo)povređivanje. Upotreba sredstava za vezivanje je u funkciji sprečavanja otpora lica, odbijanja napada, sprečavanja bekstva i onemogućavanja (samo)povređivanja.⁵⁰ Upotreba fizičke snage obuhvata korišćenje različitih zahvata iz borilačkih veština prema telu drugog lica sa ciljem prisile na poslušnost, uz ispunjenje zakonskih uslova. Fizička snaga (borilački zahvati) koristi se u funkciji odbijanja istovremenog neskrivljenog protivpravnog napada na život i telo pripadnika obezbeđenja ili šticeene ličnosti, odbijanja istog napada usmerenog na uništenje, oštećenje ili otuđenje tuđe obezbeđene imovine, savladavanja aktivnog ili pasivnog otpora i sprečavanja samopovređivanja lica. Dalje su definisane kategorije napada, otpora i zahtev da fizička snaga mora biti srazmerna napadu koji se odbija, te da mora prestati po prestanku napada ili otpora lica.⁵¹ Pomenuta rešenja su identična onima koja su usvojena u Zakonu o policiji i ovlašćenjima pripadnika policije u primeni sredstava prinude.⁵² Upotreba gasnog spreja je sledeće u nizu sredstava prinude i obuhvata upotrebu hemijskih jedinjenja iz naprava sa raspršujućim i nadražujućim dejstvom. Sprej se koristi radi

⁴⁹ Čl. 46–47 ZPO.

⁵⁰ Čl. 50–52 ZPO.

⁵¹ Čl. 50–52 ZPO.

⁵² Više: Branko Leštanin, Željko Nikač, *Komentar Zakona o policiji*, Poslovni biro, Beograd, 2016.

odbijanja napada ili savladavanja otpora, uz uslov da je prethodno fizička snaga bila neuspešna i obavezu pružanja medicinske pomoći licu.⁵³ Upotreba posebno dresiranih pasa predviđena je kao sredstvo prinude za obezbeđenja objekata, sprečavanje otpora ili odbijanje napada i nalazi se u pravnom režimu upotrebe vatrenog oružja. Kao i u policiji, ovi psi se koriste jedino ako su dresirani i ako ih vode posebno obučeni vodiči, uz poseban oprez da ne dođe do povređivanja lica protiv kojih se koriste i uznemirenja građana.⁵⁴

Upotreba vatrenog oružja je najteže sredstvo prinude zbog osetljivosti i posledica koje izaziva, a dozvoljena je pri obavljanju poslova fizičke zaštite sa oružjem i u slučajevima nužne odbrane i krajnje nužde.⁵⁵ Pre upotrebe vatrenog oružja pripadnik privatnog obezbeđenja mora se identifikovati i dati verbalno upozorenje, osim ako bi time doveo u životnu opasnost sebe ili lica koje štiti.⁵⁶

Nakon upotrebe sredstava prinude pripadnik obezbeđenja je dužan da pruži prvu pomoć povređenom licu i obavesti medicinsku službu, teritorijalno nadležnu policijsku upravu i dostavi izveštaj organizaciji o upotrebi sredstava prinude u roku od 12 časova. Odgovorno lice dostavlja dalje izveštaj sa mišljenjem nadležnoj policijskoj upravi u roku 48 časova.⁵⁷

d) U Zakonu o privatnom obezbeđenju dalje su navedene odredbe o označavanju i predstavljanju, što je posebno važno zbog identifikacije nosilaca poslova, odgovornosti i transparentnosti u radu. Predviđene su uniforme i oznake pripadnika privatnog obezbeđenja koje ne smeju biti slične državnim (policija, vojska, carina i dr.), zatim oznake i oprema na službenim vozilima i službene legitimacije.⁵⁸

Slede odredbe o evidencijama koje vode subjekti privatne bezbednosti, rokovima, načinu čuvanja i zaštiti podataka.⁵⁹

MUP RS vrši nadzor i kontrolu u primeni Zakona o privatnom obezbeđenju. Posebno se proveravaju upotreba sredstava prinude, način čuvanja i nošenja vatrenog oružja, psihofizička sposobnost radnika, osposobljenost za rukovanje

⁵³ Čl. 53–54.

⁵⁴ Čl. 53–54.

⁵⁵ Željko Nikač, „Upotreba vatrenog oružja pri policijskim intervencijama i zaštita prava na život“, *Pravni život*, br. 09/12, Tom I, Beograd, 2012, 341–358.

⁵⁶ Čl. 55 ZPO.

⁵⁷ Čl. 56 ZPO.

⁵⁸ Čl. 58–65 ZPO.

⁵⁹ Čl. 67–69 ZPO.

oružjem, čuvanje podataka, vođenje potrebnih evidencija. Nakon kontrole i nadzora obavezno se sačinjavaju zapisnici i nalažu mere za otklanjanje eventualnih nedostataka u primerenim rokovima, kao i ukazuje na posledice propuštanja.⁶⁰ Pored MUP, kontrolu i nadzor vrše i pojedine inspeksijske službe u okviru svojih nadležnosti.

Zakonskim novelama iz 2018.godine uneta je i odredba o oceni usaglašenosti usluga privatnog obezbeđenja, što vrši akreditovano telo shodno nacionalnim i međunarodnim standardima u ovoj oblasti.⁶¹ Na kraju slede kaznene, prelazne i završne odredbe.⁶²

PODZAKONSKI AKTI ZA PRIMENU ZAKONA O PRIVATNOM OBEZBEĐENJU

Za izvršavanje Zakona o privatnom obezbeđenju bilo je predviđeno donošenje podzakonskih akata u roku od šest meseci od dana usvajanja propisa.⁶³ Međutim, zbog tehničkih i drugih problema, primena ovog i srodnih propisa kasnila je u praksi i došlo je do pomeranja rokova, što je učinjeno kroz novele istog zakona.⁶⁴ Nakon početne konfuzije i nesnalaženja strukovno Udruženje FTO u saradnji sa MUP RS nastavilo je normativnu aktivnost i pripremljeno je nekoliko podzakonskih akata, koji su potom razmatrani pod okriljem Privredne komore Srbije (PKS) i kasnije usvojeni.

Od važnijih podzakonskih akata navodimo sledeće:

- Pravilnik o bližim uslovima za izdavanje ovlašćenja za sprovođenje obuke za vršenje poslova privatnog obezbeđenja i redarske službe,⁶⁵
- Pravilnik o programima i načinu sprovođenja obuke za vršenje poslova privatnog obezbeđenja,⁶⁶

⁶⁰ Čl. 70–75 ZPO.

⁶¹ Čl. 75a ZPO.

⁶² Čl. 76–91 ZPO.

⁶³ Čl. 85–86 ZPO.

⁶⁴ Više: Željko Nikač, „Novele u pravnoj regulativi sektora privatne bezbednosti u Republici Srbiji“, *Radnopravni savetnik*, br. 04/15, Poslovni biro, Beograd, 2015, 101–110. Željko Nikač, „Produžen rok za zakonsko usklađivanje rada privatne bezbednosti“, *Radnopravni savetnik*, br. 05/15, Poslovni biro, Beograd, 2015, 117–119.

⁶⁵ Pravilnik o bližim uslovima za izdavanje ovlašćenja za sprovođenje obuke za vršenje poslova privatnog obezbeđenja i redarske službe, *Službeni glasnik RS*, br. 15/2019.

⁶⁶ Pravilnik o programima i načinu sprovođenja obuke za vršenje poslova privatnog obezbeđenja, *Službeni glasnik RS*, br. 15/2019.

- Pravilnik o načinu vršenja poslova tehničke zaštite i korišćenja tehničkih sredstava,⁶⁷
- Pravilnik o načinu primene ovlašćenja službenika obezbeđenja,⁶⁸
- Pravilnik o boji i sastavnim delovima uniforme službenika obezbeđenja,⁶⁹
- Pravilnik o sadržini, izgledu i načinu upotrebe legitimacije službenika privatnog obezbeđenja,⁷⁰
- Pravilnik o stručnom ispitu za vršenje poslova privatnog obezbeđenja i redarske službe,⁷¹
- Uredba o minimalnim tehničkim uslovima kod obavezne ugradnje sistema tehničke zaštite u bankama i drugim finansijskim organizacijama.⁷²

U kontekstu zaštite prava na život i ostalih univerzalnih vrednosti značajni su podzakonski akti kojima se bliže uređuje proces edukacije kadrova za različite vrste poslova privatnog obezbeđenja. Podrobnije su regulisana pitanja kao što su methodske jedinice za edukaciju, poznavanje propisa, procedure koje se koriste u radu, organizacija i način vršenja poslova, zakonitost u radu i dr. Dalje su razrađena pitanja koja se odnose na način vršenja poslova tehničke zaštite i korišćenja tehničkih sredstava, dok je posebnom Uredbom Vlade RS regulisan minimum tehničkih uslova prilikom obavezne ugradnje sistema tehničke zaštite u bankama i finansijskim organizacijama. Veoma važni su i podzakonski akti koji razrađuju identifikaciju i predstavljanje pripadnika privatnog obezbeđenja (uniforme, vozila, legitimacije).

Poseban značaj imaju podzakonski akti koji se odnose na primenu ovlašćenja pripadnika privatnog obezbeđenja i kojima se razrađuju zakonske odredbe. Pravilnik o načinu primene ovlašćenja službenika obezbeđenja ističe poznate međunarodne standarde o poštovanju ličnosti, zaštiti ljudskih prava i građanskih sloboda, gradaciji u primeni ovlašćenja, srazmernosti, pružanju pomoći, senzibilnom odnosu prema socijalno ranjivim grupama (deca, žene, stariji, bolesni).

⁶⁷ Pravilnik o načinu vršenja poslova tehničke zaštite i korišćenja tehničkih sredstava, *Službeni glasnik RS*, br. 91/2019.

⁶⁸ Pravilnik o načinu primene ovlašćenja službenika obezbeđenja, *Službeni glasnik RS*, br. 59/2019.

⁶⁹ Pravilnik o boji i sastavnim delovima uniforme službenika obezbeđenja, *Službeni glasnik RS*, br. 49/2019.

⁷⁰ Pravilnik o sadržini, izgledu i načinu upotrebe legitimacije službenika privatnog obezbeđenja, *Službeni glasnik RS*, br. 3/2016 i br. 30/2019.

⁷¹ Pravilnik o stručnom ispitu za vršenje poslova privatnog obezbeđenja i redarske službe, *Službeni glasnik RS*, br. 74/2019.

⁷² Uredba o minimalnim tehničkim uslovima kod obavezne ugradnje sistema tehničke zaštite u bankama i drugim finansijskim organizacijama, *Službeni glasnik RS*, br. 9/2021.

Dodajemo da je usvojen i određeni broj podzakonskih akata za primenu Zakona o detektivskoj delatnosti, jer je i ova oblast integralni deo privatne bezbednosti.

VAŽNIJE AKTIVNOSTI PRIVATNOG OBEZBEĐENJA U SRBIJI

Proces tranzicije u Srbiji neminovno je doveo i do promena u oblasti privatne bezbednosti imajući u vidu uvećanje značaja privatne imovine, pa samim tim i individualne bezbednosti. U praksi privatnog obezbeđenja u Srbiji uočavaju se dve vrste aktivnosti: 1) fizičko obezbeđenje i redarska delatnost i 2) tehnička zaštita.

Aktivnosti privatnog obezbeđenja pre svega zavise od zahteva na tržištu, ali i od pravnog okvira. Uvođenjem obaveze da se određeni objekti kritične infrastrukture obezbeđuju od strane privatnog obezbeđenja država je značajno uticala na usmeravanje aktivnosti privatnog obezbeđenja. Tako se obavezno obezbeđuju određeni objekti značajni za odbranu zemlje ili generalno za Srbiju kao državu, objekti organa lokalne samouprave, otvoreni i zatvoreni objekti većeg kapaciteta koji su namenjeni okupljanju građana, tržni centri, određena saobraćajna infrastruktura.⁷³

Možda najvažnija aktivnost privatnog obezbeđenja jeste fizičko obezbeđenje banaka, finansijskih institucija, transporta novca i drugih vrednosti. Uočava se sve veće prisustvo službenika obezbeđenja u bankama i finansijskim institucijama radi njihovog obezbeđenja i uvođenja reda među korisnicima finansijskih usluga. Promet gotovog novca bio bi nezamisliv bez obezbeđenja njegovog transporta od jedne do druge finansijske institucije.

Jedna od važnijih aktivnosti privatnog obezbeđenja jeste redarska delatnost na javnim okupljanjima i sportskim priredbama. Održavanje reda na javnim okupljanjima i sportskim priredbama primarna je nadležnost redarske službe, dok policija dobija sekundarnu ulogu u tome. U tom pravcu su i zakonske odredbe gde je organizator okupljanja dužan da angažuje redarsku službu i obezbedi održavanje mirnog okupljanja na način da se onemogućuje izbijanje nasilja i nedolično ponašanje učesnika tokom trajanja okupljanja, kao i prilikom dolaska i odlaska učesnika skupa sa mesta okupljanja.⁷⁴ Takođe, organizator sportske priredbe je dužan da obrazuje odgovarajuću redarsku službu ili da angažuje pravno lice – preduzetnika radi obavljanja poslova fizičkog obezbeđenja i održavanja reda na sportskoj priredbi. Ako se održava međunarodna sportska priredba, sportska priredba povećanog rizika ili sportska priredba najvišeg nacionalnog ranga ekipnih sportskih takmičenja,

⁷³ Čl. 2. Uredbe o bližim kriterijumima za određivanje obavezno obezbeđenih objekata i načinu vršenja poslova njihove zaštite, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2016.

⁷⁴ Čl. 11. st. 1. tač. 1 ZJO

organizator je dužan da, za obavljanje poslova redarske službe, angažuje pravno lice ili preduzetnika za vršenje poslova privatnog obezbeđenja.⁷⁵

Dolazak stranih investitora na tržište Srbije i izgradnja novih fabrika i saobraćajne infrastrukture dovodi do dodatnog angažovanja privatnog obezbeđenja na čuvanju mašina i opreme koja se koristi u izgradnji. Većina novih stranih investitora angažovala je privatno obezbeđenje za kontrolu pristupa fabričkim postrojenjima, što je sa aspekta bezbednosti veoma pozitivan trend.

Vlasnici velikog kapitala i uopšte fizička lica koja to sebi mogu da priušte angažuju privatno obezbeđenje na čuvanju objekata (porodičnih kuća, vikendica), kao i na obezbeđenju samih lica.

Kad je u pitanju tehnička zaštita, sve je veći broj stambenih zajednica, porodičnih domaćinstava i privrednih subjekata koji, kao oblik minimalne zaštite, uvode video-nadzor i alarme. Ovaj oblik obezbeđenja se pokazao u praksi i kao najekonomičniji.

ZAKLJUČAK

Privatno obezbeđenje kao deo podsistema privatne bezbednosti⁷⁶ našlo je svoje mesto pre svega u razvijenim zapadnim državama, ali i u zemljama u razvoju i tranziciji. U Srbiji privatno obezbeđenje ima dugu tradiciju kao i u nekadašnjoj Jugoslaviji, gde su između dva svetska rata bile osnovane prve kompanije za obezbeđenje lica, imovine i poslovanja. Posle Drugog svetskog rata privatno obezbeđenje je bilo podržavljeno i izraženo kroz delovanje službi FTO u okviru preduzeća u društvenoj svojini.

Nakon velikih turbulencija u svetu krajem 20. veka talas promena je stigao do naših prostora, što se odrazilo i na oblast privatne bezbednosti i obezbeđenja. Najveći problem za rad kompanija za pružanje usluga FTO bio je nedostatak pravne regulative u ovoj oblasti. Posle dve decenije 2013. godine usvojeni su krovni propisi u oblasti privatne bezbednosti – Zakon o privatnom obezbeđenju i Zakon o detektivskoj delatnosti, a kasnije su doneti podzakonski akti za njihovu implementaciju. Usvajanjem normativnih rešenja utvrđen je temelj za rad sektora privatne bezbednosti i privatnog obezbeđenja kao njegovog preovlađujućeg dela. Većina rešenja

⁷⁵ Čl. 8 ZSNNPSP.

⁷⁶ Željko Nikač, Nikola Artonović, „Mesto, uloga i zadaci sektora privatne bezbednosti u sistemu bezbednosti Republike Srbije“, zbornik radova *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust*, (ur. L. Kron), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd-Palić, 2016, 501–511.

je usvojena u skladu sa dobrom praksom i legislativom država EU i skladu sa našom pravnom tradicijom, što je vidljivo i kroz pojedina konkretna rešenja.

Poseban značaj imaju odredbe Zakona o privatnom obezbeđenju i podzakonska akta kojima se afirmišu međunarodni i nacionalni standardi u radu pripadnika privatnog obezbeđenja. Veliki značaj ima ustanovljeni postupak licenciranja kompanija i fizičkih lica za ove poslove, što povećava stepen odgovornosti za zakonito i profesionalno obavljanje poslova. Elaborirani su poslovi privatnog obezbeđenja prema vrstama i potrebni uslovi za njihovo obavljanje, kao i ovlašćenja pripadnika obezbeđenja za izvršenje ugovorenih poslova. Posebno je naglašena kontrolna i nadzorna uloga MUP RS koju sprovodi nadležna linija rada i zaduženi oficiri iz redova teritorijalnih policijskih uprava.

Smatramo da treba unaprediti saradnju predstavnika privatnog obezbeđenja s pripadnicima policije koji pokrivaju oblast privatne bezbednosti, što je značajno za korisnike usluga i zajednicu. Potrebna je bolja saradnja i koordinacija prilikom obezbeđenja javnih manifestacija – sportskih susreta, kulturnih događaja, političkih skupova i drugih, kao i obezbeđenja važnijih objekata (škole, obdaništa, privreda) i lica koje su javne ličnosti. Treba rasteretiti nosioce ovih poslova od suvišnih administrativnih poslova, sačinjavati sadržajnije planove obezbeđenja konkretnih događaja i aktivnosti. Na legislativnom planu treba pratiti primenu normi u praksi i pristupiti novelama na transparentan način, zajedno sa predstavnicima davaoca (Udruženje FTO PKS) i korisnika usluga (fizička i pravna lica). Eventualne korekcije i novele treba sprovesti u skladu s pravom i praksom EU, jer je naša zemlja kandidat za prijem.

Prof. Dr. ŽELJKO NIKAČ
Full Professor, University of Criminal Investigation
and Police Studies, Belgrade

BRANKO LEŠTANIN
Ministry of Interior, Serbia

LEGISLATIVE FRAMEWORK OF PRIVATE SECURITY IN SERBIA IN THE FUNCTION OF PROTECTING UNIVERSAL VALUES

Summary

The paper discusses the legal position and status of private security as part of the private security subsystem in the Republic of Serbia, in the function of protecting the right to life and other universal values. In the first part, a historical overview of the origin and development of private security in the areas of ex-Yugoslavia and Serbia is given. In the central part, the current legislative

framework for the work of private security entities and the tasks and tasks in the protection of persons, property and business are presented. The powers of the members in accordance with the Law on Private Security and by-laws, the control and supervisory role of the Ministry of Internal Affairs of the RS regarding the legality of the work of private security entities are presented. In the final part, suggestions are given for the improvement of the legal framework and practice in the work of private security service providers, following the example of developed countries and in the context of Serbia's application for admission to the EU.

Key words: security, private security, legislation, right to life, Serbia and the EU

Literatura

- Blagojević M., Radovanović R., *Zaštita objekata i prostora od neovlašćenog pristupa*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2022.
- Bošković M., Keković Z., *Obezbeđenje lica, imovine i poslovanja preduzeća*, Ministarstvo unutrašnjih poslova – Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, 2000.
- Dorđević Đ., Kolarić D., *Krivično pravo, posebni deo*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd 2019.
- Đurđević Z., Radović N., *Kriminalistička operativa*, IV izdanje, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2020.
- Forca B., Nikač Ž., „Komparativna analiza strategija nacionalne bezbednosti Republike Srbije“, *Bezbednost*, br. 03/20, MUP RS, Beograd, 2020.
- Hess K., *Introduction to Private Security*, Wadsworth, Belmont, 2009.
- Keković Z., *Procena rizika u zaštita lica, imovine i poslovanja*, CARUK, Beograd, 2011.
- Kešetović Ž., Simonović B., „Sektor korporativne i privatne bezbednosti u Srbiji“, *Godišnjak Fakulteta bezbednosti*, Beograd, 2009.
- Leštanin B., Nikač Ž., *Komentar Zakona o policiji*, Poslovni biro, Beograd, 2016.
- Ljubisavljević M., Nikač Ž., Đukić M., „Obuka redara po standardima UEFA u funkciji povećanja bezbednosti na sportskim manifestacijama“, *Menadžment bezbednosti sportskih takmičenja*, Union Nikola Tesla, Fakultet za sport, Beograd, 2014.
- Ljuština A., *Sistem obezbeđenja lica i imovine*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2018.
- Milosavljević B., *Nauka o policiji*, Ministarstvo unutrašnjih poslova – Policijska akademija, Beograd, 1997.
- Nikač Ž., „Novele u pravnoj regulativi sektora privatne bezbednosti u Republici Srbiji“, *Radnopravni savetnik*, br. 04/15, Poslovni biro, Beograd, 2015.
- Nikač Ž., „Produžen rok za zakonsko usklađivanje rada privatne bezbednosti“, *Radnopravni savetnik*, br. 05/15, Poslovni biro, Beograd, 2015.
- Nikač Ž., „Upotreba vatrenog oružja pri policijskim intervencijama i zaštita prava na život“, *Pravni život*, br. 09/12, Tom I, Beograd, 2012.

- Nikač Ž., Aritonović N., „Mesto, uloga i zadaci sektora privatne bezbednosti u sistemu bezbednosti Republike Srbije“, *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust* (ur. Leposava Kron), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd–Palić, 2016.
- Nikač Ž., Korajlić N., Bećirović M., „Pravna regulativa sektora privatne bezbednosti na prostorima nekadašnje SFRJ, s osvrtom na poslednje promene u Republici Srbiji“, *Kriminalističke teme*, br. 3–4/13, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sugurnosne studije, Sarajevo, 2013.
- Nikač Ž., Leštanin B., *Privatna bezbednost: pravo, teorija i praksa*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2022. (u štampi).
- Nikač Ž., Pavlović G., *Pravo privatne bezbednosti*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2012.
- Nikač Ž., *Privatna bezbednost i detektivska delatnost – novi zakonski propisi u RS*, Poslovni biro, Beograd, 2013.
- Nikač Ž., Radovanović R., Zorić V., „Privatna bezbednost u Srbiji – pravni osnovi i edukacija pripadnika“, *Teme*, br. 1/18, Niš, 2018.
- Novaković S., *Zakonik Stefana Dušana, Cara Srpskog (1349. i 1354)*, Državna štamparija, Beograd, 1870.
- Petrović I., *Dušanov zakonik*, Škola gusala Sandić, Beograd, 2014.
- Talijan M., „Prve ustanove privatne bezbednosti (policije) u Srbiji“, *Privatna bezbednost – stanje i perspektive*, (ur. Života Radosavljević), Fakultet za poslovne studije i pravo, Novi Sad, 2008.

PREGLEDNI RAD

GORDANA KRSTIĆ

KOLIČINA OPOJNE DROGE KAO PRAVIČNA GRANICA KRIMINALNE ZONE U SRPSKOM I NEMAČKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

U ovom radu je analiziran pojam količine opojne droge u sadržinskom smislu, koji opravdava intervenciju nadležnih organa primenom komparativne metode sa ukazivanjem na relevantna rešenja u srpskom i nemačkom krivičnom pravu. Ono što je zajedničko ovim pravnim sistemima jeste to što su i srpski i nemački zakonodavac prilikom propisivanja bitnih obeležja krivičnog dela vezanog za neovlašćeno držanje opojnih droga primenili apstraktnu normativnu tehniku ostavljajući javnotužilačkoj i sudskoj praksi diskreciju da odrede i razgraniče pojmove manje, odnosno velike količine opojne droge. Zbog važnosti kriminaliteta u vezi sa opojnim drogama, domašaja i nenadoknadbive štete po zdravlje ljudi državni organi moraju dati primeren značaj ovoj tematici i postupati koordinirano, pravedno i pravično ceneći stepen opasnosti i krivice učinioca. To potvrđuje i primer Savezne Republike Nemačke premda je npr. kažnjavanje za neovlašćeno držanje kanabisa bilo predmet ustavno-sudskog odlučivanja. U Republici Srbiji je relativno skoro uveden teži oblik krivičnog dela neovlašćeno držanje opojnih droga u velikoj količini, što je otvorilo nova tumačenja pojma velike količine opojne droge.

Ključne reči: opojna droga, neovlašćeno držanje opojnih droga, istraga, sudska praksa

U V O D

Opojne droge predstavljaju jednu od najvećih i najrasprostranjenijih opasnosti po čovečanstvo u savremenom dobu. Neovlašćena prodaja opojnih droga ima razmere transnacionalnog organizovanog kriminala i pored terorizma i korupcije

Gordana Krstić, zamenik javnog tužioca u Drugom osnovnom javnom tužilaštvu u Beogradu, e-mail: grkrstic@gmail.com.

markirana je od strane svih država kao krivično delo koje treba prioritarno, korento i efikasno suzbijati, njihove učinioce krivično goniti i osuditi na najstrože kazne. Širenje kriminaliteta povezano sa narkoticima pretil da razori zdravlje većeg broja ljudi i naruši državni poredak, s jedne strane, a sa druge strane, omogućava učinicima enormno bogaćenje i jačanje i širenje kriminalnih grupa kako na teritoriji jedne države, tako i dalje.

Pored nezakonite trgovine i stavljanja u promet narkotika, njihovo neovlašćeno držanje u manjoj količini za sopstvenu upotrebu javlja se često u praksi naročito među mladoim populacijom, koja tako ulazi u začarani krug droge i kriminala. U uporednom pravu zastupljeni su različiti pristupi problemu konzumiranja opojnih droga, te tako u Australiji se smatra da posedovanje do 25g marihuane nije krivično delo, ali se tretira kao prekršaj, u Belgiji posedovanje do 3g nije kažnjivo, ali je zato krivičnim inkriminacijama zabranjena upotreba droge u prisustvu maloletnika. U Irskoj je držanje marihuane zabranjeno, osim, ukoliko se ne radi o specijalnom lekarskom odobrenju. Španija je karakteristična po tome što je lična upotreba, ali i kućno uzgajanje marihuane dekriminalizovano, ali ne i prodaja i kupovina marihuane. U Rusiji je zastupljena delimična dekriminalizacija, jer je posedovanje do 6g marihuane, kažnjivo ili novčanom kaznom, ili zatvorom do 15 dana, dok u slučajevima kada količina droge prelazi tih 6g, onda se primenjuju norme krivičnog prava.¹ U Portugaliji oni građani kod kojih se pronađe do 10 dnevnih doza za sopstvenu upotrebu ne izvode se pred klasičan sud, jer se radi o licima koji zaslužuju medicinski, a ne krivičnopравни tretman, već pred poseban administrativni tribunal, u čijem sastavu su jedan pravnik, jedan socijalni radnik i jedan lekar, koji izriče meru upućivanja u zdravstvenu ustanovu za lečenje bolesti zavisnosti.²

Manja količina opojne droge je pravni standard, koji nije normativno uređen i ostavljen je prostor sudskoj praksi da ga oblikuje i ograniči. S obzirom na značaj zaštićenog dobra, a to je zdravlje ljudi, kao i činjenicu da je povređen i opšti zaštitni objekat, koji obuhvata društvene odnose i društvene vrednosti,³ kvalifikovanju krivičnopravno relevantne količine opojne droge treba pristupiti na sistematičan, odgovoran i koherentan način. To podrazumeva analitičko promišljanje prilikom tumačenja generalne klauzule i pravično utvrđivanje graničnih količina na osnovu objektivnih merila, čime se štite zaštićena dobra, ali i doprinosi jačanju pravne sigurnosti i ostvarivanju pravde.

¹ Jovan Ćirić, „Borba protiv droge putem dekriminalizacije – slučaj Portugalije“, *Strani pravni život*, br.2, Beograd, 2012, 315.

² J. Ćirić, *Ibidem*, 312.

³ Vanja Bajović, „Zloupotreba opojnih droga i legitimnost krivičnopravne zaštite“, *Crimen*, br.3, Beograd, 2017, 533.

Interpretativne aktivnosti javnog tužilaštva i suda predstavljale su inspiraciju za analizu ove tematike u srpskom i nemačkom pravu, sa uporednim razmatranjem ova dva kontinentalna sistema, načine normiranja inkriminacija koja se odnose na držanje opojnih droga, manevarskog prostora javnog tužioca i suda u primeni odredbi zakona i okolnosti koje bi trebalo sagledati da bi se van svake sumnje donela odluka o tome da li učinilac treba da potpadne pod udar krivičnopravne norme.

NEOVLAŠĆENO DRŽANJE OPOJNIH DROGA U SRPSKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

U Republici Srbiji krivično delo neovlašćeno držanje opojnih droga iz čl.246a Krivičnog zakonika je kao samostalno krivično delo predviđeno 2009. godine, a do tada je držanje supstanci ili preparata proglašanih za opojne droge predstavljalo poseban oblik krivičnog dela neovlašćene proizvodnje, držanja i stavljanja u promet opojnih droga,⁴ za koje je u slučaju držanja opojne droge radi sopstvene upotrebe postojala fakultativna mogućnost oslobođenja od kazne. Obuhvata osnovni i teži oblik, koji je uveden izmenama Krivičnog zakonika iz maja 2019. godine, sa početkom primene od 01. decembra 2019. godine.⁵ Radnja izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela sastoji se u držanju za sopstvenu upotrebu u manjoj količini nedozvoljenih supstanci i preparata, čiji su promet, odnosno proizvodnja, prodaja, prerada itd. zabranjeni građanima. Zaprećena je novčana kazna ili zatvor do tri godine. Teži oblik inkriminiše neovlašćeno držanje supstanci ili preparata koji su proglašeni za opojne droge u velikoj količini i može se izreći kazna zatvora od tri do deset godina, uz izričito isključivanje mogućnosti da okrivljeni ovu vrstu krivične sankcije izdržava u kućnim uslovima, a ovakve posebne odredbe koje ograničavaju primenu opštih odredaba narušavaju sklad i funkcionalno jedinstvo između opšteg i posebnog krivičnog prava.⁶ Čini se da normativno rešenje nije dobro pre svega, zato što na svojevrsan način značajno „otupljuje“ borbu protiv onih učinilaca krivičnih dela koji su u kriminalnom smislu opasniji, a to su učinioци koji se bave proizvodnjom i stavljanjem u promet opojnih droga. Stvaraju se uslovi da kriminalna politika bude ono što ne bi smela da bude, a to je „ribarska mreža u koju se hvataju

⁴ Zoran Stojanović, *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006, 224.

⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

⁶ Nataša Delić, „Unlawful possession of narcotics (Article 246a of the Serbian Criminal Code): Progressive or regressive Regulation“, *Droga i narkomanija – pravni, kriminološki, sociološki i medicinski problemi*, (ur. Milena Milićević, Ivana Stevanović), Beograd, 2020, 124.

male ribe, a koja propušta velike ribe“.⁷ Postoji opasnost da se svi slučajevi držanja opojne droge u velikoj količini kvalifikuju kao krivično delo iz čl.246a st.2 KZ, a ne kao krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl.246 st.1 KZ, osim ako nije nesumnjivo utvrđeno radi čega se opojna droga držala. To za posledicu može imati i različito kažnjavanje (propisan je niži posebni maksimum, a i zabrana ublažavanja kazne ne odnosi se na taj novi oblik krivičnog dela iz čl.246a KZ). Nedostatak ovog rešenja je i to što će teži oblik krivičnog dela neovlašćeno držanje opojnih droga postojati i onda kad je utvrđeno da je droga držana radi sopstvene upotrebe, a ta mogućnost nije sasvim isključena time što je u pitanju velika količina opojne droge.⁸

Ako javni tužilac, kao rukovodilac predistražnog postupka i istrage, inicijalno nađe da je u pitanju manja količina opojne droge, što je faktičko pitanje, čiji smisao je da upućuje na to da se droga drži radi sopstvene upotrebe,⁹ naložiće policiji da podnese krivičnu prijavu redovnim putem i da se izvrši fizičko-hemijско veštačenje pronađene opojne droge. Kada je kod okrivljenog pronađeno do 5g marihuane, javni tužilac može da primeni načelo oportuniteta i naloži okrivljenom da ispuni jednu od više alternativnih obaveza, kao što su: uplaćivanje novčanog iznosa u humanitarne svrhe, obavljanje društveno-korisnog rada ili podvrgavanje lečenju¹⁰ nalazeći da je reč o krivičnom delu nižeg stepena društvene opasnosti.¹¹ Ako nisu ispunjeni uslovi za odlaganje krivičnog gonjenja, jer je npr. okrivljeni povratnik ili ne želi da pristane na ovaj alternativni način rešavanja krivičnog postupka, javni tužilac će sprovesti dokazne radnje i podneti optužni predlog protiv njega sudu predlažući izricanje adekvatne krivične sankcije.

Ukoliko javni tužilac kvalifikuje pronađenu količinu opojne droge kao veliku, odrediće okrivljenom zadržavanje ako postoje razlozi za određivanje pritvora i naredbom pokrenuti istragu protiv njega uz hitno pribavljanje drugih dokaza. To ukazuje da su i procesne implikacije nejasnih materijalno-pravnih odredaba drugačije. Zbog višestruko teže zaprećene kazne zatvora ovaj izuzetak od načela

⁷ Milan Škulić, „Osnovne krivičnopravne konsekvence upotrebe zabranjenih psihoaktivnih supstanci“, *Droga i narkomanija – pravni, kriminološki, sociološki i medicinski problemi*, (ur. Milena Milićević, Ivana Stevanović), Beograd, 2020, 54.

⁸ Zoran Stojanović, *Krivično pravo Posebni deo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2022, 215-216.

⁹ Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Pravni fakultet Union, Beograd, 2011, 783.

¹⁰ Čl. 283 Zakonika o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021, 62/2021.

¹¹ Ivan Duzlevski, Nikola Pantelić, *Priručnik za krivični postupak*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 41.

zakonitosti i segmenta *lex certa*¹² podložan je oštroj kritici usled izlaganja okrivljenih neujednačenom krivičnom progono, jer osnovni javni tužilac treba promptno da preduzme krivično gonjenje i zauzme stav na početku krivičnog postupka o složenom i nepreciznom pitanju.

Velika količina opojne droge je kvalifikatorna okolnost, odnosno objektivno obeležje bića krivičnog dela i taj termin ne bi trebalo da se temelji isključivo na jednom argumentu, odnosno na odbrani okrivljenog o dnevnoj konzumaciji opojne droge, koji je krajnje subjektivan, pristrasan, instrumentalizovan, neproverljiv i podložan kalkulisanju i arbitrarnosti, s ciljem upodobljavanja odbrane pronađenoj količini opojne droge, već na objektivnim parametrima. Teret dokazivanja da je u pitanju velika količina opojne droge je na javnom tužiocu, koji mora da zauzme jasan stav, baziran na objektivnim i uporedivim kriterijumima, i da ostane konzistentan tokom celog postupka.¹³

Postavlja se pitanje koji su to parametri koje bi javni tužilac trebalo da koristi da bi doneo odluku o obliku krivičnog progona i da li su oni održivi i merodavni prilikom adjudikacije. Bilo bi preporučljivo da javni tužilac pre determinisanja pravne kvalifikacije krivičnog dela razmotri okolnosti koje se tiču pronađene opojne droge, gde spada vrsta opojne droge, odnosno da li je reč o težim opojnim drogama, kao što su kokain i heroin, ili pak blažim, kao marihuana, njen kvalitet, tj. koliki je procenat droge u smeši, kao i pojedinačna i ukupna količina, te da li je ona dovoljna za duži period konzumacije i da li višestruko prevazilazi dnevne potrebe jednog prosečnog zavisnika od opojne droge. Relevantne mogu biti i okolnosti vezane za način pakovanja, tačnije da li je droga u grumenu ili je podeljena na veći broj paketića, kao i koji je broj tih paketića i koje su oni gramaže. Ako su paketići različite gramaže i u takvim dozama da nijedan ne odgovara onome što je okrivljeni izjavio da su njegove svakodnevne dnevne količine, ti argumenti osporavaju odbranu okrivljenog u pogledu manipulativnih navoda da je hteo da drži drogu za sopstvenu upotrebu. Treba ceniti i okolnosti konkretnog krivičnog događaja, odnosno način i mesto gde je okrivljeni držao opojnu drogu, što upućuje na njegov umišljaj i svest da drži manju, odnosno veliku količinu opojne droge, kao i da li su kod okrivljenog pronađeni drugi predmeti povezani sa konzumiranjem ili distribuiranjem opojnih droga, kao što su vaga za precizno merenje, kesice za opojnu drogu, supstance sa kojima se opojna droga meša, novac, mobilni telefoni itd.

¹² Zoran Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2005, 40.

¹³ Gordana Krstić, „Doprinos javnog tužilaštva unifikaciji prava“, Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović *Unifikacija prava i pravna sigurnost* (ur. Jele- na S. Perović Vujačić), tom IV, Beograd, 2020, 98.

Sledeća grupa merila od značaja za nivelisanje količine opojne droge jesu ona vezana za ličnost okrivljenog, odnosno motive zbog kojih je nabavio nedozvoljene supstance, tok i oblik zavisnosti od opojne droge i njegovo aktuelno psihičko stanje, učestalost konzumiranja opojne droge, njegove lične i porodične prilike i raniju osuđivanost, odnosno da li je okrivljeni povratnik i da li je ranije vršio isto ili isto-vrsno krivično delo, npr. da li je osuđivan za držanje manje količine opojne droge, ili za prodaju, omogućavanje uživanja itd.

Čak i u slučaju da se optužni akt javnog tužioca temelji na navedenim okolnostima, krajnju potvrdu valjanosti dobija tek donošenjem meritorne odluke suda. Sud nije vezan za okolnosti koje je javni tužilac koristio prilikom obrazlaganja optužnice da je u pitanju velika količina opojnih droga, već u svakom pojedinačnom slučaju ima pravo slobodnog sudijskog uverenja, od kog zavisi da li će se sud prikloniti odbrani okrivljenog da je opojnu drogu koristio za sopstvenu upotrebu u manjoj količini s ciljem minimiziranja krivice, ili će pak prihvatiti argumentaciju javnog tužioca da se pronađena opojna droga ne može tretirati kao manja, već kao velika.

Međutim, bez obzira na zalaganja stranaka od izuzetne važnosti za pravnu sigurnost jeste da sud prilikom pravnog rezonovanja ispolji interpretativnu inicijativu i formira konzistentan i sveobuhvatan stav baziran na održivim i pouzdanim kriterijumima o velikoj, odnosno manjoj količini opojne droge. Držeći se principa legaliteta pozitivnog prava, sudija putem primene interpretativnog zakonskog teksta, postaje akter dosuđene pravičnosti kao univerzalne pravde i stožerne vrline čoveka i svih njegovih asocijacija. Njegova odluka mora da preživi vreme, ne samo ono u kome je donesena, već i svako drugo vreme, jer to je slika (možda i spomenik pravde) spornog odnosa koji je on rešio.¹⁴ Jedino takvo postupanje suda afirmiše generalnu i specijalnu prevenciju i ukazuje na odlučan način suzbijanja ove opasne vrste kriminaliteta.

NEOVLAŠĆENO DRŽANJE OPOJNIH DROGA U NEMAČKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

U Saveznoj Republici Nemačkoj ovo krivično delo predviđeno je u medicinskom, zdravstvenom zakonodavstvu, ali se prilikom odmeravanja propisane kazne učiniocu primenjuju odredbe Krivičnog zakona.¹⁵ Saglasno tome, kažnjivo je

¹⁴ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2018, 196.

¹⁵ Dragan Jovašević, „Neovlašćena proizvodnja i promet opojnih droga u savremenom krivičnom pravu (Nemačka, Švajcarska, Francuska, Rusija)“, *Droga i narkomanija – pravni, kriminološki, sociološki i medicinski problemi*, (ur. Milena Milićević, Ivana Stevanović), Beograd, 2020, 218.

prema čl.29 st.1 tač.3 Zakona o prometu opojnih droga,¹⁶ između ostalog, i držanje opojnih droga od strane lica koje nema pisanu dozvolu za njihovo sticanje. U istom članu inkriminirani su i drugi oblici izvršenja krivičnog dela, kao što su: neovlašćena proizvodnja, trgovina, uvoz, izvoz, prodaja, predaja, nabavka ili na drugi način stavljanje u promet opojnih droga,¹⁷ kao i proizvodnja preparata bez dozvole nadležnog organa¹⁸ itd. Zaprećena je kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna, s tim što u naročito ozbiljnom slučaju kada je učinilac držao radi prodaje ili je nudio radi konzumiranja ugrožavajući zdravlje više lica može biti osuđen na kaznu zatvora u trajanju od najmanje jedne godine.¹⁹ Sud može učinioca i osloboditi od kazne ako uzgaja, proizvodi, uvozi, izvozi, nabavlja ili poseduje opojne droge u malim količinama za ličnu upotrebu.²⁰ Osim toga, u čl.29a istog Zakona predviđeno je da će se kazniti kaznom zatvora u trajanju od najmanje godinu dana učinilac stariji od 21. godinu, koji neovlašćeno stavlja na raspolaganje opojne droge licu mlađem od 18 godina, ili vrši neovlašćenu trgovinu opojnim drogama u nemalim količinama, ili ih proizvodi ili prodaje u maloj količini, ili ih drži, a da nije dobio dozvolu nadležnog organa.²¹

Može se napraviti razlika između male količine i nemale količine opojne droge. Ovi termini nisu uređeni zakonom, ali je sudska praksa krivičnih sudova nastojala da ustanovi relevantne kriterijume prilikom presuđenja oslanjajući se na odluke Saveznog ustavnog suda. Saglasno tome, Savezni ustavni sud je u rešenju Drugog senata od 9. marta 1994. godine²² razmatrao krivičnu odgovornost za upotrebu opojnih droga sa aspekta prava na slobodan razvoj ličnosti garantovanog čl.2 st.1 Ustava SR Nemačke,²³ i nepovredivost lične slobode, garantovane čl.2 st.2 Ustava SR Nemačke²⁴ i našao da krivičnopravne odredbe Zakona o prometu opojnih droga, koje kažnjavaju povremeno konzumiranje kanabisa u maloj količini

¹⁶ Zakon o prometu opojnih droga od 1. marta 2007. godine, *Savezni službeni glasnik I* str.358, poslednje izmene od 8. novembra 2021. godine, *Savezni službeni glasnik I* str.4791.

¹⁷ *Ibidem*, čl.29 st.1 tač.1.

¹⁸ *Ibidem*, čl.29 st.1 tač.2.

¹⁹ *Ibidem*, čl.29 st.3 tač.2.

²⁰ *Ibidem*, čl.29 st.5.

²¹ *Ibidem*, čl.29a st.1 tač.1 i tač.2.

²² BvefGE – 2 Bvl 43/92, 51/92, 63/92, 64/92, 70/92, 90/92, 2 BvR 2031/92.

²³ Ustav za Saveznu Republiku Nemačku od 23.05.1949. godine u verziji objavljenoj kao prečišćen tekst u *Saveznom službenom listu*, deo III, klasifikacija broj 100-1, poslednja izmena članom I Zakona od 29.09.2020. BGBl. I. S. 2048.

²⁴ *Ibidem*.

za ličnu upotrebu ne krše navedena prava i slobode, jer je zakonodavac predvideo mogućnost oslobođenja od kazne u skladu sa čl.29 st.5 Zakona o prometu opojnih droga²⁵ i odustanak od krivičnog gonjenja u skladu sa čl.153 Zakona o krivičnom postupku.²⁶ To proizlazi iz principa pravne države premda težina krivičnog dela i krivica učinioca moraju biti srazmerni krivičnoj sankciji. Ne postoji „pravo na opijenost“, a zakonodavac ima ovlašćenje da izvrši procenu i prognozu opasnosti koja pretili pojedincu i široj javnosti i ograniči rukovanje opojnim drogama i suzbije nezakonito tržište narkotika. Zdravstveni rizici od konzumiranja kanabisa su značajni, a njegova dugotrajna konzumacija može dovesti do poremećaja u ponašanju, letargije, osećaja anksioznosti i depresije, kao i razvijanja tzv. amotivacionog sindroma, stanja koje karakteriše apatija, pasivnost i euforija. Radi otklanjanja zdravstvenih rizika, posebno kod mlađe populacije, rizika od psihičke zavisnosti od kanabisa, kao i sa opšte preventivne tačke gledišta opravdano je zabraniti korišćenje ove vrste opojne droge. Odluka da se zloupotrebom komercijalno dostupnih opojnih droga, kao što je kanabis, naškodi sopstvenom zdravlju predstavlja odgovornost svakog konzumenta, ali bi obaveza države da pruži adekvatnu i efikasnu zaštitu bila poništena ako bi zakonodavac isključio kažnjivost iz razloga što druge vrste opijata, kao što je npr.alkohol mogu izazvati veću opasnost po zdravlje ljudi držeći se principa jednakosti.

U rešenju trećeg veća Drugog senata Saveznog ustavnog suda od 29. juna 2004. godine²⁷ ponovo je razmatrana ocena ustavnosti krivičnopravnih odredbi Zakona o prometu opojnih droga vezane za držanje kanabisa u saglasnosti sa pravom na slobodan razvoj ličnosti i principom jednakosti pred zakonom, garantovanim čl.2 i čl.3 Ustava.²⁸ Ovo iz razloga što je Državno tužilaštvo u Frankfurtu odbilo da primeni čl.31a Zakona o prometu opojnih droga²⁹ i protiv okrivljenog, kod kog je pronađena mešavina kanabisa i duvana u količini 1,5g i kesica kanabisa neto mase 3,6g, podnelo sudu zahtev za izricanje novčane kazne, premda je pronađena količina opojne droge znatno iznad tri potrošačke jedinice za koju se pretpostavlja da je mala količina. Nadležni sud je ipak zakazao glavni pretres i inicirao okončanje postupka po čl.31a Zakona o opojnim drogama zbog niskog stepena krivice, ali nadležno tužilaštvo nije dalo saglasnost. Sud je dalje smatrao da su odredbe

²⁵ Čl. 29 st.5 Zakona o prometu opojnih droga, op.cit.

²⁶ Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Nemačke od 7.4.1987, *Savezni službeni glasnik* I.str.1074, 1319, poslednja izmena članom 2 Zakona od 25.03.2022. godine, *Savezni službeni glasnik* I. str.571.

²⁷ BvefGE – 2 Bvl 8/02.

²⁸ Ustav za Saveznu Republiku Nemačku od 23.05.1949. godine, op.cit.

²⁹ Čl. 31a Zakona o prometu opojnih droga, op.cit.

Zakona o prometu opojnih droga, koje se odnose na zloupotrebu kanabisa, neustavne, prekinuo je postupak i na osnovu čl.100 Ustava SR Nemačke³⁰ zatražio mišljenje Saveznog ustavnog suda angažujući prethodno strane eksperte, koji su bili na stanovištu da je nizak zdravstveni rizik od zloupotrebe kanabisa, te da je propisivanje krivičnog dela neustavno, nesrazmerno i bez legitimne svrhe. Savezni ustavni sud je našao da je podnesak nadležnog suda neprihvatljiv, jer konkretna normativna kontrola nije instrument opšteg nadzora zakonodavne vlasti, niti ona zalazi u domen ispitivanja da li je konkretna inkriminacija najprikladnija, razumna ili pravična. Rasprava o tome da li zloupotreba kanabisa može biti eliminisana krivičnim pravom ili legalizacijom ove opojne droge je aktuelna i ne može se konstatovati da je konzumiranje kanabisa bezbedno, ali je zakonodavac taj koji ima prerogative procene i odlučivanja. Za alternativne načine postupanja nadležnih organa prilikom neovlašćenog držanja kanabisa važno je imati u vidu proporcionalnost u užem smislu, jer kada je stepen krivice učinioca nizak, kada je on držao kanabis u maloj količini za sopstvenu upotrebu zakonodavac omogućava nadležnim organima da odustanu od krivičnog progona ili ga oslobode od kazne. Savezni ustavni sud je tako naglasio značaj ingerencija krivičnog suda da vodi računa o ustavnoj zabrani prekoračenja u pojedinačnim slučajevima tako što će se na odgovarajući način uzdržati od kažnjavanja.

S obzirom na vertikalnu organizaciju vlasti u Nemačkoj, federalne jedinice, odnosno zemlje koncentrišu najveći deo administrativne vlasti i u tim okvirima donose uprave propise, koji sadrže smernice za državna tužilaštva da rešavaju ovu vrstu predmeta i ustanove praksu krivičnog gonjenja. Pojedine federalne jedinice postavljaju gornju granicu do koje se može odustati od krivičnog gonjenja, dok druge kao relevantnu uzimaju donju granicu razgraničenja kriminalne aktivnosti. Administrativni propisi federalnih jedinica o graničnim bruto količinama su na tom polju različiti, te tako npr. do 6g kanabisa u Bajernu, Hamburgu, Hesenu, Brandenburg, Nidersahsenu je mala količina, u Bremenu 15g, u Berlinu do 10g je obavezno uzdržavanje od krivičnog gonjenja, a do 15g je fakultativno pod uslovom da sadržaj THC ne sme da prelazi 45mg. Osim toga, u Bremenu je određeno da 1,6g amfetamina i 1g heroína čine malu količinu opojnih droga.³¹

Javni tužilac je ovlašćen u skladu sa čl.31a Zakona o prometu opojnih droga³² da uzme u obzir ove količine kada odlučuje o celishodnosti krivičnog gonjenja, te ukoliko je reč o maloj količini i javni interes za krivično gonjenje je minimalan,

³⁰ Ustav za Saveznu Republiku Nemačku od 23.05.1949. godine, op.cit.

³¹ MüKoStGB/Nobis, 4. Aufl. 2022, BtMG § 31a Rn. 25-27.

³² Čl. 31a Zakona o prometu opojnih droga, op.cit.

a učinilac opojne droge proizvodi, uvozi, nabavlja i drži za ličnu upotrebu, može doneti odluku da ne goni konkretnog učinioca.

Viši regionalni sud u Hamu³³ je zauzeo stav da je mala količina određena količinom do tri potrošačke jedinice povremenog potrošača. Zavisni učinioци koriste veće narkomanske doze po jedinici potrošnje. Važan je i aktivni sastojak, ali se on ne utvrđuje za male količine iz razloga proporcionalnosti i rasterećenja forenzičkih laboratorija, te se kao relevantna uzima bruto količina. Prema tome, nemala količina opojne droge postoji kada se prekorače granične vrednosti i zaprećena je kazna od najmanje jedne godine zatvora bez obzira na to da li je držanje bilo namenjeno za ličnu upotrebu.

PRAKTIČNI PROBLEMI

Kod krivičnih dela čiji predmet su opojne droge i druge supstance i preparati, čiji je promet zabranjen, količina je od centralnog značaja. U Srbiji nije striktno definisano zakonom šta je manja, a šta velika količina opojne droge, a u Nemačkoj šta je mala, a šta nemala količina. Nesporno je da tamo gde se završavala mala količina, započinje velika, odnosno nemala. Da bi se izbegla arbitrarna i paušalna tumačenja, važno je odrediti objektivne i kvantitativne kriterijume, koji bi se primenjivali u konkretnim slučajevima, a radi garancije pravne sigurnosti, pravičnosti i predvidljivosti u postupanju državnih organa.

Jurisprudencija je u Srbiji u više navrata razmatrala pitanje manje količine opojne droge, koju okrivljeni drži za sopstvenu upotrebu i količine koju je okrivljeni namenio za prodaju posebno od 2009. godine, kada je faktično držanje izdvojeno iz zakonskog opisa krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga. U presudi Apelacionog suda u Kragujevcu Kž.br.2878/10 od 11. aprila 2010. godine izveden je zaključak da činjenice da se okrivljeni nije lečio od zavisnosti od opojnih droga, da je ranije osuđivan za istovrsno krivično delo, da je u njegovim čarapama pronađena opojna droga heroin u količini od 17,50g, jasno ukazuje da je opojnu drogu neovlašćeno držao radi prodaje. Takođe, opojna droga je neovlašćeno držana radi prodaje kada je optuženi heroin držao upakovan u pet kesica u sportskim patikama (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž.br.1211/03 od 21. oktobra 2003. godine).³⁴ Vrhovni sud Srbije je istakao i da je „prvostepeni sud

³³ OLG Hamm Beschl. v. 4.4.2017– 1 RVs 23/17, BeckRS 2017, 122294; BayObLG Urt. v. 14.2.1995 – 4St RR, 170/94 BeckRS 1995, 7931, → § 29 Rn. 928.

³⁴ Nataša Delić, „Krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga – zakonodavstvo, teorijski stavovi i sudska praksa“, *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đorđe Ignjatović), *Crimen*, Beograd, 2011, 171-172.

pravilno utvrdio da je okrivljeni držao drogu radi sopstvene upotrebe u situaciji kada je kod njega pronađeno šest paketića opojne droge heroin ukupne količine 1,58g, a radi se o heroinskom zavisniku, bez obzira što je u pitanju lice koje je ranije osuđivano za neovlašćeni promet drogom.“ (presuda Kž.br.2245/06 od 19. decembra 2006. godine). Dalje, kada je kod okrivljenog pregledom pronađena opojna droga heroin u količini od 1,33g upakovana u četiri paketića koje je poneo sa sobom prilikom izlaska u grad, pravilno je prvostepeni sud našao da je okrivljeni opojnu drogu nabavio za sopstvene potrebe i da nema dokaza da je držao radi prodaje (Kž.br.763/08 od 24. aprila 2008. godine). Prvi osnovni sud u Beogradu je u presudi konstatovao da postoji krivično delo neovlašćeno držanje opojnih droga kada je kod okrivljenog koji je u vreme izvršenja predmetnog krivičnog dela bio konzument heroina prilikom pregleda od strane Interventne jedinice 93 u donjem vešu pronađen paketić PVC folije u kojoj se nalazilo 0,28g heroina (2K.br.22306/2010 od 23.03.2011. godine).³⁵ Uprkos ovakvom restriktivnom tumačenju pojma manje količine opojne droge, u novijoj sudskoj praksi zastupljene su i tendencije ekstenzivnog shvatanja. Sledstveno tome, u odluci Apelacionog suda u Kragujevcu je konstatovano da krivično delo iz čl.246a st.1 KZ postoji kada je kod okrivljenog nađena opojna droga heroin u količini od 39,3g i opojna droga marihuana u količini od 5,3g i jedan džoint neto mase 0,3g, a uzevši u obzir sledeće okolnosti: da je okrivljeni zavisnik od opojnih droga čija dnevna doza prema nalazu veštaka iznosi oko 5g heroina i da opojna droga nije bila razmerena niti upakovana u paketiće (Kž.br.1454/2014). Isti stav ovaj sud zastupa i u slučaju kada je kod okrivljenog koji se nalazi u početnoj fazi psihičke zavisnosti od opojne droge pronađeno 93,53g maruhane (Kž.br.192/2018).³⁶

U Srbiji nije precizno ni sudska praksa utvrdila egzaktno smernice za postupanje premda se potreba razlikovanja manje od velike količine opojne droge javila tek krajem 2019. godine zbog uvođenja težeg oblika krivičnog dela neovlašćeno držanje opojnih droga. Nacionalni centar za kriminalističku forenziku vrši ispitivanja i daje nalaz o tome da li pronađena materija predstavlja psihoaktivnu kontrolisanu supstancu,³⁷ uz navođenje bruto težine paketa i sastojaka u smeši. Samo izuzetno se meri količina aktivnog sastojka, odnosno psihoaktivne supstance u smeši iako je on važan posebno ako se dokazuje velika količina zbog utvrđivanja čistoće i razblaživanja.

³⁵ N. Delić, *Ibidem*, 185-186.

³⁶ Nataša Delić, „Odredbe čl.246, 246a i 247 Krivičnog zakonika Srbije u svetlu najnovijih izmena i dopuna“, *Pravni život*, br. 9, Tom I, 2019, Beograd, 87.

³⁷ Pravilnik o utvrđivanju Spiska psihoaktivnih kontrolisanih supstanci, *Službeni glasnik RS*, br. 70/2021.

Teret dokazivanja da je u pitanju velika količina opojne droge je na javnom tužiocu, koji mora da zauzme jasan stav, baziran na objektivnim i uporedivim kriterijumima, i da ostane konzistentan tokom celog postupka. Ekstenzivno tumačenje velike količine opojne droge može negativno uticati na položaj i prava okrivljenog u krivičnom postupku, a restriktivan stav je latentna opasnost za pravni sistem, generalnu i specijalnu prevenciju i valjan način suzbijanja kriminaliteta. Preciziranje granica krivičnopravne zaštite osnovnog oblika krivičnog dela prevashodno zavisi od toga kako će sudska praksa tumačiti pojam „manja količina“ opojne droge, koji je do sada, moglo bi se reći, imao „polivalentan“ značaj, odnosno u nekim odlukama je ovaj pojam vrlo usko tumačen, a u nekim krajnje ekstenzivno. Od rešenja koje bude prihvaćeno zavisi i definisanje okvira zone kažnjivosti novouvedenog težeg oblika krivičnog dela za koje je sada jedino nesporno da obuhvata držanje velike količine opojne droge za koju nije dokazano da se drži za sopstvenu upotrebu.³⁸

U Nemačkoj Zakon o opojnim drogama, kao deo sporednog krivičnopravnog zakonodavstva, nije odredio šta se smatra nemalom količinom opojne droge, čije držanje je uvek kažnjivo, ali je nesporno da je i Savezni ustavni sud u svojim odlukama potvrdio konzistentnost odredbi Zakona o opojnim drogama zaključujući da je zaštita zdravlja kako pojedinca, tako i društva u celini od opasnosti koje proizlaze iz zloupotrebe narkotika primarna i da društveni život zajednice treba da bude osmišljen na način da ga zakonodavac čuva od štetnih efekata, uz pogodovanje učinocima koji su neovlašćeno držali opojnu drogu u maloj količini za sopstvenu upotrebu pribegavanjem mehanizmima alternativnog načina rešavanja krivičnog postupka.

Pitanje o količini opojne droge je višedimenzionalno i nameće potrebu za uključivanjem ne samo pravnika, već i forenzičara i hemičara prilikom davanja odgovora. Činjenica da je zakonodavac ostavio javnom tužiocu i sudu na ocenu šta se smatra malom, a šta velikom količinom, ne znači da su ovi državni organi snabdeveni apsolutnim diskrecionim ovlašćenjem da ocenjuju postojanje ili nepostojanje relevantnih činjenica. Slobodna ocena dokaza u smislu čl.16 srpskog Zakonika o krivičnom postupku,³⁹ odnosno čl.261 nemačkog Zakona o krivičnom postupku,⁴⁰ koja ovlašćuje sud da izvedene dokaze od značaja za donošenje sudske odluke ceni prema okolnostima konkretnog slučaja ne pretpostavlja da je

³⁸ Nataša Delić, *Krivično pravo Posebni deo*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2022, 279-280.

³⁹ Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br.72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021, 62/2021.

⁴⁰ Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Nemačke od 7.4.1987, op.cit.

sud slobodan pri obrazlaganju pravnih zaključaka u presudi, on je ograničen zakonom, a ako zakonom nije uređeno određeno pitanje, pravnu prazninu mora tumačiti u skladu sa Ustavom i drugim objektivnim normama. Slobodno sudijsko ubedeenje ne podrazumeva apsolutnu diskreciju i samovolju u odlučivanju i ne može se shvatiti kao osnova voluntarizma i improvizacije kakve bilo vrste, jer garancija od samovolje suda je njegova dužnost da obrazloži razloge kojima se rukovodio pri odlučivanju.⁴¹ Kao argumentovane i ubedljive razloge za oslobađajuću odluku ne bi trebalo prihvatiti one koje su tesno skopčane za odbranom okrivljenog o količini dnevnog unosa droge i tvrdnju da je ranije konzumirao tu drogu, već ih je potrebno provući kroz filter nepristrasnih merila, kao što je to slučaj sa nemačkom sudskom praksom, koja protivpravnost krivičnog dela i krivicu učinioca determiniše na osnovu vrste, količine opojne droge, ali i sadržaja aktivnog sastojka oduzete opojne droge uz načelno pravilo da se količina do tri potrošačke jedinice povremenog korisnika mogu tretirati kao mala količina. S tim u vezi, valja napomenuti i da prosečna potrošnja i dejstvo opojnih droga se razlikuje s obzirom na vrstu učinioca, te tako postoje lica koja su faktički držala drogu radi probe, oni koji to čine usled zavisnosti i oni koji to čine radi prodaje. Kako bi se izrekla pravična krivična sankcija konkretnom učiniocu ne može se izolovano posmatrati izjava učinioca o narkomanskim dozama na dnevnom nivou i to pravdati slobodnom ocenom dokaza, već je bitno iskazati spremnost i rešenost za jezgrovito i sistemsko popunjavanje zakonskih praznina.

ZAKLJUČAK

Držanje opojnih droga je propisano kao krivično delo i u Srbiji i u Nemačkoj. Koliko god se radilo o narušavanju sopstvenog zdravlja i sferi privatnosti, države imaju obavezu da zaštite građane od devijantnog ponašanja, prekomerne upotrebe opojnih droga i spreče tako posredno širenje i rasturanje opojnih droga među populacijom. Države moraju preko svojih organa da pošalju strogu, ali odgovornu poruku za obračunavanje sa takvom vrstom kriminaliteta i zloupotrebom opojnih droga umesto proizvoljnog tumačenja koje može da naškodi budućim slučajevima, dovede do toksikomanije pojedinaca i motiviše okrivljene da distribuiraju drogu višekratno u manjim količinama kako bi izbegli strože kazne. Lečenje u smislu primene odgovarajućih medicinskih mera prema konzumentu nije adekvatno i dovoljno, već je nužno zbog javnog interesa i jačanja generalne i specijalne prevencije, inkriminisati takvo ponašanje i izricati krivične sankcije.

⁴¹ Milan Škulić, „Presuda makedonskog Ustavnog suda 169/2016-0-1 o Zakonu o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne sa komentarom“, *Kopra*, br.2/2018, Beograd, 2018, 59.

Zakonodavci obe države su pri normiranju neovlašćenog držanja opojnih droga pribegli takvoj zakonodavnoj tehnici da su koristili tzv. kaučuk norme ne definišući niti u samom zakonskom tekstu, niti u odredbi o korišćenim izrazima šta predstavlja manju, a šta veliku količinu, odnosno šta je mala, a šta nemala količina opojne droge.

U Srbiji postoji ogromna diskrepanca u zaprećenoj kazni kad se opojna droga drži u manjoj količini u odnosu na njeno držanje u velikoj količini i tu je javni tužilac, kao rukovodilac predistražnog postupka, stavljen u nezavidan položaj da treba po pronalasku opojne droge kod osumnjičenog da odluči za koji oblik krivičnog dela će preduzeti krivično gonjenje. Radi se o relativno novoj odredbi uvedenoj od decembra 2019. godine, te se očekuje da se radi pravilne i ujednačene primene prava utvrde merila za razlikovanje manje i velike količine opojne droge.

U Nemačkoj uživaoci opojne droge imaju suženo manevarsko polje za kalkulisanje, u sporednom zakonodavstvu, odnosno u Zakonu o prometu opojnih droga predviđeno je više različitih oblika radnji izvršenja krivičnog dela u vezi sa zloupotrebom opojnih droga. U zavisnosti od težine, načina izvršenja i količine opojne droge postoji gradacija u pogledu zaprećene kazne, a sve radi sistematičnog, pravičnog i efikasnog postupanja. U ustavnosudskoj praksi u više značajnih odluka raspravljano je i o kažnjavanju za držanje opojne droge kanabis i sa aspekta povrede prava garantovanih tzv. Osnovnim zakonom, ali i o saglasnosti odredbi Zakona o prometu opojnih droga u postupku normativne kontrole. To je od izuzetnog značaja, jer je data šira analiza opasnosti od zloupotrebe od kanabisa, ali je i ukazano na važnost i opravdanost kažnjavanja i njenu proporcionalnost u svakom pojedinačnom predmetu.

GORDANA KRSTIĆ

Deputy of the Prosecutor

The Second Basic Public Prosecutor's Office in Belgrade

THE QUANTITY OF DRUGS AS A FAIR LIMIT OF THE CRIMINAL ZONE IN SERBIAN AND GERMAN CRIMINAL LEGISLATION

Summary

This paper analyzes the quantity of drugs that is relevant under criminal law and which justifies the intervention of competent authorities using the comparative method with reference to relevant solutions in Serbian and German criminal law. Due to the importance of drug-related crime and the fact that drug misuse harms the health and wellbeing of too many people, state authorities must give appropriate importance to this topic and take reactions that are proportional to the degree

of danger and guilty of the perpetrator, striving to achieve the criteria of justice and fairness. This is also confirmed by the example of the Federal Republic of Germany, although punishment for illegal possession of cannabis was the subject of decision of the Constitutional Court. In the Republic of Serbia, the Criminal Code was relatively recently changed in that way that the illegal possession of drugs in large quantities is prescribed as criminal offence. But, there is no definition of that term and that opened up new interpretations for all parties in criminal procedure. The public prosecutor has very significant role in this field while he conducts pre-investigation process and investigation. Also, the court has to manifest interpretative initiative and to consider all circumstances regarding criminal offence and concrete accused in order to make legal, strongly and fairly decision.

Key words: narcotic, unlawful possession of narcotics, investigation, jurisprudence

Literatura

- Bajović V., „Zloupotreba opojnih droga i legitimnost krivičnopravne zaštite“, *Crimen*, br.3/2017, Beograd, 2017.
- Čirić J., „Borba protiv droge putem dekriminalizacije – slučaj Portugalije“, *Strani pravni život*, br.2, Beograd, 2012.
- Delić N., „Krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga – zakonodavstvo, teorijski stavovi i sudska praksa“, *Kaznena reakcija u Srbiji*, (ur. Đorđe Ignjatović), *Crimen*, Beograd, 2011.
- Delić N., *Krivično pravo Posebni deo*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2022.
- Delić N., „Odredbe čl.246, 246a i 247 Krivičnog zakonika Srbije u svetlu najnovijih izmena i dopuna“, *Pravni život*, br.9, Tom I, 2019, Beograd.
- Delić N., „Unlawful possession of narcotics (Article 246a of the Serbian Criminal Code): Progressive or regressive Regulation“, *Droga i narkomanija – pravni, kriminološki, sociološki i medicinski problemi*, (ur. Milena Milićević, Ivana Stevanović), Beograd, 2020.
- Duzlevski I., Pantelić N., *Priručnik za krivični postupak*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Jovašević D., „Neovlašćena proizvodnja i promet opojnih droga u savremenom krivičnom pravu (Nemačka, Švajcarska, Francuska, Rusija)“, *Droga i narkomanija – pravni, kriminološki, sociološki i medicinski problemi*, (ur. Milena Milićević, Ivana Stevanović), Beograd, 2020.
- Krstić G., „Doprinos javnog tužilaštva unifikaciji prava“, Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović *Unifikacija prava i pravna sigurnost*, (ur. Jelena S. Perović Vujačić), tom IV, Beograd, 2020.
- Lazarević Lj., *Komentar Krivičnog zakonika*, Pravni fakultet Union, Beograd, 2011.
- Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2018.
- Stojanović Z., *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2005.
- Stojanović Z., *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006.

Stojanović Z., *Krivično pravo Posebni deo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2022.

Škulić M., „Osnovne krivičnopravne konsekvence upotrebe zabranjenih psihoaktivnih supstanci“, „*Droga i narkomanija – pravni, kriminološki, sociološki i medicinski problemi*“, (ur. Milena Milićević, Ivana Stevanović), Beograd, 2020.

Škulić M., „Presuda makedonskog Ustavnog suda 169/2016-0-1 o Zakonu o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne sa komentarom“, *Kopra*, br. 2, Beograd, 2018.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

PRAVO NA ŽIVOT I NARUČENA UBISTVA

Pravo na život, kao vrhunsko ljudsko pravo, proklamovano je mnogim međunarodnim i domaćim propisima, te uživa najveći stepen zaštite, a pre svega, kroz krivičnopravnu zaštitu. Međutim, u praksi se ovo osnovno ljudsko pravo često krši, prvenstveno do strane drugih lica kroz razne oblike ubistava i drugih krivičnih dela. Jedno od tih ubistava je i tzv. naručeno ubistvo, kod koga se uspostavlja specifičan odnos između „naručioca ubistva“ i „izvršioca ubistva“, s jedne strane, te „žrtve ubistva“, s druge strane. Kao ubistvo sa nečasnim motivom, naručeno ubistvo se smatra teškim krivičnim delom, za koje su propisane veoma stroge kazne, a posle ubistva deteta, smatra se najgnusnijim ubistvom. Naručena ubistva su prisutna svuda u svetu, pa i u Srbiji, ali je o njima kod nas veoma malo pisano u stručnoj literaturi. To bi ubuduće trebalo promeniti, odnosno da se pravni i drugi stručnjaci pozabave fenomenom „naručenog ubistva“, te da se sprovedu i određena istraživanja, a sve u cilju sprečavanja ovakvih ubistava, kojima se na najgrublji način ugrožava pravo na život.

Ključne reči: pravo na život, naručeno ubistvo, teško ubistvo, nečasni motiv

U V O D

Pravo na život, kao elementarno i vrhunsko pravo, u hijerarhiji ljudskih prava nalazi se na samom vrhu. Ono je osnov i uslov postojanja svih drugih ljudskih prava i sloboda. Život je najznačajnija vrednost čoveka, a pravo na život je pretpostavka svih drugih prava. Pravo na život je proklamovano mnogim međunarodnim dokumentima, kao i domaćim propisima. Međutim, ovo osnovno ljudsko pravo

se u mnogim slučajevima krši, najčešće od strane drugih lica, bilo da se radi o krivičnom delu ubistva ili nekim drugim krivičnim delima. Postoje mnoge vrste ubistava, a jedno od njih je tzv. naručeno ubistvo (ubistvo po ugovoru, plaćeno ubistvo, ubistvo za nagradu, i sl.). Ova vrsta ubistva, posle ubistva deteta, predstavlja najgnusniji oblik ubistva koje izaziva najveću osudu javnog mnjenja. O naručenim ubistvima nije puno pisano u našoj stručnoj literaturi, ali ova vrsta ubistva je veoma zastupljena u sredstvima javnog informisanja.

Naručeno ubistvo se obično smatra kao teško ubistvo iz niskih i nečasnih motiva zbog kojih se vrši, a od drugih ubistava se razlikuje i po tome što se ovde uspostavlja poseban odnos između naručioca ubistva i samog izvršioca ubistva s jedne strane, i žrtve ubistva, s druge strane.

Kod naručenih ubistava prisutna je veoma velika „tamna brojka“, jer veliki broj ovih ubistava ostaje nerazjašnjen.

PRAVO NA ŽIVOT

Život je najznačajnija vrednost čoveka, a pravo na život je pretpostavka svih drugih prava. Naime, život čoveka je prirodna kategorija, dok je pravo na život prirodnopravna kategorija.¹ U odluci *Sterletz, Kessler i Krenz protiv Nemačke* iz 2001. godine, Evropski sud ističe da je „pravo na život neotuđivi atribut ljudskog bića i predstavlja vrhovnu vrednost na lestvici ljudskih prava“. Pravo na život čoveka, kao najvažnije pravno dobro, odnosno dobro najveće vrednosti pravnog poretka, štiti se odredbama krivičnog prava od trenutka rođenja, pa do momenta smrti.² Pravo na život mora, dakle, od strane pravnog poretka biti zaštićeno odgovarajućim pravnim normama, a najjači vid zaštite je krivičnopravna zaštita. Mnoga međunarodna dokumenta, kao i domaći propisi, pravo na život svrstavaju u sam vrh ljudskih prava i sloboda.

Nesporno je da normativnom planu život čoveka uživa mnogostruku zaštitu, jer za lišenje života krivični zakoni propisuju veoma stroge kazne. Međutim, u stvarnosti je život čoveka ugrožen na razne načine, počev od različitih oblika ubistava, a zatim kroz druga krivična dela koja za posledicu imaju smrt nekog lica (terorizam, izazivanje opšte opasnosti, ugrožavanje javnog saobraćaja i dr). Jedan oblik ugrožavanja prava na život su i tzv. naručena ubistva (ubistva za nagradu, ubistva po ugovoru), o kojima će biti više reči u nastavku.

¹ Nedeljko Jovančević, „Pravo na život i njegova zaštita u međunarodnom krivičnom pravu“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2002, 3.

² Dragiša Drakić, „Krivičnopravna zaštita prava na život koji nije vredan življenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, 2013, 230.

NARUČENO UBISTVO

Postoje mnoge vrste ubistava, a jedna od njih je tzv. naručeno ubistvo (ubistvo za nagradu, ubistvo po ugovoru).³ Postoje različite definicije naručenog ubistva, a ovde dajemo dve takve definicije. Naručeno ubistvo (ubistvo za najam) je namerno lišavanje života drugog lica koje izvrši izvršilac u ime ili u interesu naručioca uz naknadu.⁴ Najamno ubistvo je umišljajno nanošenje smrti drugom licu, koje je izvršila grupa lica, koja obavezno uključuje organizatora (naručioca) i izvršioca (unajmljenog ubicu), koji su svakako različita lica, a neposredni izvršilac učestvuje u krivičnom delu za nagradu koju je primio od organizatora neposredno ili preko posrednika.⁵ Ovde prvenstveno koristimo termin „naručeno ubistvo“, jer se kod ovog ubistva pojavljuje određena osoba koja želi smrt nekog lica i traži osobu koja je spremna za nagradu (ili neku drugu korist) da liši života žrtvu, odnosno naručilac ubistva „naručuje“ (ugovara) izvršenje ubistva. Obično naručilac ubistva i plaća naknadu izvršiocu ubistva, ali u nekim slučajevima, npr., ako je naručilac ubistva kriminalna organizacija ili država (tj. njene službe bezbednosti), plaćanje izvršioca ubistva može i da izostane, ako se npr. izvršiocu ubistva obeća napredovanje u kriminalnoj organizaciji ili državnoj službi, ili eventualno neka druga korist.

Ubistvo po ugovoru (naručeno ubistvo), jeste kolokvijalni naziv za ubistvo koje izvršilac vrši za novac (ili neku drugu korist) za račun nekog lica (naručioca) koji želi smrt žrtve, ali nije sposobno ili voljno da samo izvrši ubistvo. Motiv zbog koga naručilac ubistva želi smrt žrtve mogu biti različiti (npr. ljubomora, eliminacija bračnog partnera, isključenje iz nasleđa, uklanjanje konkurencije i sl.), a motiv izvršioca ubistva je koristoljublje (novac ili neka druga korist, kao npr. sticanje ili zadržavanje imovinskih prava, oslobađanje od materijalnih troškova ili materijalnih obaveza).

O ovoj vrsti ubistva veoma je malo pisano u domaćoj stručnoj literaturi, a najčešće se udžbenicima krivičnog prava i komentarima krivičnog zakonika, kod krivičnog dela teškog ubistva iz koristoljublja kao primer navodi „ubistvo za

³ Contract killing (killing for money, paid killing) – engl., auftragsmord – nem., omicidio a contratto – ital., sicariato – špan., убийство на заказ (заказное убийство, убийство по найму) – rus.

⁴ Драпкин Л. Я., Долинин В. Н., Шкулин А. Е., „Убийства по найму: Понятие, криминалистическая характеристика, раскрытие и расследование“, *Уголовный процесс и криминалистика*, br. 2, 2008, 35.

⁵ Александр Диевич Кутын, „Криминологическая характеристика и предупреждение убийств, совершаемых по найму“, *Dissercat*, Электронная библиотека диссертаций, 2004, <https://www.dissercat.com/content/kriminologicheskaya-kharakteristika-i-preduprezhdenie-ubiistv-sovershaemykh-po-naimu>, 29. 7. 2022.

nagradu“⁶, dok se u jednom članku detaljnije razmatra naručeno ubistvo.⁷ U stranoj literaturi je mnogo više pisano o ovoj vrsti ubistva,⁸ a vršena su i određena istraživanja.

Naručeno ubistvo predstavlja oblik teškog ubistva zbog niskih (nečasnih) pobuda zbog kojih se vrši, a od drugih oblika ubistva se razlikuje po tome što se kod ovog ubistva uspostavlja specifičan odnos između „naručioca ubistva“ i „izvršioca ubistva“, s jedne strane i „žrtve ubistva“ s druge strane. Naručilac ubistva može biti bilo koje lice koje može da plati usluge izvršioca ubistva, zatim to mogu biti kriminalne organizacije, te država, odnosno određeni državni organi (najčešće službe bezbednosti). Motivi zbog kojih naručilac ubistva želi smrt nekog lica (žrtve) mogu biti veoma različiti.⁹ Kada se kao naručioci pojavljuju pojedinci, najčešći motiv je eliminacija bračnog partnera, bilo da supruga angažuje ubicu da ubije njenog muža, ili muž angažuje plaćenog ubicu da ubije njegovu suprugu. Primeri iz prakse ukazuju koji su sve motivi pojedinca da naruči ubistvo neke osobe. Tako, npr. u jednom slučaju ljubavnica je platila ubici da ubije suprugu njenog ljubavnika, dok je u drugom slučaju žena angažovala ubicu da ubije novu devojkicu svog bivšeg muža. U nekim slučajevima naručilac ubistva plati ubicu da ubije svedoka, policajca, tužioca ili sudiju, a vezano za krivični postupak koji se vodi protiv naručioca ubistva ili nekog drugog lica. U jednom slučaju suvlasnik noćnog kluba je angažovao plaćenog ubicu da ubije gradonačelnika i advokata, zbog njihove uloge u zatvaranju kluba, dok je u drugom slučaju biznismen platio ubici da ubije njegovog konkurenta. Česti su slučajevi da određeni pojedinci naruče ubistvo novinara koji piše o kriminalu i slično.

⁶ V. Zoran Stojanović, *Komentar KZ*, Beograd, Službeni glasnik, 2007, 326; Ljubiša Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije (posebni deo)*, Savremena administracija Beograd, 1995, 207; Dragoljub Atanacković, *Krivično pravo (posebni deo)*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1985, 140; Ljubiša Jovanović, Vojislav Đurđić, Dragan Jovašević, *Krivično pravo (posebni deo)*, Službeni glasnik, Beograd, 111.

⁷ Zoran Đurđević, Nenad Radović, Slaviša Sovtić, „Ubistva koja su izvršile organizovane kriminalne grupe“, *Zbornik KPU: Nasilje u Srbiji – uzroci, oblici, posledice i društvena reakcija*, tom I, Криминалистичко-полицијска академија / Фондација „Ханс Зајдел“, 2014, 277–288.

⁸ O sličnostima i razlikama između naručenog ubistva i ubistva i ubistva u ratu, te ubistva pri izvršenju smrtno kazne v. Laurie Calhoun, „The Phenomenology of Paid Killing“, *The International Journal of Human Rights*, Volume 6, Issue 1, 2002.

⁹ Blackshaw, R. E. je istražio motivacione obrasce kod naručenih ubistava, a svi slučajeve su grupisani u sledećih pet kategorija zasnovanih na motivima: seksualno-intimne veze; neintimni porodični odnos; poslovni odnos; kriminalna mreža i neodređeno – v. Miroslava Yaneva, Maria Ioannou, Laura Hammond, John Synnott, „Differentiating Contract Killers: A Narrative-Based Approach“, *The Howard Journal*, Vol. 57, No. 1, 2018, 107–123.

Kada se kao naručilac ubistva pojavljuju kriminalne grupe, motivi ubistva su uglavnom neraščišćeni odnosi u vezi sa trgovinom drogom i drugim nezakonitim aktivnostima, eliminisanje članova konkurentne kriminalne grupe, disciplinovanje članova svoje kriminalne grupe, eliminisanje saradnika policije, a i ovde se pojavljuju naručena ubistva predstavnika državnih organa zaduženih za borbu protiv kriminaliteta, kao i ubistva novinara.

Kada se kao naručilac ubistva pojavljuje država,¹⁰ odnosno njene službe bezbednosti, motiv naručenog ubistva može biti eliminisanje navodnog državnog neprijatelj,¹¹ eliminacija protivnika režima ili opozicionih lidera, te novinara koji kritički pišu i slično.

Izvršilac naručenog ubistva može biti bilo koje lice koje ubistvom nekog lica želi „zaraditi“ novac ili ostvariti neku drugu korist, a najčešće su to bivši profesionalni vojnici ili policajci,¹² kao i lica koja poznaju određene veštine (borilačke veštine i drugo). U nekim zemljama kao izvršioci naručenog ubistva pojavljuju se i policajci koji se nalaze u službi policije.¹³ Dakle, motiv izvršioca ubistva da prihvati ugovor sa naručiocem ubistva jeste novac ili neka druga korist. Jedna studija ukazuje na četiri različita tipa ubica u ponašanju (psihološkom smislu), koji koriste različita „sredstva“ (pristup zločinu) da bi postigli iste „ciljeve“ (materijalnu korist).¹⁴ U nekim zemljama Južne Amerike, a pre svega u Kolumbiji, zatim u Meksiku,

¹⁰ O naručenim ubistvima od strane države v. Đorđe Ignjatović, „Kriminalitet države“, *Kaznena reakcija u Srbiji. (V deo)*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2015, 33; Aleksandar Fatić, „Nezakonita obaveštajna operativa“, *Revija za bezbednost*, broj 2, 2010, 151–167 (ubistva koja su naručile obaveštajne službe Izraela i dr.).

¹¹ U toku 1998 godine visoki državni funkcioneri u Španiji su pokušali da operacijama pranja kriminlnog novca finansiraju ubistva pojedinaca za koja su pretpostavljali da pripadaju Baskijskom separatističkom pokretu (ETA), jer plaćene ubice nisu mogli platiti iz državnog budžeta – v. detaljnije A. Fatić, „Osnovni aspekti borbe protiv organizovanog kriminala na Balkanu“, *Međunarodni problemi*, br. 1–2, 2005, 87–88.

¹² Zvaničnik Dominikanske Republike izjavio je da bivši policajci učestvuju u skoro svim naručenim ubistvima, od kojih je većina u obračunima oko trgovine drogom, Inspector General Francisco Dominguez Brito, „Ex-Police Contract Killers in Dominican Republic“, *Caribbean*, 9. 6. 2014, <https://insightcrime.org/news/brief/majority-of-contract-killings-in-dominican-republic-involve-ex-police-inspector-general/>, 6. 8. 2022.

¹³ Policajac iz Meksika je 20 godina bio u službi, a istovremeno je radio i za kartel Huarez, a za to vreme izvršio je oko 250 naručenih ubistava, te je dobijao platu kao policijski službenik, te naknadu od kartela – v. detaljnije: Ruy Alberto Valdés Benavides, *Who becomes a sicario and why? A supply-side analysis of Mexican hitmen*, Institute of Social Studies, The Hague, The Netherlands, 2005, 46. U Južnoafričkoj Republici je uhapšeno 20 policajaca, koji su, između ostalog, vršili i naručena ubistva – V. detaljnije: „c“, Agencija SRNA 20. 6. 2012.

¹⁴ V. detaljnije: M. Yaneva, M. Ioannou, L. Hammond, J. Synnott, op. cit., 107–123.

plaćene ubice vrše veliki broj ubistava za potrebe kriminalnih kartela. Na veb-sajtu Vikipedija nalazi se lista najpoznatijih lica koja su vršila naručena ubistva. Kao žrtve naručenih ubistava pojavljuju se, pre svega, bračni drugovi, rođaci, poslovni partneri, predstavnici organa za suzbijanje kriminaliteta, novinari i drugo.

Cene naručenih ubistava su različite i zavise od niza faktora, a kroz cenu za naručeno ubistvo može se nekada sagledati koliko malo vredi ljudski život. Tako na primer u Kolumbiji i Meksiku cena naručenog ubistva kreće se od 95,00 i 120,00 dolara pa naviše. Slično je i u Indiji, gde se cena ubistva kreće od 5.000 rupija (oko 60,00 evra) pa naviše. Prema nekim podacima cena naručenog ubistva u Italiji je 25.000,00 evra. Prema istraživanju u Velikoj Britaniji cena naručenog ubistva se kreće od 200,00 funti do 1.500.000,00 funti, u slučaju potraživanja osiguranja.¹⁵ Prema istraživanju u Australiji, cena naručenog ubistva se kretala od 5.000 do 100.000,00 australijskih dolara.

U određenim slučajevima naručena ubistva su sprečena delovanjem državnih organa, bilo da je u pitanju prisluškivanje razgovora ili delovanjem policijskih doušnika, kao i od strane policijskih agenata, koji su se predstavljali kao plaćene ubice.¹⁶

NARUČENA UBISTVA U SVETU

U mnogim zemljama u svetu prisutna su naručena ubistva, s tim što u nekim zemljama (Kolumbija, Meksiko i druge) broj takvih ubistava je izrazito veliki, dok je u drugim zemljama taj broj naručenih ubistava veoma mali. Meksiko spada u zemlje sa najvećim brojem naručenih ubistava koja su uglavnom povezana sa sukobima narko-kartela.¹⁷ U Meksiku postoje dve vrste plaćenih ubica, oni koji se direktno priključuju narko-kartelima, a drugu grupu čine bivši policajci i profesionalni vojnici. U periodu od 1995. do 2012. godine oko 250.000 profesionalnih

¹⁵ Samuel Cameron, „Killing for Money and the Economic Theory of Crime“, *Review of Social Economy*, Vol. 72, No. 1, 2014, 28–41.

¹⁶ O tome v. Murder-for-Hire-FBI“ *Violent Crime news and press releases*, FBI, 17. 1. 2013, <http://www.fbi.gov>; Laura R. de Korte, Edward R. Kleemans, „Contract killings: a crime script analysis“, *Trends in Organized Crime*, 2021, <https://doi.org/10.1007/s12117-021-09411-4>; Jenny Mouzos, John Venditto, *Contract killing in Australia*, Australian Institute of Criminology, 2003.

¹⁷ U gradu Sijudad Huarezu broj ubistava u sukobima kartela je naglo rastao, tako da je 2007. godine registrovano je 320 ubistava, da bi sledeće 2008. godine taj broj dostigao 1.623; 2009. godine cifra je nastavila da raste sa rekordne 2.754 žrtve, a 2010. godine sa najvećim brojem ubistava dostigla je 3.622, odnosno u proseku 10 namernih ubistava dnevno – Chacon Castanon, „El sicariato: reflexiones desde el complejo industrial fronterizo“, *Universidad Autónoma de Ciudad Juárez*, México, 2018, 87.

vojnika napustilo je meksičku vojsku, a najverovatnije jedan broj tih vojnika pristupio je narko-kartelima.¹⁸ Ubice koje se priključe narko-kartelima naručena ubistva vrše i pre nego što su napunili 15 godina, a od kada postanu plaćene ubice njihov životni vek traje između četiri i sedam godina i u tom periodu izvrše od tri do 70 ubistava.¹⁹

U Kolumbiji, gde deluju veliki narko-karteli, veliki broj naručenih ubistava, koja se uglavnom dešavaju između narko-kartela u vezi sa trgovinom drogom, a veliki broj takvih ubistava se odnosi i na pripadnike organa zaduženih za suzbijanje kriminaliteta. Plaćeni ubica Džon Velaskez koji je radio za narko-bosa Pabla Eskobara organizovao je oko 3.000 ubistava, a lično je izvršio preko 300 ubistava.²⁰ U sukobima sa organima vlasti ubijen je veliki broj policajaca i vojnika, kao i ministar pravde a zbog pokušaja izručenja Pabla Eskobara u SAD organizovan je oružani napad na zgradu Vrhovnog suda, kada je, između ostalog, ubijeno i 12 sudija tog suda.²¹

Tokom 80-ih i 90-ih godina prošlog veka povećan je broj naručenih ubistava u Ruskoj Federaciji u Ukrajini. Tako prema podacima Ministarstva unutrašnjih poslova Ukrajine 1993. godine registrovano je 77 ubistava po ugovoru, 1995. godine 210, što je 2,4 puta više, dok je 1996. godine registrovano više od 100 ovakvih ubistava.²² U Rusiji se takođe ranih 90-ih godina prošlog veka, počeo pojavljivati fenomen naručenih ubistava te su takva ubistva postala posebna kategorija krivičnog dela a mete takvih ubistava su se kretale od rivalskih kriminalnih vođa pa do biznismena, te preduzetnika, bankara, čije su aktivnosti dovele do sukoba sa agresivnom konkurencijom.²³ Tako je 1998. godine, registrovano 520 naručenih ubistava, 1999. godine čak 650 (+ 26,0%), 2000 godine 420 (- 35,9%), 2001. godine 548 (+ 30,2%) i 2002. godine 445 (- 6%).²⁴ Na osnovu rezultata istraživanja ovih krivičnih dela, procenjuje se efikasnost organa za sprovođenje zakona a broj rasvetljenih ubistava ove vrste 1998. godine bio je 29,3%, 1999. godine bio je 23,7%, 2001. godine 26,0%

¹⁸ R. A. Valdés Benavides, op. cit.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ V. detaljnije: „Najopasniji čovek na svetu: Ovo je plaćeni ubica Pabla Eskobara i na duši ima 3.000 ljudi!“, *Espresso.co.rs/Mirror/Srbijadanas.com*, 3. 8. 2022.

²¹ David Magdić, „Narkokarteli u Kolumbiji“, *ESSEHIST*, broj 8, 2016, 111.

²² Пилипчук, П, Мелньик, М., „Проблеми кваліфікації умисного вбивства, вчиненого на замовлення“, *Право України*, No. 2, <http://justice.org.ua>, 29. 7. 2022.

²³ Jordan Gans-Morse, „The End of a Violent Era: The Role of Force in Russian Business Conflicts“, Northwestern University, Department of Political Science, 2011, 9.

²⁴ А. Диевич Кутын, op. cit.

a 2002. godine samo 15,7%.²⁵ U Australiji u periodu od 1. 7. 1989. do 30. 6. 2002. godine evidentirano je ukupno 4.421 ubistvo od čega su 163 ubistva svrstana u kategoriju naručenih ubistava.²⁶

Naručena ubistva su prisutna i u drugim zemljama uključujući i Evropu, Srednju Ameriku, Afriku i Aziju.²⁷

Određena istraživanja fenomena naručenih ubistava sprovedena su u nekim državama. Istraživanje koje je sproveo Institut za kriminologiju u Australiji, obuhvatilo je 163 naručena ubistva, koja čine 2% svih ubistava u periodu od 1989. do 2002. godine.²⁸ Od 163 ubistva u 94 slučajeva radilo se o pokušaju jer žrtva nije ubijena.²⁹ Kao motiv ubistava najviše se pojavljuju: raskid veze 19%, zatim novac 16%, „ućutkivanje svedoka“ 13%, sukobi u vezi sa drogom 6%, dok se nepoznati motiv pojavljuje u 17% slučajeva.³⁰ Cena ubistava kretala se od 5.000,00 do 100.000,00 australijskih dolara s tim što je prosečna cena ubistva iznosila 16.500,00 australijskih dolara.³¹ U SAD sprovedeno je istraživanje u državi Tenesi gde je analizirano 30 slučajeva naručenih ubistava s tim što su neka od njih ostala u pokušaju. Prema rezultatima istraživanja, kada su u pitanju naručioci ubistva, njihova starost se kretala između 16. i 53. godine (73% je bilo između 19 i 41 godine) s tim da je za 53% slučajeva naručilac bio muškarac a u 47% slučajeva naručilac je bila žena.³² Od svih naručilaca 55% je imalo ranija hapšenja. Kada je u pitanju plaćene ubice njihova starost bila je između 16 i 48 godina (70% je bilo između 16 i 30 godina), zatim da su 97% ubica bili muškarci a 50% njih je ranije imalo dosije o hapšenju.³³ Istraživanja su sprovedena i u nekim afričkim zemljama, odnosno u Južnoafričkoj Republici, Keniji i Mozambiku. Prema rezultatima tih istraživanja u Južnoafričkoj Republici prisutan je veliki broj političkih ubistava, a prema Izveštaju Komisije iz 2018. godine, koju je Vlada obrazovala 2016. godine, „političari regrutuju

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ V. J. Mouzos, J. Venditto, op. cit.

²⁷ U Indiji ima slučajeva da porodice za izvršenje „ubistva iz časti“ angažuju plaćene ubice – V. Satnam Singh Deol, „Honour Killings in Haryana State, India: A Content Analysis“, *International Journal of Criminal Justice Sciences*, Vol. 9, Issue 2, 2014; S. S. Deol, „Honour Killings in India: A Study of the Punjab State“, *International Research Journal of Social Sciences*, Vol. 3, Issue 6, 2014, 7–16.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² Nicole Madonna Corsaro, *Murder for Hire: Event, Characteristics and Casual Implications*, University of Tennessee, Knoxville, 1998.

³³ *Ibidem.*

kriminalne elemente da bi postigli političke ciljeve, što rezultira složenom matricom zločinačkih i političkih udruženja koja takođe dovode do ubistava političara.³⁴ Ubistva u vezi sa organizovanim kriminalom uglavnom se odnose na ekonomski motivisana ubistva, kao što su ciljana ubistva članova bandi i poslovnih ljudi, uključujući i ubistva usmerena na aktere u pravosudnom sistemu, kao što su npr. svedoci, advokati i sudije.³⁵ Za Južnoafričku Republiku su karakteristična ubistva u taksi industriji, kada je država pokušala da reguliše ta pitanja, te je došlo do povećanja broja ubistava među pripadnicima taksi udruženja oko ruta prevoza i sl.³⁶ Kenija ima znatno manju stopu ubistava u odnosu na Južnoafričku Republiku, a samim tim i manje naručenih ubistava, a do povećanja broja naručenih ubistava došlo je u vezi sa nelegalnim poslovima sa zemljištem, što je kulminiralo 2015. godine.³⁷ Za Keniju su karakteristična i ubistva studenata i aktivista koji javno govore protiv korupcije i kriminala, te postaju mete organizovanih kriminalnih bandi.³⁸ I u Keniji su prisutna politička ubistva, pa iako su političari javno osudili upotrebu bandi u predizbornim kampanjama, objavljeno je da je većina vodećih političara i dalje koristila bande pred izbore 2017. godine.³⁹ Što se tiče ličnih naručenih ubistava većina slučajeva se odnosila na angažovanje ubica da ubiju supružnike, dok su drugi slučajevi uključivali su porodične sporove i „ljubavne četvorouglove“.⁴⁰ Za Mozambik su karakteristična naručena politička ubistva između pripadnika dva politička pokreta *Frelimo* i *Renamo*, ali su prisutna i naručena ubistva koja potiču od organizovanih kriminalnih grupa, a jedno od takvih ubistava odnosi sa na ubistvo glavnog tužioca za borbu protiv organizovanog kriminala 2016. godine.⁴¹

Naručeno ubistvo uglavnom se smatra teškim krivičnim delom za koje su propisane stroge kazne (dugogodišnja kazna zatvora, kazna doživotnog zatvora ili smrtna kazna). U SAD, Kanadi, Velikoj Britaniji, Australiji naručeno ubistvo se ubraja u tzv. ubistva prvog stepena. U nekim zemljama naručeno ubistvo se svrstava u teška ubistva prema pobudama izvršioca kao što je to u članu 129. stav 2

³⁴ Kim Thomas, „Murder by contract (Targeted killings in eastern and southern Africa), Political Economy Analysis“, Global Initiative Against Transnational Organized Crime (GI-TOC), 2021.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

KZ Litvanije,⁴² te teško ubistvo iz člana 105 KZ Ruske Federacije gde su koristoljubive pobude učinioca propisane kod naručenog (plaćenog) ubistva.⁴³ Takođe, i KZ Ukrajine u odredbi člana 115. stav 2. tačka 6 propisuje umišljeno ubistvo iz koristoljubivih motiva, koje postoji i u slučaju ubistva po narudžbini za novac ili drugu materijalnu korist.⁴⁴

U poslednje vreme pojavljuju se slučajevi naručenih ubistava preko interneta, odnosno Dark neta.⁴⁵ Bivši administrator sajta Silk Road, koji se krio iza imena „Strašni pirat Roberts“ optužen je da je naručio i platio ubistva šest lica.⁴⁶ Razvoj savremenih tehnologija omogućuje angažovanje plaćenih ubica putem Dark-weba. Portali koji nude ovakve tipove usluga često navode da su njihovi članovi bivši vojnici i plaćenici Legije stranaca.⁴⁷ Sva komunikacija, svi kontakti imejlom moraju biti kriptovani, a pripreme za posao, putovanje, lociranje i praćenje mete zahtevaju oko dva meseca.⁴⁸ Jedan od portala C’Thulu nudi odabir načina ubistva od regularnog preko mučenja i silovanja do bombaškog napada, a cene usluga kreću se u rasponu od 3.000,00 dolara do 180.000,00 dolara u zavisnosti od odabrane kategorije i društvenog položaja žrtve.⁴⁹ Izvesni Guido Fanelli, čije je pravo ime Bob Innes, iz Kalifornije, otvorio je sajt „Rent-A-Hitman“, koji pruža mogućnost pojedincima da iznajme plaćenog ubicu, a onima koji traže ovakve usluge ostavlja 24 sata da razmisle, a kada oni insistiraju da neko bude ubijen i popune formular sa svojim podacima, slučaj predaje policiji, te je na taj način sprečeno nekoliko naručenih ubistava (kao i u slučaju kada je žena iz Mičigena pokušala angažovati ubicu da ubije njenog muža).⁵⁰

⁴² Jovašević Dragan, „Teška ubistva u krivičnim zakonodavstvima Poljske, Rusije i baltičkih država“, *Strani pravni život*, broj 2, 2018, 93–94.

⁴³ *Ibidem*, 96.

⁴⁴ Aleksandar Đurić, „Motiv u krivičnom pravu“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2005, 295.

⁴⁵ U blizini Moskve, u oktobru 2018. godine ubijena je istražiteljka Šiškina, a podaci iz istrage ukazuju na to da je ubistvo naručeno preko platforme „Dark-net“ – v. „Policija istražuje slučaj ubistva istražiteljke naručenog preko ‘dark neta‘“, *BBC – Rusija*, 4. 5. 2019.

⁴⁶ „Bivši administrator sajta Silk Road optužen za naručivanje još četiri ubistva“, *Sajber hronika – Informacija*, <https://www.informacija.rs>, 29. 7. 2022.

⁴⁷ Miloš Ilić, Petar Spalović, Žaklina Spalević, Mladen Veinović, Khalid Salem Ali Aleja, „Deep Web i Dark web – Potreba ili zloupotreba“, Vol. 16, *Infoteh*, Jahorina, 2017, 637.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ V. detaljnije: „A Michigan woman faces prison after trying to hire an assassin through a fake website“, *CNN*, 12. 12. 2021.

Naručena ubistva prisutna su i u našem regionu kao što je bilo ubistvo hrvatskog novinara Ive Pukanića, zatim ubistva članova kriminalnih grupa u Crnoj Gori,⁵¹ Bosni i Hercegovini i dr. Jedan oblik naručenih ubistava predstavljaju naručena ubistva svedoka, koji su trebali svedočiti o zločinima OVK na Kosovu i Metohiji, a smatra se da je na ovaj način ubijeno barem devet svedoka.⁵²

NARUČENA UBISTVA U SRBIJI

O naručenim ubistvima u Srbiji, kao što je već i napomenuto, skoro da i nije pisano u domaćoj stručnoj literaturi, niti su sprovedena odgovarajuća istraživanja o ovoj vrsti ubistava. Tema „naručena ubistva“ bila je zastupljena u sredstvima javnog informisanja, povodom konkretnih slučajeva u kojima je utvrđeno da se radi o naručenom ubistvu ili određenih ubistava (a posebno onih koja nisu rasvetljena) za koja se pretpostavlja da su bila naručena. Pojedinci kao naručioc ubistva pojavljuju se uglavnom u slučajevima ubistva bračnog partnera i sl., dok su dosta česta i ubistva u obračunima kriminalnih bandi, koja uglavnom uključuju ubistvo pripadnika suprotstavljene kriminalne grupe povodom trgovine drogom, zatim ubistva svedoka,⁵³ policajaca i slično.

Naručenih ubistava u Srbiji je bilo i ranije, kao što se vidi iz sledećih primera: Jevgenija Ilić, popadija iz Prokuplja, osuđena je 1898. godine na smrtnu kaznu, jer je angažovala dva lica i platila im da ubiju njenog muža, a ona je sakrila njegov pištolj, koji je uvek nosio sa sobom, te su ga ubice sačekale i ubile u zasedi.⁵⁴ Milan Kojić iz Dublja kod Čuprije 1900. godine platio je jednom licu da ubije njegovog oca kako bi došao do nasledstva, te su obojica osuđeni na smrtne kazne, ali su one aktom pomilovanja zamenjene kaznama zatvora.⁵⁵ Radovan Miložić iz Velike Krsne je 1904. godine za obećanu nagradu ubio roditelje jednog seljaka ne bi li taj što pre došao do nasledstva, osuđen je na smrtnu kaznu, pa je kasnije pomilovan (nije navedeno šta je bilo sa naručiocem ubistva).⁵⁶

⁵¹ O naručenim ubistvima između „škaljarskog“ i „kavačkog“ klana v. Walter Kamp, „Making a Killing, What assassinations reveal about the Montenegrin drug war“, Global Initiative against transnational organized crime, 2020.

⁵² Slobodan Janković, „Izazovi i pretnje na 'zapadnom' Balkanu“, *Međunarodna politika*, br. 1158–1159, 2015, 54.

⁵³ Pravnosnažnom presudom, Aleksandar Simović je osuđen za ubistvo svedoka saradnika Zorana Vukojevića Vuka.

⁵⁴ Ivan Janković, *Na belom hlebu (Smrtna kazna u Srbiji 1804–2002)*, Službeni glasnik / Klio, Beograd, 2012, 209.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*, 252.

Za određeni broj ubistava u krivičnom postupku je utvrđeno da su bila naručena, te su naručioci ubistva i izvršioci ubistva pravnosnažno osuđeni, a ti slučajevi će biti analizirani, za neka ubistva, za koja se pretpostavlja da su naručena, u toku su krivični postupci,⁵⁷ dok se za određeni broj ubistava (koja su nerasvetljena) sumnja da su bila naručena (npr. ubistvo Radovana Stojčića Badže, Pavla Bula-tovića, sudije Nebojše Simeunovića, advokata Dragoslava Ognjanovića, novinara Slavka Ćuruvije i Milana Pantića i dr.).

Naručena ili ugovorena ubistva u našem Krivičnom zakonu se tretiraju kao teško ubistvo iz člana 114. tačka 5 KZ (ubistvo iz koristoljublja), a za koje je propisana kazna zatvora od najmanje 10 godina ili kazna doživotnog zatvora. Izvršilac ubistva odgovara za ovo krivično delo dok naručilac ubistva najčešće odgovara za ovo krivično delo učinjeno podstrekavanju u vezi člana 34 KZ. Ukoliko je naručilac ubistva eventualno učestvovao u radnji izvršenja ubistva tada bi i on odgovarao za krivično delo iz člana 114. tačka 5 KZ.

Evo nekih primera naručenih ubistava u Republici Srbiji, gde su donete pravnosnažne presude.

Primer broj 1. (Presuda Okružnog suda u Beogradu K 30/01 od 21. 11. 2002. godine) – Okrivljena Lj. H. je, da bi se osvetila mužu, 2000. godine angažovala tri lica (M. J., N. R. i M. L.) da za 20.000 DM liše života njenog muža, što su oni i učinili, a u tome im je pomogla Z. B. Tri izvršioca su oglašeni krivim zbog krivičnog dela iz člana 47. stav 2. tačka 4 KZ RS, u vezi člana 22 KZ SRJ (teško ubistvo iz koristoljublja), a okrivljena Lj. H. za isto krivično učinjeno podstrekavanjem (u vezi člana 23 KZ SRJ) i svi su osuđeni na kazne zatvora u trajanju od po 13 godina, dok je okrivljena Z. B. oglašena krivim za isto krivično delo učinjeno pomaganjem (u vezi člana 24 KZ SRJ) i osuđena na kaznu zatvora u trajanju od 11 godina. Prvostepenu presudu u pogledu odluke o izrečenim kaznama potvrdio je Vrhovni sud Srbije.

Okrivljena Lj. H. se požalila svojoj komšinici Z. B. da je njen muž stalno maltretira i tuče a jednom takvom razgovoru prisustvuje i komšinicin ljubavnik M. L., koji je predložio da nađe neke ljude da zaprete mužu okrivljene Lj. H., odnosno da ga pretuku. Okrivljena Lj. H. je to prihvatila i dala mu 400,00 DM ali je tvrdila da nije bilo govora o tome da oni ubiju njenog muža. Okrivljeni M. L. je

⁵⁷ Pred Višim sudom u Požarevcu u toku je krivični postupak protiv tri lica iz Požarevca (u januaru 2020. godine podignuta optužnica) zbog ubistva R. K. (78). Naime, S. S. (48) i njegov sin D. S. (22) su nagovorili A. D. (23) da ubije R. K., jer im je pretila da će ih izbaciti iz kuće, a da će mu oni dati 400 eura i polovan auto. V. detaljnije: „Ugovorili ubistvo Ružice za 400 evra i polovni auto: Trojica optužena za teško ubistvo“, *Večernje novosti*, od 13. 1. 2020. godine.

angažovano M. J. i N. R. da pretuku, odnosno ubiju muža okrivljene Lj. H., a da će po obavljenom poslu od okrivljene Lj. H. dobiti još 20.000,00 DM. Prvi pokušaj ubistva u Nišu, kada je muž okrivljene Lj. H. otišao na suđenje nije uspeo, jer je njen muž stalno bio u društvu advokata. Posle je napravljen plan da okrivljena Lj. H. sa detetom ode iz stana i ostavi ulazna vrata otključana, pa su okrivljeni M. L., M. J. i N. R. ušli u stan i sa više udaraca lišili života muža Lj. H. Treba istaći da je KZ RS tada odredbom člana 47 stav 1 tačka 4 propisivao ubistvo iz koristoljublja, radi prikrivanja drugog krivičnog dela, iz krvne ili bezobzirne osvete ili drugih niskih pobuda. Stoga je okrivljena Lj. H. proglašena krivom za ovo krivično delo učinjeno podstrekavanjem, a njen motiv je zapravo bio bezobzirna osveta svom mužu.

Primer broj 2. (Presuda Okružnog suda u Sremskoj Mitrovici K broj 1/03 od 14. 9. 2004. godine) – Okrivljena J. J. u nameri da se „oslobodi“ svog muža koji je ljubomoran, te da bi mogla da ima odnose sa drugim muškarcima i da samostalno raspolaže celokupnom imovinom, 1995. godine angažovala je okr. N. P. da za nagradu od 6.000 DM liši života njenog muža, što je on i učinio. Drugookrivljeni je oglašen krivim zbog krivičnog dela iz člana 47. stav 2. tačka 4 KZ RS i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 12 godina, a prvookrivljena za isto krivično delo, učinjeno podstrekavanjem (u vezi člana 23 OKZ), za koje je primenom odredaba o ublažavanju iz člana 43 OKZ, osuđena na kaznu zatvora u trajanju od 10 godina. Prvostepenu presudu u pogledu odluke o izrečenim kaznama potvrdio je Vrhovni sud Srbije.

Okrivljena J. J. je živela u braku sa B. J., a njihovi bračni odnosi su bili poremećeni pa je ona u razgovoru sa pokojnim B. P. tražila od njega da pronađe lice koje bi za novčanu nagradu lišilo života njenog muža. Pokojni B. P. je doveo u vezu svog rođaka N. P. i okrivljenu J. J., te su postigli dogovor da N. P. ubije njenog muža za nagradu od 6.000,00 DM. Plan ubistva smislio je okrivljeni N. P., tako što je svoje motorno vozilo ostavio na putu nekoliko kilometara od kafane čiji je vlasnik bio B. J., nakon čega je došao do kafane i zamolio B. J. da ga svojim vozilom odveze do mesta gde je ostalo njegovo navodno pokvareno vozilo, pa kada su došli na to mesto okrivljeni N. P. je iz pištolja ispalio metak u grudi B. J., koji je nakon nekoliko dana preminuo u bolnici. Okrivljena J. J. nakon smrti svog muža nastavila je ljubavnu vezu sa B. P., a šest meseci od ubistva je telefonom pozvala okrivljenog N. P. i predala mu 6.000,00 DM, kao nagradu za izvršeno ubistvo.

Očigledno je da je motiv okr. N. P. bilo koristoljublje, te je i oglašen krivim za krivično delo ubistva iz koristoljublja, dok su kod okrivljene J. J. motiv za ubistvo bile niske pobude (da bi stupila u intimnu vezu sa drugim muškarcima), ali bi u to

moglo uključiti i koristoljublje jer je ona želela da nakon ubistva svog muža raspoláže celokupnom zajedničkom imovinom. S obzirom na to da je odredba člana 47. stav 1. tačka 4 KZ obuhvatala i koristoljublje i druge niske pobude moguće je da je okrivljena J. S. ostvarila ove dve kvalifikatorne okolnosti, a u prvostepenoj presudi se obrazlažu i njene niske pobude.

Primer broj 3. (Presuda Višeg suda u Beogradu K broj 940/11 od 19. 11. 2013. godine) – Da bi se osvetila svom mužu okr. N. P. je angažovala N. B. da za nagradu od 20.000 evra liši života njenog muža, što je ovaj i učinio. Drugookrivljeni je oglašen krivim zbog krivičnog dela iz član 114. stav 1. tačka 5 KZ, a prvookrivljena za isto krivično delo, učinjeno podstrekavanjem (u vezi člana 34 KZ), te su oboje osuđeni na kazne zatvora u trajanju od po 30 godina. Prvostepenu presudu u pogledu odluke o izrečenim kaznama potvrdio ja Apelacioni sud u Beogradu.

Okrivljena N. P. je živela u braku sa sada pokojnim N. B., koji se, između ostalog bavio i zelenišnjem. Jednom prilikom se požalila okrivljenom N. B. policajcu, koji je išao u školu sa njenim mužem da muž maltretira nju i decu, a s obzirom na to da je okrivljeni N. B. i imao dugovanja prema njenom mužu, zbog čega je prodao i svoj stan, stavila mu je u izgled da može „vratiti sva dugovanja“, te mu je predložila da ubije njenog muža. Predala mu je 5.000,00 evra uz dogovor da će ostatak od 15.000,00 evra dobiti po „završenom poslu“. Okrivljeni N. B. je došao u stan sada pokojnog N. P. i iz pištolja mu ispalio dva metka u glavu.

Očigledno je da je motiv okrivljenog N. B. bilo koristoljublje, dok je kod okrivljene N. P. takođe postojao motiv koristoljublja (pokojni N. P. je svu imovinu preneo na nju, a ona je želela da dalji život nastavi bez svog supruga, ali da zadrži svu imovinu), a moguće je i da je i kod nje postojao i motiv osвете.

Primer broj 4. (Presuda Višeg suda u Beogradu K broj 601/10 od 3. 6. 2010. godine) – Okr. S. J. je 1995. godine angažovao dva lica da za nagradu od 50.000 DM liše života G. M. i još jedno lice označeno nadimkom, te im stavio na raspolaganje automobil i dva komada automatskog vatrenog oružja, pa su oni lišili života G. M. i jedno žensko lice (koje je greškom stradalo), dok su tri lica zadobila teške telesne povrede. Oglašen je krivim za krivično delo iz člana 47. stav 2. tačka 6 KZ RS u vezi člana 23 KZ SRJ, te je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 15 godina. Prvostepenu presudu u pogledu odluke o kazni potvrdio je Apelacioni sud u Beogradu. Okrivljeni koji su izvršili ubistvo osuđeni su ranije, u razdvojenom postupku (K 640/96), na kazne zatvora u trajanju od po 15 godina.

Okrivljeni S. J. je angažovao dvojicu policajaca, okrivljenog B. M. i M. P. (koji su osuđeni u odvojenom krivičnom postupku) da ubiju dva lica za nagradu od

50.000,00 DM, a radilo se o licima sa kojima je okrivljeni S. J. u sukobu oko trgovine opojnom drogom. Radi izvršenja krivičnog dela predao im je motorno vozilo i dva komada automatskog oružja, pa su okrivljeni B. M. i N. P. došli do kafića gde je bilo više lica i ispalili više hitaca u pravcu jednog lica čije je ubistvo naručeno, dok je jedna ženska osoba slučajno ubijena. Okrivljeni S. J. je oglašen krivim za teško ubistvo više lica učinjeno podstrekavanjem, a iz obrazloženja prvostepene presude proizilazi da je on naručio ubistvo dva lica, zbog sukoba oko trgovine opojnom drogom, što bi se moglo smatrati niskim pobudama, dok je motiv neposrednih izvršilaca bilo koristoljublje.

Primer broj 5. (Presuda Okružnog suda u Beogradu K broj 381/97 od 28. 1. 1999. godine) – Okr. J. C. je nagovorila J. R., sa kojim je bila u ljubavnoj vezi, da ubije njenog muža, te mu dala 400 DM da bi kupio pištolj, pa je okr. J. R. pištoljem lišio života njenog muža. Okr. J. R. je oglašen krivim zbog krivičnog dela iz člana 47. stav 2. tačka 1 KZ RS i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 15 godina, a okr. J. C. oglašena je krivom za isto krivično delo, učinjeno podstrekavanjem (u vezi člana 23 KZJ) i osuđena na kaznu zatvora u trajanju od 12 godina. Vrhovni sud Srbije je preinačio presudu u odnosu na okr. J. C. i ublažio joj kaznu, te joj je izrekao kaznu od 10 godina zatvora.

Okrivljena J. C. je bila u ljubavnoj vezi sa okrivljenim R. J. pa je od njega tražila da ubije njenog muža N. C., jer je s njim nemoguće živeti s obzirom na to da je maltretira, te mu je dala 400,00 DM da bi kupio pištolj koji bi koristio pri izvršenju ubistva. On je u večernjim časovima sačekao N. C. i iz pištolja, koji je neovlašćen uzeo od svog zeta, ispalio dva metka u njegovu glavu. U toku postupka R. J. je tvrdio da je okrivljena J. C. izvršila ubistvo svog muža, dok je okrivljena J. C. negirala krivično delo, odnosno da nije tražila od okrivljenog R. J. da ubije njenog muža. Iz pomenute presude nije moguće utvrditi šta je bilo sa novcem koji je okrivljena J. C. dala okrivljenom R. J., jer on pištolj nije kupio, već je neopaženo uzeo pištolj iz kuće svoga zeta. Očigledno da u ovom slučaju kod okrivljenog R. J. nije postojao motiv koristoljublja, jer je on oglašen krivim za krivično delo ubistva na podmukao način, a okrivljena J. C. za isto krivično delo učinjeno podstrekavanjem.

Ako se analiziraju navedeni slučajevi, vidljivo je da se u svim slučajevima radilo o naručenim ubistvima, gde su oglašeni krivim i neposredni izvršioци i naručioци ubistva (podstrekači). Iako se radi o sličnim slučajevima kada su u pitanju posledice krivičnih dela, s tim što su u primeru broj 4 lišena života dva lica, izrečene su veoma različite kazne, a koje se kreću od 10 do 30 godina zatvora. U primerima broj 2 i broj 5 naručiocima ubistva kazna je ublažena ispod zakonom propisanog minimuma. U svim navedenim primerima sudovi su uglavnom cenili uobičajene

olakšavajuće okolnosti (raniju neosuđivanost, porodičnu situaciju i sl.) i otežavajuće okolnosti (ranija osuđivanost, koristoljublje kao motiv, upornost u izvršenju krivičnog dela i sl.). Postavlja se pitanje da li su okolnosti, koje su sudovi cenili kao olakšavajuće i otežavajuće, takve da opravdavaju ovakve disparitete u izrečenim kaznama. Ako se ima u vidu da izrečena kazna treba da bude proporcionalna težini dela i krivici učinioca, odnosno podstrekača, olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, a posebno olakšavajuće okolnosti koje se tiču ličnosti učinioca, nikako ne bi smele uticati na to da se učiniocima i podstrekačima kod ovog krivičnog dela izreknu ovako različite kazne. Posebno je pitanje da li je opravdano da se za ovako teško krivično delo vrši ublažavanje kazne.

Podstrekavanje je pojačana društveno opasna delatnost, zbog toga što objektivno ima odlučujući značaj za kriminalno ponašanje druge osobe – podstaknutog, pa nije isključeno da podstrekač nekad bude kažnjen teže nego sam izvršilac dela.⁵⁸ To će biti slučajevi kada se koristi odnos poverenja, zavisnosti, nadređenosti, roditeljskog poverenja, znači kada se utvrdi da je podstrekač imao odlučujuću poziciju u celokupnom izvršenju krivičnog dela, da je njegov uticaj na određenog pojedinca bio izuzetno velik, da je upravo podstrekač u neku ruku glavni krivac što je došlo do izvršenja krivičnog dela.⁵⁹ Međutim, u analiziranim primerima sudovi nisu izričali strožu kaznu podstrekaču, odnosno naručiocu ubistva.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Pravo na život kao vrhunsko ljudsko pravo uživa najviši stepen zaštite, u skladu sa međunarodnim aktima i domaćim propisima. Međutim, u praksi pravo na život je često ugroženo na razne načine, a prvenstveno kroz razne oblike krivičnog dela ubistva. Jedan od tih oblika je i naručeno, odnosno ugovoreno ubistvo, kojim se na najgnusniji i najdrastičniji način ugrožava pravo na život. Naime, zastrašujuća je pomisao da postoje takve osobe koje su iz određenih razloga spremne angažovati drugu osobu i platiti je, kako bi ona lišila života određenu žrtvu, kao i da postoje osobe koje su zbog novca (ili druge koristi) spremne „da obave ovakav prljavi posao“. Naime, kod ovakvih osoba ljudski život, kao vrhunska vrednost, zapravo nema nikakve vrednosti.

Za razliku od drugih oblika ubistva, naručeno ubistvo je specifično po tome što se ovde uspostavlja poseban odnos između naručioca ubistva i izvršioca ubistva sa jedne strane i žrtve ubistva sa druge strane. Naručena ubistva su prisutna u svim

⁵⁸ N. Jovančević, *Podstrekavanje – oblik saučesništva i samostalno krivično delo*, Službeni glasnik, Beograd, 2008, 340.

⁵⁹ *Ibidem*.

delovima sveta, izazivaju veliku medijsku pažnju, a sve više su u fokusu pravnih stručnjaka psihologa, sociologa i drugih stručnjaka. Istraživanja ove vrste ubistava su malobrojna, ali su rezultati tih istraživanja dragoceni, s obzirom na to da omogućavaju potpuniji uvid u fenomen naručenih ubistava, daju određene smernice za preduzimanje preventivnih mera radi sprečavanja ovih ubistava, te određene putokaze u cilju rasvetljavanja i procesuiranja naručenih ubistava.

U Republici Srbiji ova vrsta ubistava svakako je prisutna, o čemu govore primeri na koje je ukazano, a i mnogi za sada nerасsvetljeni slučajevi ubistava svakako se mogu svrstati u naručena ubistva. Ova vrsta ubistava se ubraja u ubistva sa nečasnim motivima, odnosno niskim pobudama, te ona zahtevaju veću pažnju pravnih i drugih stručnjaka, jer se njima na najgnusniji način degradira pravo na život. Iako je u radu analiziran mali broj naručenih ubistava, stiče se utisak da kaznena politika domaćih sudova nije adekvatna težini ove vrste ubistava.

S obzirom na sve izneto, smatramo da je potrebno da se pravni i drugi stručnjaci uključe u proučavanje ove vrste ubistva, da se sprovedu i odgovarajuća istraživanja, te koristeći u iskustva drugih zemalja, utvrde mehanizmi koji će omogućiti sprečavanje naručenih ubistava, a ako do ovakvih ubistava dođe, da naručilac ubistva, kao i neposredni izvršilac ubistva, budu otkriveni i procesuirani.

SRETKO JANKOVIĆ, LL.M.
Judge of the Court of Appeal in Belgrade

RIGHT TO LIFE AND CONTRACT KILLINGS

Summary

The right to life, as a supreme human right, has been proclaimed by many international and domestic regulations and enjoys the highest degree of protection, primarily through criminal law protection. However, in practice, this basic human right is often violated, primarily by other persons through various forms of murder and other criminal acts. One of those murders is the so-called ordered murder, in which a specific relationship is established between „the orderer of the murder“ and „hitmen“, on the one hand, and „murder victim“, on the other hand. As a murder with a dishonorable motive, contract killing is considered a serious crime, for which very severe punishments are prescribed, and after the murder of a child, it is considered the most heinous murder. Ordered murders are present in courts around the world, including in Serbia, but very little has been written about them in professional literature in our country. This should be changed in the future, that is, legal and other experts should deal with the phenomenon of „ordered murder“, and some research should be carried out, all with aim of preventing such murders, which threaten the right to life in the most brutal way.

Key words: right to life, contract killing, aggravated murder, dishonorable motive

Literatura

- Atanacković D., *Krivično pravo, posebni deo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1985.
- Benavides R. A. V., *Who becomes a sicario and why? A supply-side analysis of Mexican hitmen*, Institute of Social Studies, The Hague, The Netherlands, 2005.
- Castanon C., „El sicariato: reflexiones desde el complejo industrial fronterizo“, *Universidad Autónoma de Ciudad Juárez*, México, 2018.
- Calhoun L., „The Phenomenology of Paid Killing“, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 6, Issue 1, 2002.
- Cameron S., „Killing for Money and the Economic Theory of Crime“, *Review of Social Economy*, Vol. 72, No. 1, 2014.
- Corsaro N. M., *Murder for Hire: Event, Characteristics and Casual Implications*, University of Tennessee, Knoxville, 1998.
- Deol S. S., „Honour Killings in Haryana State, India: A Content Analysis“, *International Journal of Criminal Justice Sciences*, Vol. 9, Issue 2, 2014.
- Deol S. S., „Honour Killings in India: A Study of the Punjab State“, *International Research Journal of Social Sciences*, Vol. 3, Issue 6, 2014.
- Drakić D., „Krivičnopravna zaštita prava na život 'koji nije vredan življenja'“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2013.
- Драпкин Л. Я., Долинин В. Н., Шкулин А. Е., „Убийства по найму: Понятие, криминалистическая характеристика, раскрытие и расследование“, *Уголовный процесс и криминалистика*, br. 2, 2008.
- Đurić A., „Motiv u krivičnom pravu“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2005.
- Đurđević Z., Radović N., Sovtić S., „Ubistva koja su izvršile organizovane kriminalne grupe“, *Zbornik KPU: Nasilje u Srbiji – uzroci, oblici, posledice i društvena reakcija*, tom I, Криминалистичко-полицијска академија – Фондација „Ханс Зајдел“, 2014.
- Fatić A., „Osnovni aspekti borbe protiv organizovanog kriminala na Balkanu“, *Međunarodni problemi*, br. 1–2, 2005.
- Fatić A., „Nezakonita obaveštajna operativa“, *Revija za bezbednost*, br. 2, Beograd, 2010.
- Gans-Morse J., „The End of a Violent Era: The Role of Force in Russian Business Conflicts“, Northwestern University, Department of Political Science, 2011.
- Ilić M., Spalović P., Veinović M., Spalević Ž., Ali Aleja K. S., „Deep Web i Dark web – Potreba ili zloupotreba“, Vol. 16, *Infoteh*, Jahorina, 2017.
- Ignjatović Đ., „Kriminalitet države“, *Kaznena reakcija u Srbiji, V deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2015.
- Janković I., *Na belom hlebu (Smrtna kazna u Srbiji 1804–2002)*, Službeni glasnik – Klio, Beograd, 2012.

- Janković S., „Izazovi i pretnje na 'zapadnom' Balkanu“, *Međunarodna politika*, br. 1158–1159, Beograd, 2015.
- Jovančević N., „Pravo na život i njegova zaštita u međunarodnom krivičnom pravu“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2002.
- Jovančević N., *Podstrekavanje – oblik saučesništva i samostalno krivično delo*, Službeni glasnik, Beograd, 2008.
- Jovašević D., Teška ubistva u krivičnim zakonodavstvima Poljske, Rusije i baltičkih država“, *Strani pravni život*, br. 2, Beograd, 2018.
- Jovanović LJ., Đurđić V., Jovašević D., *Krivično pravo, posebni deo*, Službeni glasnik, Beograd, 2004.
- Kleemans R. E., „Contract killings: a crime script analysis“, *Trends in Organized Crime*, 2021, <https://doi.org/10.1007/s12117-021-09411-4>.
- Кутын А. Д., „Криминологическая характеристика и предупреждение убийств, совершаемых по найму“, DissersCat, Электронная библиотека диссертаций, 2004, <https://www.dissercat.com/content/kriminologicheskaya-kharakteristika-i-preduprezhdenie-ubiistv-sovershaemykh-po-naimu>.
- Kamp W., „Making a Killing“, What assassinations reveal about the Montenegrin drug war“, Global Initiative against transnational organized crime, 2020.
- Lazarević LJ., *Krivično pravo Jugoslavije, Posebni deo*, Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Mouzos J., Vendito J., *Contract killing in Australia*, Australian Institute of Criminology, 2003.
- Пилипчук П., Мелньик М., „Проблеми кваліфікації умисного вбивства, вчиненого на замовлення“, *Право України*, бр. 2, <http://justice.org.ua>.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2007.
- Thomas K., *Murder by contract (Targeted killings in eastern and southern Africa)*, *Political Economy Analalysis*, Global Initiative Against Transnational Organized Crime (GI-TOC), 2021.
- Yaneva M., Ioannou M., Hammond L., Synnott J., „Differentiating Contract Killers: A Narrative-Based Approach“, *The Howard Journal*, Vol. 57, No. 1, 2018.

MARKO MILOVIĆ

LIŠENJE ŽIVOTA ČLANA PORODICE KOJI JE PRETHODNO BIO ZLOSTAVLJAN – NEPRECIZNOSTI U POSTOJEĆEM ZAKONSKOM REŠENJU

Lišenje života člana porodice koji je prethodno zlostavljan jedan je od oblika krivičnog dela teškog ubistva i egzistira od 2006. godine u našem Krivičnom zakoniku. Iako je ova zakonska odredba naizgled jasna, postoji više nedoumica koje mogu da stvore probleme u sudskoj praksi. U tom smislu ukazano je na manjkavosti koje se odnose na definisanje člana porodice, a naročito u pogledu nekih (krvnih) srodnika koji su neopravdano u KZ izostavljeni. Takođe je ukazano na dileme i nelogičnosti u pogledu izraza o prethodnom zlostavljanju lica koje je kasnije lišeno života, i šta bi taj izraz mogao da obuhvata, te vremenski okvir u kojem bi se to zlostavljanje moralo odvijati da bi se moglo podvesti pod krivično delo teško ubistvo. Uporedo sa analizom ovog oblika krivičnog dela dati su i predlozi kako da se te nedoumice i nejasnoće u nekim narednim izmenama i dopunama KZ otklone.

Ključne reči: zlostavljanje, ubistvo, član porodice, nasilje

UVODNA RAZMATRANJA

Teme koje se odnose na ubistva, a naročito na teška ubistva, nekako su uvek „atraktivne“ kako u široj javnosti, tako i među samim pravnicima. Godinama i decenijama unazad ne gube na aktuelnosti, a štampana izdanja, naročito dnevni listovi, veoma upadljivo, gotovo uvek na naslovnim stranama, takoreći bombastično objavljuju detalje tragedija, često i sa fotografijama, koji se odnose na takve i slične

Dr Marko Milović, advokat iz Beograda, e-mail: marko.m.milovic@gmail.com.

tragične događaje. Ova konstatacija se odnosi i na elektronske medije, a u novije vreme i tzv. društvene mreže uzimaju učešća u ovim „akcijama“, a s tim u vezi se često u tim medijima oglašavaju razni analitičari, detektivi, penzionisani policajci, advokati, kriminolozi itd., koji daju svoja viđenja i ocene konkretnih zločina.

Kao što je poznato, krivično delo teško ubistvo (čl. 114 KZ) spada među najteža krivična dela, i zakonodavac je polazeći od toga da život i telo imaju najznačajnije (najviše) mesto na skali vrednosti dobara koje se štiti krivičnim pravom, predvideo ga na samom početku posebnog dela Krivičnog zakonika. U okviru čl. 114 KZ, imamo više oblika teškog ubistva, koji su navedeni u tač. od 1. do 11 i svaki taj oblik ima određenu, karakterističnu i specifičnu kvalifikatornu okolnost zbog čega je i predviđena maksimalna kazna zatvora – doživotna.¹ Koji je od predviđenih jedanaest oblika teškog ubistva teži, monstroziji, neshvatljiviji ljudskom umu gotovo je nemoguće odrediti, a u neku ruku je i neprikladno s obzirom na to da se radi o lišenju života pod posebnim (kvalifikatornim) okolnostima. Dakle, meriti na „kantar“ šta je gore po žrtvu nije moguće, jer svako takvo ubistvo u sebi nosi (sadrži) visoku patnju, bol...

Ubistvo člana porodice koji je prethodno zlostavljan postoji u našem Krivičnom zakoniku od 2005. godine, kao novi oblik teškog ubistva. Prethodno je u tada važećem Krivičnom zakonu Republike Srbije iz 2002. godine zbog sve većeg interesovanja za nasilje u porodici kao društveni fenomen uneta inkriminacija pod nazivom „nasilje u porodici“, u nameri pružanja veće krivičnopravne zaštite od nasilja među članovima porodice. Polazi se od toga da je potrebna zaštita posebnog odnosa poverenja među članovima porodice, jer ono što odlikuje svakodnevne porodične odnose jeste emocionalnost, te stoga nasilje predstavlja iskakanje iz tog stanja svojstvenog za porodicu i porodične odnose.² Suštinski, njen *ratio legis* je pojačana zaštita određenih kategorija lica, a pre svega žena i dece od drugog člana porodice koji primenjuje nasilje. No, vreme je pokazalo da takva inkriminacija nije bila dovoljna. Zbog toga je u sadašnjem KZ, zakonodavac predvideo, možemo reći, još veću krivičnopravnu zaštitu od nasilja u porodici, kroz izmenjeno i dopunjeno krivično delo (u odnosu na prethodni Krivični zakon), ali kao što smo već istakli i kroz inkriminisanje ubistva člana porodice kao posebnog oblika teškog ubistva.

Da li je ovaj oblik inkriminacije bio neophodan u našem KZ, možemo posmatrati iz dva različita ugla, a da pri tome postoje argumenti i za jedan i za drugi

¹ Do izmena i dopuna KZ 2019. godine, maksimalna kazna zatvora za teško ubistvo bila je od 30 do 40 godina – napomena autora.

² Dragana Kolarić, Saša Marković, *Komentar Zakona o sprečavanju nasilja u porodice*, Službeni glasnik, Beograd, 2019, 55.

stav. Stanovište da se nije morao uvoditi ovaj oblik teškog ubistva polazi od toga da okolnosti koje karakterišu ovo ubistvo imamo u drugim tačkama čl. 114 KZ, kao što su ubistvo na svirep ili podmukao način, ubistvo iz koristoljublja, ubistvo iz bezobzirne osvete ili drugih niskih pobuda, ubistvo bremenite žene, ili ubistvo deteta. U tom smislu se ističe da ne stoji na putu sudiji da prilikom odmeravanja kazne tu činjenicu da je lišen života član porodice uzme kao otežavajuću okolnost i ide do najveće mere one kazne koja je propisana za ubistvo. Prema tome, ova odredba sama za sebe, bez dodatnih preciziranja u pogledu bića krivičnog dela, ne treba da postoji u savremenim krivičnopravnim sistemima.³ Možemo dodati, u prilog ovom stavu, da je takvih slučajeva, kao što je poznato, bilo i pre uvođenja ovog oblika teškog ubistva u KZ 2005. godine, i svakako nisu u sudskoj praksi prolazili sa blagim zatvorskim kaznama. Suprotan stav, koji je zakonodavac, kao što vidimo, prihvatio uvođenjem ove inkriminacije u KZ, polazi od toga da je porodično nasilje posebna i specifična vrsta nasilja, ne po radnjama i načinima na koji se ono vrši, već pre svega po tome gde se ono događa i ko su njegovi izvršioци i njegove žrtve. Na taj način je u kriminalnopolitičkom smislu učinjen pozitivan iskorak na planu suzbijanja ovakvih nasilničkih ponašanja u našem savremenom društvu, jer ova inkriminacija treba da odigra značajnu ulogu sa gledišta suzbijanja ove vrste nasilja.⁴

ANALIZA ZAKONSKE ODREDBE O TEŠKOM UBISTVU ČLANA PORODICE KOJI JE PRETHODNO ZLOSTAVLJAN

Lišenje života člana porodice koje je prethodno bilo zlostavljano jedna je od kvalifikatornih okolnosti teškog ubistva, predviđena u čl. 114. tač. 10 KZ. Suštinski, za ovaj oblik teškog ubistva od značaja je ko se sve smatra članom porodice i šta bi značilo zlostavljanje, a naročito, u smislu ovog člana – prethodno zlostavljanje. Specifičnost ovog oblika teškog ubistva možemo posmatrati dvostruko. Najpre, lišava se života, ubija, član porodice, neko ko je u srodstvu (najčešće krvnom) sa učiniocem, što u tom tragičnom događaju ima posebnu „gorčinu“, odnosno takav zločin čini još težim (ako se može uopšte razmišljati na taj način!). Drugo, lišava se života član porodice koji je u nekom periodu pre tog ubistva bio zlostavljan, maltretiran, eventualno mučen. Drugim rečima, i pre nego što je bio lišen života, žrtva je od svog člana porodice prolazila kroz fizičke ili psihičke patnje (a nekada i jedno i drugo) u određenom periodu. Kada sagledamo ova dva aspekta, teško se može izbeći osećaj šoka, neverice od strane svakog normalnog prosečnog građanina

³ Dragana Kolarić, *Krivično delo ubistva*, Službeni glasnik, 2008, 249.

⁴ Đorđe Đorđević, „Ubistvo člana porodice“, *Pravni život*, broj 9, Beograd, 2012, 183.

da se ovakve situacije mogu dešavati. Stoga je jasno i očekivano da je zakonodavac morao da za ovakvo krivično delo predvidi i najtežu moguću kaznu u našem KZ – doživotnu kaznu zatvora.

Postojeće zakonsko rešenje naizgled je jasno, no u sebi ima izvesnih nedorečenosti i nelogičnosti. To se, pre svega, odnosi na „prethodno zlostavljanje“, koje se može različito tumačiti. Ova zakonska nepreciznost, najblaže rečeno, egzistira od vremena kada je Krivični zakonik donesen (od 2005. godine), i za ovaj kvalifikatorni oblik, u međuvremenu, nije bilo nikakvih izmena i dopuna. S obzirom na specifičnosti ovog oblika teškog ubistva (ubistvo člana porodice), jasno je da ga treba sagledavati u kontekstu krivičnog dela nasilja u porodici iz člana 194 KZ. Možemo reći da iz pojma nasilja u porodici izvire i ovaj oblik teškog ubistva, odnosno predstavlja njegovu „preteču“. Nasilje, u tom smislu, podrazumeva primenu fizičke ili psihičke sile, ali prednost treba dati pre svega stavu prema kojem nasilje u krivičnom pravu (jednako kao i u jezičkom smislu) podrazumeva isključivo fizičko nasilje, odnosno primenu fizičke sile kao oblik prinude.⁵ Smatramo, imajući u vidu postojeće zakonsko rešenje iz člana 114. tačka 10 KZ, da je teško izvodljivo da pre samog ubistva nije postojao (nije mu prethodio) neki oblik nasilja u porodici, mada postoje mišljenja da ovde nije neophodno da je prethodno izvršeno krivično delo nasilje u porodici.⁶ Ovakav stav je zauzeo i Apelacioni sud u svojoj presudi u kojoj se ističe da nije neophodno da je prethodno izvršeno krivično delo nasilja u porodici, već je dovoljno da je ubistvu prethodilo „kontinuirano i sistematsko zlostavljanje koje se ogleda u nanošenju fizičkog i psihičkog bola“ (AS u Nišu, Kž.1 848/15).⁷

U tom smislu najpre treba posmatrati leksički sam pojam zlostavljanja, jer je teško, bolje reći neizvodljivo, posmatrati ga odvojeno od samog pojma nasilja. Zlostavljanje se može odrediti kao maltretiranje, mučenje, tlačenje, tirisanje, ugnjetavanje, izživljavanje, mrcvarenje, itd.⁸ S druge strane, etimološki, pojmom nasilje označavamo prinudu, surovost, okrutnost, mučenje, ugnjetavanje, brutalnost, nemilosrdnost, nemilost, zlostavljanje...⁹ Upoređivanjem ova dva termina možemo uočiti veliku sličnost, pa i istovetnost u pogledu značenja. Štaviše, iz navedenog rečnika sinonima u pojmu nasilje je sadržana i reč zlostavljanje. Dakle, nužno se ova dva pojma prepliću. Osim toga, treba imati u vidu i osnovni oblik krivičnog

⁵ Nataša Delić, „Mogućće nedoumice u vezi pravog/ispravnog značenja pojedinih pojmova koji predstavljaju objektivna obeležja bića“, *Kaznena reakcija u Srbiji, XII*, Beograd, 2022, 56.

⁶ Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 444.

⁷ Nataša Delić, *Krivično pravo*, posebni deo, drugo izdanje, Beograd, 2022, 41.

⁸ Pavle Ćosić, *Rečnik sinonima*, Prometej, Beograd, 2008.

⁹ *Ibidem*.

dela nasilja u porodici koji kaže: „Ko primenom nasilja, pretnjom da će napasti na život ili telo, drskim ili bezobzirnim ponašanjem ugrožava spokojstvo, telesni integritet ili duševno stanje člana svoje porodice...“; ali i st. 2 istog člana: „Ako je pri izvršenju dela iz stava 1. ovog člana korišćeno oružje, opasno oruđe ili drugo sredstvo podobno da telo teško povredi ili zdravlje teško naruši...“ Kada pogledamo st. 1. i 2. člana 194 KZ i laički i pravnički se može zaključiti da ovo krivično nužno u sebi sadrži zlostavljanje. Ovo zato što kada pogledamo oblike (načine) izvršenja krivičnog dela nasilja u porodici (u st. 1. i 2), možemo se zapitati šta je to ako nije zlostavljanje!? Uostalom, možemo postaviti i pitanje, u čemu je razlika između zlostavljanja i nasilja, uključujući i nasilje u porodici. Smatramo da te razlike nema, ili je ta razlika toliko minimalna (beznačajna) da je besmisleno i osvrutati se na nju.

Imajući u vidu napred navedeno, može se zaključiti, tumačenjem odredbe člana 114. tačka 10 KZ, da je pre lišenja života člana porodice morao postojati neki oblik nasilja u toj porodici koji se manifestovao kroz zlostavljanje. Šta bi u konkretnom slučaju, u smislu navedenog oblika teškog ubistva, predstavljalo zlostavljanje? Kao što smo već naveli, zlostavljanje u srpskom jeziku ima širok „dijapazon“ i iz pravničkog ugla bi se moglo definisati na više načina, pri čemu bi svako postojeće teorijsko definisanje bilo prihvatljivo. Na primer, može se odrediti kao „delovanje na telo koje izaziva fizičku ili psihičku neprijatnost čak i bol“¹⁰, „delovanje na telo koje nema za posledicu telesnu povredu“¹¹, „nanošenje drugome fizičke ili psihičke patnje, neprijatnosti ili bola koje nema za posledicu telesnu povredu“¹² ili „nanošenje fizičkih i psihičkih patnji tako da može imati oblik djelovanja na tijelo neke osobe, a može se sastojati i u psihičkom maltretiranju“¹³. Ovo je samo deo definicija zlostavljanja, no pored definisanja treba istaći i koji bi to konkretni postupci bili odnosno šta to učinilac preduzima prema svom članu porodice pre nego što ga liši života. Kao najčešći oblici zlostavljanja su (od kojih su neki već navedeni iz rečnika sinonima – napomena M. M.) – prigovaranje, vikanje, vređanje, omalovažavanje, ismevanje, pljuvanje, šamaranje, povlačenje ili čupanje kose, povlačenje nosa, povlačenje ušiju, uskraćivanje hrane i pića, izazivanje i održavanje straha, izlaganje neprimerenoj hladnoći ili toploti, kao i čitav niz radnji i postupaka koji imaju za posledicu da se oštećena osoba oseća ugroženo, poniženo, da doživljava i proživljava

¹⁰ Dragoljub Atanacković, *Krivično pravo*, posebni deo, Beograd, 1985, 88.

¹¹ Zoran Stojanović, Obrad Perić, *Krivično pravo*, posebni deo, Beograd, 2006, 60.

¹² Miroslav Đorđević, Đorđe Đorđević, *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Beograd, 2010, 153.

¹³ Miloš Babić, Ljiljana Filipović, Ivanka Marković, Zdravko Rajić, *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*, Savjet/Vijeće Evrope, Evropska komisija, II knjiga, Sarajevo, 2005, 982.

„stresove“ i traume (fizičke i psihičke prirode). Kod ovog krivičnog dela zlostavljanje treba tumačiti šire u odnosu na istoimenu inkriminaciju, što znači da u obzir dolazi i primena prinude koja uključuje telesne povrede.¹⁴ Takođe treba imati u vidu da je zlostavljanje u svakom konkretnom slučaju drugačije, jer zavisi pre svega nad kim se vrši zlostavljanje, jer nije isto ako je npr. žrtva maloletna osoba, starija osoba, osoba narušenog zdravlja bez obzira na godine, mentalno obolela osoba ili pak s druge strane neka prosečna zdrava osoba.

Navedeni načini zlostavljanja, koji imaju oblike psihičkog, a pogotovo fizičkog maltretiranja, često prolaze nezapaženo ili se to minimizira od strane okoline (komšija, prijatelja, kolega s posla itd.), pa čak i od ostalih članova porodice, ukoliko žive zajedno ili su u čestom kontaktu. Kako to „obično biva“ kada se desi tragedija, odnosno ubistvo, onda bude kasno, jer tada se više ne može ništa ispraviti, a od analiziranja postupaka – samog zlostavljanja učinioca prema žrtvi tokom ranijeg perioda takođe nema ništa.

Ono što je svakako karakteristično kod ove odredbe da to lice koje je lišeno života od strane člana porodice treba da je prethodno zlostavljano. Šta bi to značilo da je prethodno zlostavljano? Zakonodavac nije dao bliže objašnjenje na šta bi se to odnosilo, a što u praksi može da izazove brojne dileme, nejasnoće, a sem toga javlja se problem i sa razgraničenjem najtežeg oblika nasilja u porodici iz člana 194. stav 4 KZ (ako je usled nasilja nastupila smrt člana porodice – napomena M. M.). Izlaz iz postojeće situacije, bar kada je reč o razgraničenju ova dva krivična dela, jeste da se kod najtežeg oblika nasilja u porodici, iz člana 194. stav 4 KZ, radi o krivičnom delu koje je kvalifikovano težom posledicom, što znači da u odnosu na smrt člana porodice mora postojati nehat,¹⁵ dok se ovo drugo krivično delo može izvršiti samo sa umišljajem, bilo direktnim, bilo eventualnim.

U teoriji nalazimo na tumačenje da izraz „kojeg je prethodno zlostavljao“ obuhvata jedno kontinuirano zlostavljanje, pri čemu ubistvo može uslediti u toku zlostavljanja ili neposredno posle toga.¹⁶ U tom smislu je presuda Okružnog suda u Nišu u kojoj se kaže da ovaj oblik teškog ubistva pretpostavlja da se lišenje života vrši u toku zlostavljanja člana porodice ili neposredno nakon zlostavljanja na istom mestu i u istoj prilici ili u kontinuitetu sa zlostavljanjem (VS u Nišu, Kž.1. 114/15).¹⁷ Ovaj stav je verovatno najmanje sporan, ali šta je sa situacijom u kojoj se zlostavljanje nije dogodilo neposredno pre ubistva člana porodice, već se desilo,

¹⁴ N. Delić (2022), op. cit., 47.

¹⁵ Z. Stojanović (2018), op. cit., 444.

¹⁶ D. Kolarić (2008), op. cit., 250.

¹⁷ N. Delić (2022), op. cit. 41.

na primer, sedam dana, mesec dana ranije, pa čak i duže? Nalazimo da ukoliko je postojala uslovno rečeno „pauza“ u tom zlostavljanju – duži vremenski period između samog čina zlostavljanja (ma kakav bio i u čemu se ogledao!) i čina lišenja života, ne bi se onda moglo podvesti pod teško ubistvo člana porodice. Smatramo da to nije bila intencija zakonodavca, nego da se za teško ubistvo člana porodice kazne oni učinioci koji u kontinuitetu vrše zlostavljanje, a potom umišljajno liše života svog člana porodice. Stoga, ukoliko je prošao duži period između ta dva čina, onda bi se najverovatnije radilo o sticaju između krivičnog dela zlostavljanja i mučenja i krivičnog dela ubistva, ili sticaju između krivičnog dela nasilja u porodici i krivičnog dela ubistva.¹⁸ Postoji mišljenje da pitanje vremenske povezanosti nije toliko bitno koliko je bitna suštinska veza između pomenutih akata mada je i vremenski sled obično zadovoljavajući (kraći) – najčešće u roku od godinu dana od prekida zajedničkog života (misli se na partnerske odnose – napomena M. M.), obično opterećenog nasiljem, dolazi do ubistva.¹⁹

Kada se govori o kontinuitetu zlostavljanja, taj kontinuitet u određenom obliku mora da postoji. Dakle, ovaj oblik teškog ubistva ne bi postojao ukoliko je lišenje života usledilo nakon jednog zlostavljanja. Namera zakonodavca je, prema mišljenju autora, kod ove inkriminacije bila da je pre samog ubistva moralo postojati više radnji zlostavljanja koje su trajale određeni vremenski period. Čini se da bi iz kriminalnopolitičkih razloga trebalo uzeti da ovaj oblik teškog ubistva postoji i onda kada je sistematsko zlostavljanje „samo“ prethodilo ubistvu, kao i onda kada je ubistvo ostvareno u toku zlostavljanja koje je i prethodno kontinuirano vršeno.²⁰ No, iako smo pokušali da preciziramo i damo neke smernice u vezi izraza „kojeg je prethodno zlostavljao“, nejasnoće i nedoumice u tom pogledu i dalje će postojati.

Dalje, u pogledu činjenice ko se smatra članom porodice naizgled nema nedoumica i nejasnoća. Ovo iz razloga što je u čl. 112. st. 28 KZ definisano: „Članom porodice smatraju se: supružnici, njihova deca, preci supružnika u pravoj liniji krvnog srodstva, vanbračni partneri i njihova deca, usvojlac i usvojenik, hranilac i hranjenik. Članovima porodice smatraju se i braća i sestre, njihovi supružnici i deca, bivši supružnici i njihova deca i roditelji bivših supružnika, ako žive

¹⁸ Đorđe Đorđević, „Novi oblici teških ubistava u predlogu Krivičnog zakonika“, *Pravni život*, broj 9, Beograd, 2005, 151.

¹⁹ Biljana Simeunović-Patić, Slađana Jovanović, *Žene žrtve ubistva u partnerskom odnosu*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2013, 168.

²⁰ Nataša Delić, „Krivično delo nasilja u porodici (član 194. Kzs): zakonski pojam, doktrinarne stavovi i sudska praksa“, *Zbornik – Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija, prevencija*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2010, 107.

u zajedničkom domaćinstvu, kao i lica koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu.“ Međutim, postojeće zakonsko rešenje u sebi ima nelogičnosti i dilema koje mogu predstavljati problem u praktičnoj primeni.

Iz definicije ko je sve član porodice u Krivičnom zakoniku proizilazi da ih možemo svrstati, uslovno rečeno, u tri kategorije. Najpre, u prvoj kategoriji bi bili supružnici, njihova deca, preci supružnika u pravoj liniji krvnog srodstva, vanbračni partneri i njihova deca, usvojlac i usvojenik, hranilac i hranjenik. Iz same zakonske odredbe proizilazi da nije od značaja da li žive u zajedničkom domaćinstvu ili ne. Sam odnos među njima je, po mišljenju zakonodavca, toliko jak da se smatraju članovima porodice bez obzira na to u kojem kraju grada ili države, pa i dalje, žive. No, ova tzv. prva kategorija ima određene nedostatke. Pažljivijim sagledavanjem možemo uočiti da se pominju supružnici, njihova deca, kao i preci u pravoj liniji, a da su izostavljeni potomci posle dece odnosno unučad ili eventualno prauučad... Time dolazimo u paradoksalnu situaciju da ako unuk ubije dedu ili babu, koju je prethodno zlostavljao će se smatrati ubistvom člana porodice (u smislu čl. 114. tač. 10 KZ), a ukoliko je obratno, pa deda ili baba ubiju unuka ili unuku, onda nema mesta primeni ove odredbe jer se unuk ne smatra članom porodice.²¹ Ovaj pravni nonses bi morao biti korigovan, jer ga ne možemo tretirati kao omašku, već kao ozbiljnu pravnu anomaliju. Takav propust bi mogao biti rešen na način da u zakonskom tekstu u čl. 112. st. 28 KZ umesto njihove dece, piše njihovi potomci.

Sličnu primedbu možemo istaći i kada su u pitanju „vanbračni partneri i njihova deca“! Naime, nejasno je zašto su samo deca, a ne i unuci vanbračnih partnera ili njihovi preci. Po čemu oni imaju manju „snagu“ odnosno značaj da se ne bi tretirali na isti način kao i deca vanbračnih partnera. Ovo ističemo i iz razloga što po odredbama Porodičnog zakona: „Vanbračna zajednica je trajnija zajednica života žene i muškarca, između kojih nema bračnih smetnji (vanbračni partneri)“ (čl. 4. st. 1 Porodičnog zakona), a u sledećem stavu istog zakona se kaže da: „Vanbračni partneri imaju prava i dužnosti supružnika pod uslovima određenim zakonom“.²² Shodno ovim odredbama, trebalo bi učiniti iste korekcije kao i kada su u pitanju supružnici (bračni drugovi), i da imaju u tom smislu isti tretman.

Najzad, iz nepoznatih ili bolje reći neobjašnjivih razloga nisu stavljeni ni staratelj i štićenik kao članovi porodice. Ovo ističemo jer starateljstvo predstavlja poseban oblik zaštite maloletnih lica (dece bez roditeljskog staranja) i punoletnih

²¹ Đ Dorđević, (2012), op. cit., 183.

²² Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015.

lica (lica koja su lišena poslovne sposobnosti). Dakle, između staratelja i šticećenika se stvara odnos koji je po svojim svojstvima često u „rangu“ s krvnim srodstvom, pa je time ova nelogičnost u smislu izostavljanja izražavanja, što može da stvori probleme u praksi.

Druga, uslovno rečeno, kategorija lica koja se smatraju članovima porodice jesu braća i sestre, njihovi supružnici i deca, bivši supružnici i njihova deca i roditelji bivših supružnika, ako žive u zajedničkom domaćinstvu. Kod ove kategorije lica je, kao što vidimo, neophodno da postoji zajednica života da bi se govorilo o njima kao članovima porodice. Nelogičnosti i nepreciznosti u ovom delu postoje jer nisu obuhvaćeni braća i sestre roditelja, što dovodi do novih paradoksa. Naime, lišenje života bratanca ili sestrića podvelo bi se pod ubistvo člana porodice, a s druge strane, lišenje života strica, ujaka, tetke ne bi se tretiralo kao teško ubistvo, odnosno podvelo pod odredbe čl. 114. tač. 10 KZ, jer nisu članovi porodice. Ova pravna anomalija bi se mogla rešiti jednostavnim proširenjem odredbe čl. 112. st. 28 KZ, tako što bi se nakon reči braća, sestre, njihovi supružnici i deca, dodale i reči braća i sestre roditelja.

Treća kategorija članova porodice su lica koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu, i ona su ponajmanje sporna, te se stoga nećemo na njih posebno osvrnuti.

Inače, postojeća definicija člana porodice je prvobitno obuhvatala mnogo manji broj članova porodice. Naime, u Krivičnom zakoniku koji je stupio na snagu 1. januara 2006. godine, članom porodice su se smatrali kako je to navedeno „i bivši supružnici i njihova deca, kao i roditelji bivših supružnika“.²³ Rezimirajući odredbe o članu porodice, kao što vidimo iz izloženog, ni ova proširena lista članova porodice nije otklonila probleme koji mogu nastati u praksi, jer su i dalje pojedini bliski članovi porodice neopravdano i nelogično isključeni (unuci, tetke, stričevi, ujaci, bratanci/bratanice, sestrići/sestričine itd.). Objektivno posmatrano, opravdanja za takve propuste zakonodavca nema, niti se može iole nekim posebnim argumentima obrazložiti, jer se radi o bliskim srođnicima, te samim tim očekivano su česte situacije da su sticajem životnih prilika upućeni jedni na druge. Iz takvog rodbinskog okruženja mogu proizaći razni oblici nasilja, zlostavljanja, koji se na kraju završe smrtnim ishodom.

Umesto ovakvog, možemo reći delimično problematičnog zakonskog rešenja kada se govori o članovima porodice, koje je u nekim segmentima nedorečeno, nelogično i neprecizno, trebalo bi jednostavno preuzeti odredbe iz Porodičnog zakona. Na taj način, bez nepotrebnog eksperimentisanja bi se otklonile sve dileme.

²³ Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, broj 85/2005.

Da bi bilo jasnije, navešćemo ko se sve smatra članom porodice, kada se govori o nasilju u porodici u smislu Porodičnog zakona. Prema članu 197. stav 3, smatraju se: „1. supružnici ili bivši supružnici; 2. deca, roditelji i ostali krvni srodnici, te lica u tazbinskom ili adoptivnom srodstvu, odnosno lica koja vezuje hraniteljstvo; 3. lica koja žive ili su živela u istom porodičnom domaćinstvu; 4. vanbračni partneri ili bivši vanbračni partneri; 5. lica koja su međusobno bili ili su još uvek u emotivnoj ili seksualnoj vezi, odnosno koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu.“ Možda je krug lica koja se smatraju članom porodice prema Porodičnom zakonu preširok jer teško bi se baš svi navedeni u članu 197. stav 3 pomenutog zakona mogli podvesti pod inkriminaciju iz člana 114. tačka 10 KZ. Možemo reći da su mišljenja o tome podeljena, pa tako imamo mišljenje prema kojem je definicija člana porodice koju daje KZ, naročito iz perspektive krivičnopravne primene, neuporedivo preciznija od one koju nudi porodično zakonodavstvo. Naime, Porodični zakon uslov zajedničkog porodičnog domaćinstva izričito vezuje samo za pojedine kategorije lica, iz čega *a contrario* moramo zaključiti da su sva prethodno navedena lica članovi porodice – samo ako žive u zajedničkom domaćinstvu. Kako se dalje ističe, to je nelogično jer prethodne tačke navode i one krvne srodnike, gde uslov zajedničkog življenja ne bio smeo da bude odlučan (deca ili roditelji), dok, s druge strane, tu se nalaze bez izuzetka svi krvni, tazbinski ili adoptivni srodnici, što nema previše smisla.²⁴ Ipak, preovlađuje stav koji je izražen u jednom delu naše doktrine da je primetna namera da se taj krug lica koji bi se smatrao članovima porodice širi zbog njihove sve češće ugroženosti u svim oblicima nasilja.²⁵ Osim toga, u teoriji se s pravom ističe shvatanje, da bi pod pojmom člana porodice trebalo podrazumevati (obuhvatiti) i druga lica koja sa učiniocem žive u zajedničkom domaćinstvu i koja se u odnosu na njega nalaze u odnosu zavisnosti (npr. lice kome učinilac omogućava život u zajedničkom domaćinstvu).²⁶

ZAKLJUČAK

Uvođenje ovog oblika teškog ubistva u naš Krivični zakonik predstavlja zaštitu od najgoreg oblika porodičnog nasilja, ali je veliko pitanje da li ova inkriminacija može uticati na smanjenje broja ubistava članova porodice koji su prethodno

²⁴ Igor Vuković, „Nasilje u porodici kao krivično delo – pojedini problemi u primeni prava“, *Nasilje u porodici – Zbornik radova sa naučnog skupa*, Beograd, 2012, 134.

²⁵ Slađana Jovanović, „Pravo na život i zaštita od nasilja u porodici“, *Pravni život*, broj 9, Beograd, 2004, 147.

²⁶ Đ. Đorđević (2005), op. cit., 151.

zlostavljani. Kako god bilo, ovom inkriminacijom je svakako učinjen korak napred u pravcu smanjenja, laički rečeno, porodičnih tragedija koje se manifestuju ubijanjem unutar same porodice. Ipak, kao što smo na to ukazali u radu, trebalo bi da „pretrpi“ korekcije u narednom periodu kroz izmene i dopune KZ, kada budu usledile, jer je postojeće rešenje neprecizno i uopšteno. Ukazano je i na to koje odredbe ovog oblika teškog ubistva treba menjati, no to sa sobom po prirodi stvari nužno povlači i izmene i dopune čl. 112. st. 28 KZ koji definišu ko se sve smatra članom porodice. Očigledno je da se ova odredba treba dopuniti odnosno proširiti i na druga lica koja su takođe članovi porodice (unuci, stričevi, ujaci, tetke...) s obzirom na to da su i oni često ugroženi raznim oblicima nasilja i zlostavljanja. Takođe, trebalo bi izvršiti korekcije i u pogledu samog izraza koji se odnosi na prethodno zlostavljanje jer, kao što je istaknuto, može da stvori ozbiljne probleme u sudskoj praksi. Na taj način, uz predložene korekcije, nalazimo da bi ovaj oblik teškog ubistva u krivičnom zakonodavstvu Srbije zaista doprineo većoj krivičnopravnoj zaštiti prava na život, a u konkretnom slučaju člana porodice.

Dr. MARKO MILOVIĆ
Attorney at law, Belgrade

DEPRIVATION OF THE LIFE OF A FAMILY MEMBER WHO WAS PREVIOUSLY ABUSED – INCONSISTENCIES AND INACCURACIES OF THE EXISTING LEGAL SOLUTION

Summary

Deprivation of the life of a family member who has previously been abused is one of the forms of the crime of aggravated murder and exists since 2006 in our Criminal Code. This incrimination certainly took a step forward towards reducing, in layman's terms, family tragedies manifested by killing within the family itself, although this legal provision is seemingly clear, there are several doubts that can create problems in court practice. In this sense, it pointed to deficiencies related to the definition of a family member, especially in regard to some (blood) relatives who were unjustifiably excluded in the KZ. It also noted dilemmas and illogicalities about expressions about previous abuse of a person who was later deprived of life, and what that term might encompass, and the timeframe in which the abuse would have to take place in order to be brought to justice for aggravated murder. In addition to analyzing this form of crime, proposals have been made on how to resolve these ambiguities and ambiguities in some subsequent changes and amendments to the KZ. We believe that these corrections would criminally commit aggravated murder under Article 114, item 10. The criminal code really contributed to greater criminal protection of the right to life.

Key words: abuse, murder, family member, violence

Literatura

- Atanacković D., *Krivično pravo, posebni deo*, Privredna štampa, Beograd, 1985.
- Babić M., Filipović Lj., Marković I., Rajić Z., *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*, Savjet/Vijeće Evrope, Evropska Komisija, II knjiga, Sarajevo, 2005.
- Ćosić P., *Rečnik sinonima*, Prometej, Beograd, 2008.
- Delić N., „Krivično delo nasilja u porodici (član 194. KZS): zakonski pojam, doktrinarni stavovi i sudska praksa“, *Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija, prevencija*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2010.
- Delić N., „Moguće nedoumice u vezi pravog/ispravnog značenja pojedinih pojmova koji predstavljaju objektivna obeležja bića“, *Kaznena reakcija u Srbiji, XII deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2022.
- Delić N., *Krivično pravo, posebni deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2022.
- Đorđević M., Đorđević Đ., *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Projuris, Beograd, 2010.
- Đorđević Đ., „Novi oblici teških ubistava u predlogu Krivičnog zakonika“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2005.
- Đorđević Đ., „Ubistvo člana porodice“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2012.
- Jovanović S., „Pravo na život i zaštita od nasilja u porodici“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2004.
- Kolarić D., *Krivično delo ubistva*, Službeni glasnik, 2008.
- Kolarić D., Marković S., *Komentar Zakona o sprečavanju nasilja u porodice*, Službeni glasnik, Beograd, 2019.
- Simeunović-Patić B., Jovanović S., *Žene žrtve ubistva u partnerskom odnosu*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2013.
- Stojanović Z., Perić O., *Krivično pravo, posebni deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2006.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2012.
- Vuković I., „Nasilje u porodici kao krivično delo – pojedini problemi u primeni prava“, *Nasilje u porodici – Zbornik radova sa naučnog skupa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.

PREGLEDNI RAD

HAJRIJA MUJOVIĆ

POUKE FRANCUSKE PRESUDE „PERRUCHE“ – PODSEĆANJE NA PROŠLU RASPRAVU

Članak se bavi pitanjima prenatalne štete u medicinskom kontekstu, na način kako je ona presuđena u poznatom predmetu Kasacionog suda Francuske još iz 2000. godine pod nazivom „Perruche“, kao i periodom važenja *lex specialis* zakona, koji je kasnije doživeo određene promene u pravcu pojašnjenja. Osobnosti ovog slučaja i svojevrsna kritika usvojenog zakona već su ranije razmatrani na Kopaoničkim susretima.¹ Sada je prilika da se ponovo ukaže na aktuelnost pitanja medicinskog i odštetnog prava u vezi sa tom vrstom šteta – *wrongful birth* i *wrongful life* štete. Pitanja su trenutno u žiži interesovanja francuske pravne teorije, budući da se obeležava dvadeset godina od slučaja „Perruche“ i ponovo se diskutuje o konkretnim rešenjima, prednostima i manama.² Sudska praksa i dalje nastoji da naglasi sve bitne aspekte odlučivanja. Određeni uticaj daje i skorašnja odluka Evropskog suda za ljudska prava. Zaključuje se da je u ovako složenim postupcima, sa stanovišta francuskog prava, potrebno iznaći izbalansiran odnos između principa naknade štete i otklanjanja nejasnoća u primeni povodom tih slučajeva donetog zakona, po pitanjima kao što su zabrana diskriminacije, tumačenje retroaktivnosti u građanskom pravu i razvoj mehanizma nacionalne solidarnosti uspostavljenog da pruži potporu pravednom obeštećenju bolešću pogođene dece i porodica.

Ključne reči: prenatalna dijagnostika, građanska odgovornost, hendikepirano dete, pravo Francuske

Dr Hajrija Mujović, naučni savetnik Instituta društvenih nauka u Beogradu, Centar za pravna istraživanja, e-mail: hajrija.mujovic@gmail.com.

¹ Hajrija Mujović Zornić, „Medicinska odgovornost za štetu – kontroverze slučaja Perruche“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2004, 221–244.

² <https://www.actu-juridique.fr/civil/larret-perruche-20-ans-deja/>.

U V O D

U vreme savremene i biotehnoški veoma razvijene medicinske prakse u velikoj meri porasli su i zdravstveni rizici, kojima se sigurnost i učinci onoga što se medicinski preduzima prema pojedincu može dovesti u pitanje. Ova konstatacija odnosi se i na aktuelnu praksu u oblasti dijagnostičkih intervencija kod reproduktivnog zdravlja, koje se preduzimaju u prevenciji ili detekciji stanja trudnica i nerođene dece. Deo toga su i preduzimanje mera u cilju zaštite genetičkog zdravlja ljudi. Gledano sa distance savremenog trenutka, problematika pravnog promišljanja ljudske reprodukcije i uopšte stvaranja novog života prošla je određeni razvojni put koji nije uvek išao pravolinijski. Ako bi se pošlo od najstarijih izvora i dao istorijski osvrt razvoja propisa i položaja u društvu, najraniji pisani tragovi o pitanjima ljudskog rađanja, abortusa i porođaja datiraju još od Hamurabijevog zakona, Hipokratove zakletve, kao i zakona Starog Rima.³ Poznato je da je Rimsko pravo iznedrilo maksimu *infans conceptus*, odnosno „da se začeto dete ima smatrati već rođenim, ukoliko se radi o zaštiti njegovih interesa“. U to vreme takođe su nastale rimske sentence da „nerođeno dete predstavlja deo majčine utrobe“ i da se „ljudski plod rađa do kraja desetog meseca od začeca“. Mnogo godina kasnije savremenu kodifikaciju građanskih prava obeležio je francuski *Code civil* i ona, kao takva, u osnovi važi i danas.⁴

U sferi pravnog interesa za rađanje, u teoriji i zakonodavstvu, dugo se nalazilo samo pitanje abortusa, kao mogućeg uticaja na ljudski život u nastajanju. Druge regulative, osim krivičnopravne nije bilo. U dominaciji krivičnih propisa, eventualno se postavljalo samo pitanje odgovornosti za štetu onoga ko vrši krivično delo nedozvoljenog abortusa. Naime, važilo je shvatanje da lekar koji obavi nedozvoljeni abortus odgovara zbog štetnih posledica i onda kad u pogledu njih nije imao nikakvu dalju krivicu. To označava odgovornost po pravilu *versari in re illicita*, da ko svojom krivicom dospe u neku nedozvoljenu situaciju, odgovoran je za sve štetne posledice koje iz nje proisteknu.⁵ Ipak, sa razvojem ličnih prava mnoga pitanja medicinske prakse se dekriminalizuju i ulaze u domen uređenja od strane građanskog prava, bilo da je reč o statusnom, porodičnom

³ Neil Grauer, „Medicine and the Law“, *The Encyclopedia of health and medical issues*, New York, Philadelphia, 1989, 28.

⁴ Dragomir Stojčević, Ante Romac, *Dicta et regulae iuris*, Savremena Administracija, Beograd, 1984, 225 i 172: Rimske sentence – *Infans conceptus pro iam nato habetur quoties de commodo eius agitur* (Začeto dete smatra se za već rođeno ukoliko se radi o zaštiti njegovih interesa), *Filius in utero matris est pars viscerum matris* (Nerođeno dete je deo majčine utrobe).

⁵ *Versanti in re illicita imputantur omnia, quae ex delicto sequuntur* (Ko se umeša u zabranjen stvar, odgovara za sve što iz tog delikta nastane), v. *Ibidem*, 544.

ili medicinskom pravu.⁶ Unapređena je oblast građanskog prava za pitanja koja su povezana sa početkom života, a razlozi su brojni i objektivne i subjektivne prirode. Direktna uticaja imalo je širenje znanja o relevantnim uzročnim vezama i novim mogućnostima da se utiče na ljudski život koji se rađa, kao što su novi dijagnostički metodi i druga biotehnoška unapređenja. Promene prate nova etička i pravna rešenja, koja se između ostalog tiču i različitih rizika nastanka prenatalne štete.

Razumevanje pozicije ljudskih prava u praksi reproduktivne medicine i bioetičkih pravila zahtevaju određene garancije koje izvesno mogu ponuditi pravna pravila. Uspostavljanje standarda, osiguranje pravnog okvira i praćenja poštovanja tih pravila pitanja su od suštinske važnosti. U tom smislu obuhvatnije se sagledavaju sa pravnog aspekta osobenosti ove oblasti medicinske prakse, pre svega, prenatalne dijagnostike, šta ona obuhvata, koji su joj rizici a koji učinci, i kakav je pravni položaj njenih aktera, posebno nerođenog deteta. Izvesno je da neželjeni ishodi po pitanju rođenja nekada mogu, uz ispunjenje zakonskih uslova, rezultirati odgovarajućom pravnom zaštitom.

PITANJA ŠTETE I UTUŽENJA

Prema svom određenju kroz zakone i sudsku praksu,⁷ kao i prema svom nazivu pojam prenatalnih šteta predstavlja svako škođenje koje ima štetne posledice po plod u majčinoj utrobi i gde zahtev za naknadu štete ističe samo dete i kao takav opisuje se u inostranoj i domaćoj pravnoj literaturi.⁸ Rasprave svedoče o tome da teoretičari prave razliku između više slučajeva šteta, gde je u najopštijem smislu reč o škođenju *nasciturus*-u izazvanom mehaničkim uticajem iz okoline na bremenitu ženu u vremenu između začeća i rođenja. Dalje su se kao rizični po zdravlje nerođenog deteta ističu spoljni, teratogeni faktori, koji mogu dovesti do štete.⁹ U literaturi medicinskog prava naglašava se da reč *prenatalan* potiče od latinskog izraza

⁶ Dieter Medicus, *Zivilrecht und werdendes Leben*, München, 1985, 5.

⁷ Congenital Disabilities (Civil Liability) Act, 1976, UK; Loi No 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et a l'utilisation des elements et produits du corps humain, a l'assistance medicale a la procreation et au diagnostic prenatal; Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen, Genodiagnostikgesetz – GenDG, 2009.

⁸ Sherman Elias, Georg Annas, *Reproductive genetics & the Law*, Chicago London, 1987, 110; Jakov Radišić, *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd, 2008, 176; H. Mujović Zornić, *Neželjeno rođenje deteta kao slučaj štete i odgovornost lekara*, Nomos, Beograd, 2002, 2–6; Zoran Ponjavić, „Prenatalna šteta“, *Pravni život*, br. 11–12, Beograd, 1992, 1812.

⁹ S. Elias, G. Annas, op. cit., 110.

prae natalis koji znači pre rođenja, te u tom smislu prenatalna šteta podrazumeva štetu na ljudskom zametku (embrion) izazvanu povredama u vremenu od njegovog postanka do rođenja.¹⁰ Svejedno je da li se embrion nalazio u majčinoj utrobi ili je *in vitro*.

Vremenom se u razmatranju materije prenatalnih šteta došlo do oblasti medicinske prakse u okviru koje postaju relevantni određeni postupci i mere preduzete u medicini rađanja ljudi (reproduktivna medicina) u smislu etički i pravno dopuštenog činjenja ili nečinjenja. Pre svega, reč je o prenatalnim dijagnostičkim tehnikama koje predstavljaju ciljana ispitivanja nerođene dece i budućih roditelja i imaju za cilj da dobiju informacije o detetu.¹¹ Pojam u ovoj oblasti medicinski odgovorno postupanje obuhvata pod određenim uslovima i preimplantacionu dijagnostiku, kao i prekonceptijski skrining budućih roditelja. Sa pravne strane može se izdiferencirati više slučajeva šteta u pogledu vremena nastanka štetnog događaja i načina delovanja na plod, te se razlikuju: – *prekonceptijske* štete, kao štete vezane za samo začeca koje su uslovile trudnoću ploda sa anomalijama; – *prenatalne* štete u užem smislu, kao štete nastale u toku trudnoće usled pogrešne ili propuštene prenatalne dijagnostike, ili neobaveštavanja o anomalijama ploda; – *porođajne* štete, kao štete koje su uzrokovale anomaliju zbog nestručnog i nepažljivog postupanja pri pomaganju u porođaju.¹² Reč je o diferenciranom pristupu šteti kakva se zastupa u delu pravne teorije.¹³

Posmatrajući razvoj sudske prakse uočava se da su najranije tužbe za naknadu prenatalne štete uobličene u praksi anglosaksonskih sudova kao slučajevi koje

¹⁰ J. Radišić (2008), op. cit., 198–202.

¹¹ Temelje prenatalnoj dijagnostici postavio je akušer Ian Donald prvim sonografskim prikazom nerođenog djeteta čiji su rezultati objavljeni u *The Lancet* 1958. pod naslovom „Investigation of abdominal masses by pulsed ultrasound“, citirano prema fusnoti 1, u: Christian A. Hübner, „Pränataldiagnostik“, *Medizinische Genetik*, Volume 26, No. 3, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2014, 372–373; „Guideline 023: Prenatal Diagnosis and Screening“, *FIGO Ethics and Professionalism Guidelines for Obstetrics and Gynecology* (eds. F. A. Chervenak, L. B. McCullough), FIGO Committee on Ethical and Professional Aspects of Human Reproduction and Women’s Health, London, 2021, 72–73. <https://www.figo.org/what-we-do/figo-divisions-committees/committee-ethical-aspects-human-reproduction-and-womens-health>, 2. 8. 2022.

¹² Hajrija Mujović Zornić, „Prenatalne štete u medicini i odgovornost“, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (ur. Silvija Petrić), Neum, 2007, 433–453.

¹³ Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, *Medizinrecht*, 7 Auflage, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2014, 421–435; Paola Frati, Vittorio Fineschi, Mariantonia Di Sanzo, Raffaele La Russa, Matteo Scopetti, Filiberto M. Severi, and Emanuela Turillazzi, „Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies“, *Human Reproduction Update*, Vol. 23, No. 3, London, 2017, 338–357.

obeležavaju greškom nastala činjenica rođenja ili greškom nastali otežavajući životni uslovi, poznati kao *wrongful birth* (neželjeno rođenje) i *wrongful life* (neželjeni život) slučajevi.¹⁴ Sporovi ove vrste prisutni su u praksi država anglosaksonskog i kontinentalnog prava, poprimajući su i nove oblike (*wrongful conception*).¹⁵ Presude svedoče o tome da do štete može da dođe i usled opterećenja pravnom obavezom, koja je nastala činjenjem ili nečinjenjem drugoga, kao vid pasivne štete.¹⁶ Do opterećenja po roditelje i dete ne bi došlo da nije bilo kršenja obaveze stručnog i pažljivog postupanja od strane medicinski odgovornog profesionalca. Za slučajeve utuženja karakteristično je da su tesno povezani sopstveni zahtevi roditelja za naknadu štete sa zahtevima deteta koga zastupaju, jer im je ista činjenična pozadina i štetna radnja na koju se pozivaju. Zahtev oštećenog deteta smatra se u većini pravnih sistema nedopuštenim, pa čak i moralno neopravdanim jer se povezuju sa etičkim vrednovanjem ljudskog života. Ipak, pravno gledano, zahtevi ne bi trebalo da se međusobno isključuju ukoliko se jasno izdiferenciraju štete koje se potražuju, naročito kada je reč o materijalnoj šteti. Sudska praksa kod rođenja deteta sa anomalijama (hendikepom) pokazuje da pravo na naknadu štete imaju samo roditelji, a ne i oštećeno dete. Smatralo se da tu postoji pre svega legitiman interes roditelja da im se pruži mogućnost pobačaja oštećenog ploda, a da izgleda teško prepoznatljiv detetov legitiman interes da ne bude rođeno. Međutim, po ovom pitanju bilo je i donekle ostalo specifično francusko pravo upravo kroz poznatu presudu u slučaju „Perruche“ i nekolicini presuda kojima je ona dalje potvrđena. Pored sličnih odluka pred sudovima SAD, u Holandiji je takođe presuđena naknada štete teško ometenoj devojčici.¹⁷ Pošlo se od toga da trudna žena nije sama u porođaju, i da nije reč jedino o njenom zdravlju, već i o zdravlju deteta koje nosi i u čiju je korist ugovor o lekarskoj pomoći zaključen, kako bi dete došlo zdravo na svet. Slučaj je istovremeno doveo do protesta lekara i poziva da Holandija sledi primer Francuske u zakonskoj zabrani naknade takvih šteta. U nemačkom pravu su takođe vodeći

¹⁴ H. Mujović Zornić (2002), op. cit., 2–6; Alma Kolleck, Arnold Sauter, „Aktueller Stand und Entwicklung der Pränataldiagnostik, Endbericht zum Monitoring“, (Das Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (TAB) berät den Deutschen Bundestag), *Arbeitsbericht*, Nr. 184, Berlin, 2019, 236.

¹⁵ Benedikt Bartylla, „The Next Chapter of ‘Wrongful Life’: Concepts for ‘Wrongful Survival’ in Comparative Analysis“, *Cambridge Law Review*, Vol V, Issue 1, London, 2020, 106.

¹⁶ Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, opšti deo, Beograd, 2000, 197.

¹⁷ Tony Sheldon, „Court awards damages to disabled child for having been born“, *British Medical Journal*, 784 (12 April), London, 2003, 326; Stefanie Samland, *Rights of parents and child of in cases of „wrongful conception/life/ birth“ in contract and tort law – Comparative view on Germany and France*, Katholike Universiteit, Leuven, 2003, 32; Athena N. C. Liu, „Wrongful life: some of the problems“, *Journal of medical ethics*, N°13, London, 1987, 69–73.

teoretičari iznosili argumente u korist uvažavanja pozicije deteta, a sudska praksa premda ostaje nepromenjena, ima to u vidu prilikom odmeravanja roditeljske štete.¹⁸

OSOBNOSTI PRAKSE FRANCUSKIH SUDOVA

Francusko pravo je u prošlosti bilo među prvima koje je usvojilo zakone u ovoj materiji, kada su 1994. godine usvojena dva zakona, za koje je korišćen naziv *bioetički zakoni (Loi Huriel, ili Loi Huriel-Sérusclat)* i oni su činili integralni deo Zakona o javnom zdravlju.¹⁹ Jedan od tih zakona, u okviru zaštite ljudskog tela, uređuje postupke ispitivanja genetskih svojstava lica, dok drugi sadrži bliže odredbe o tome unutar posebne regulative prediktivne medicine i genetske identifikacije lica. Rešenja ovih zakona su izričita u pogledu ispitivanja genetskih karakteristika nekog lica, koja mogu biti preduzeta isključivo iz medicinskih ili naučnih razloga, i uz pristanak informisane osobe – pacijenta, da se takva istraživanja obave nad njim. Posebna odredba Zakona precizira da prenatalna dijagnostika ima za cilj da medicinski praktičari otkriju da li je plod *in utero* pogođen nekim poznatim obojenjem.²⁰ Obaveze lekara dijagnostičara posmatraju se u skladu sa rešenjima Francuskog građanskog zakonika koji predviđa da svako delo čoveka, koje prouzrokuje štetu drugima, obavezuje onoga čijom se krivicom ona dogodila da je popravi. Precizira se da je svako odgovara za štetu koju je prouzrokovao, ne samo svojim postupkom već i svojim nemarom ili nepažnjom.²¹

Navedeni pravni osnovi dobili su potvrdu u sudskoj praksi. Naime, o zahtevu deteta i odgovornost lekara za dijagnostiku fetalnih anomalija francuski sudovi su u prošlosti odlučivali u više navrata.²² U najranijim biltenima prakse zabeležen

¹⁸ BGH VI ZR 136, *Neue Wochenschrift – NJW Juristische*, N° 01, Berlin, 2002, 2636.

¹⁹ Loi N° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales (C. sante publ.): Zakon o poštovanju ljudskog tela o genetskim ispitivanjima svojstava lica i o identifikaciji lica prema njegovim genetskim obeležjima, *Journal officiel*, 29 juillet 1994. (Loi N° 94-653); Zakon o davanju i korišćenju elemenata i produkata ljudskog tela, o medicinski asistiranom oplodjenju i o prenatalnoj dijagnostici, *Journal officiel*, 30 juillet 1994. (Loi No 94-654, VI, L.145-15), <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000508831/>, 28. 8. 2022.

²⁰ Čl. 162-16 (2) Code de la santé publique, Modifié par Loi N° 2002-303 du 4 mars 2002 – art. 98 JORF 5 mars 2002., <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT0000006072665/>, 28. 8. 2022.

²¹ Code civil : Chapitre II : Des délits et des quasi-délits, (Articles 1382 à 1383).

²² La Cour de cassation Civ. 1re, 26. 3. 1996 (CAA Paris, 11. 5. 1995, Lexilaser CE et c. adm. N°-93 PAO 1261, *Bulletin civil I*, No 155). Francuski Kasacioni sud je zauzeo stav da je lekar odgovoran podjednako prema detetu i njegovim roditeljima, zbog toga što je prevideo toksoplazmičku

je slučaj pred Sudom više instance Montpellier-a u kome je činjenično stanje je bilo sledeće: Tužilja je za vreme trudnoće, na svoj zahtev, bila podvrgnuta ispitivanju kariotipa od strane Instituta za hematologiju Centra za transfuziju krvi (CTS) kojim su utvrđeni normalni rezultati. Dete je, međutim, pri rođenju imalo trizomiju 21. Sud je tuženom zdravstvenom centru i lekaru koji je postupao stavio na teret da nije izabrana dijagnostika sa potrebnim stepenom preciznosti i da je došlo do propusta zbog koga su pretrpeli štetu. Roditelji su usled toga bili lišeni mogućnosti da se odluče za prekid trudnoće. Svakom roditelju dosuđena je naknada po 45.000 franaka, na ime moralne štete, i mesečna renta od 7.500 franaka, na ime pripadajuće materijalne štete. Sud je mišljenja da roditelji snose troškove podizanja i vaspitanja hendikepiranog deteta, u visini istovrsnih troškova za normalno dete. Veštačenjem je utvrđeno da u konkretnom slučaju dete ima potrebu za stalnom pomoći i da ispitivanje čak nije ni evidentiralo niz drugih malformacija digestivne, urogenitalne i ortopedske prirode.²³

Pravna praksa Kasacionog suda u slučaju „Perruche“ i njena korekcija, koja je usledila kroz zakonodavstvo, predstavljaju u Francuskoj i šire najpoznatiji sudski slučaj, naročito ako se uzme detetovo pravo na tužbu. Činjenično stanje u ovom slučaju govorilo je o tome da je trudnica na pregledu jasno izrazila nameru da će prekinuti trudnoću, ukoliko testovi na rubeolu koje je uradila budu pozitivni. Prilikom čitanja nalaza došlo je do greške laboratorije i greške lekara koji nije propisao kontrolni pregled u situaciji kada su testovi protumačeni kao negativni. Žena je rodila dete za koje se pokazalo da je ozbiljno hendikepirano usled infekcije rubeolom *in utero*. Roditelji, ali i dete na ličnoj osnovi, tražili su odgovornost laboratorije i lekara zahtevajući nadoknadu troškova zbog hendikepa. Prvostepene sudije su dosudile naknadu samo roditeljima, dok zahtev za naknadu štete za dete nije prihvaćen.²⁴ Apelacioni sud u Orleanu zahtevao je preispitivanje odluke, što je dovelo do poznate usvajajuće presude „Perruche“ donete na plenarnom sazivu sednice Kasacionog suda Francuske od 17. novembra 2000.²⁵ Budući da su greške lekara i laboratorije u izvršenju ugovora sklopljenog sa trudnicom imale za posledicu da su je sprečile da izvrši svoj izbor o prekidu rizične trudnoće, kako bi izbegla rođenje

povredu fetusa i nije obavio tretman *in utero* koji ima 97% šansi da uspe; Kada je u pitanju šteta deteta zbog rođenja, Apelacioni sud u Lionu (La Cour administrative d'appel de Lyon, arrêt *Quarez*, 14 février 1997) dosudio je mesečnu rentu hendikepiranom detetu, ali je Državni savet ovu odluku preinačio u korist roditelja, pozivajući se na štetu deteta.

²³ TGI Montpellier, 15. 12. 1989 JCP Ed. G 1990 N° 40 II 21556.

²⁴ Cass. Civ. I, 26 mars 1996, Dalloz 1996, 35, note Roche-Dahan (2e espèce).

²⁵ Ass. Plénière, 17 novembre 2000, 99-13.701; Recueil Dalloz 2000, Informations rapides du Jurisprudence, p. 295, www.courdecassation.fr, 16. 8. 2022.

deteta sa invaliditetom, trudnici se priznaje zahtev za naknadu štete koja je nastala zbog ove invalidnosti, a uzrokovana uočenim greškama. Kasacioni sud stoga osuđuje profesionalce da saniraju štetu nastalu zbog neobaveštavanja o hendikepu deteta i njegovim oduzetim šansama. Kasacioni sud je tada utvrdio princip da se „treće lice u ugovoru može pozvati, na osnovu deliktne odgovornosti, na povredu ugovora kada mu je ova povreda prouzrokovala štetu“.²⁶

Posle ove presude, a usled ispoljenog nezadovoljstva zdravstvenih krugova i kolebljive prakse francuski zakonodavac je intervenisao u članu 1. posebnog Zakona o nacionalnoj solidarnosti i obeštećenju kongenitalnih hendikepa, nazvanog „Zakon Anti-Perruche“ od 4. marta 2002. godine, čije se odredbe danas različito tumače.²⁷ Naime, Zakon je zabranio isticanje zahteva za naknadu štete u vezi sa rođenjem i za invaliditet deteta, osim u slučajevima medicinske greške koja je prouzrokovala loš ishod ili pogoršala tok porođaja. U mišljenju od 6. decembra 2002. godine, Državni savet je smatrao da doneti Zakon nije u suprotnosti ni sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, niti sa Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima. Međutim, Kasacioni sud i Državni savet a zatim i Evropski sud za ljudska prava smatrali su da se ovaj Zakon ne može primeniti na postupke koji su u toku. U presudi od 11. decembra 2002. godine, Apelacioni sud u Parizu odbio je da primeni zakon i odobrio je punu odštetu detetu na osnovu opšteg principa naknade, koji ima ustavnu vrednost i superioran je prema zakonu.²⁸

U dve presude od 6. oktobra 2005. godine, Evropski sud za ljudska prava osudio je Francusku smatrajući da sporni član 1 Zakona od 4. marta 2002. prekršio odredbe Protokola br. 1 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, da se zahteva pravična ravnoteža između poštovanja opšteg interesa i imperativa zaštite prava na mirno uživanje imovine,²⁹ i tada je doduše bilo ponovo reči o održavanju jurisprudencije „Perruche“ u postupcima koji su u toku.

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ Loi N° 757 relative a la solidarite nationale et a l'indemnisation des handicaps congenitaux, Paris, Janvier 2002.; inkorporiran u zakon poznat kao Kušnerov zakon: Loi N° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, <http://www.assemble-nationale.fr>, 14. 6. 2022.

²⁸ Handicaps congenitaux et prejudice, Paris, N°68, 29 mai 2001., <https://www.ccne.ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis068.pdf>, 10. 7. 2022.

²⁹ Evropski sud za ljudska prava osudio je Francusku smatrajući da je član 1-I zakona od 4. marta 2002, prekršio član 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju, u vezi sa postupkom koji je u toku na dan njegovog stupanja na snagu. V. C. E., 5e et 4e s-sect. réun., 24 Février 2006, 250704; Dalloz 2006, IR p. 813. <http://www.jurilis.fr/jfc0601.htm#perruche>, 16. 8. 2022.

Dvadeset godina nakon poznate presude, došlo je do nekoliko pomaka koji su razjasnili određene koncepte koji nisu do kraja definisani Zakonom iz 2002. godine i sveukupno su poboljšali uslove za obeštećenje prema propisima o administrativnoj i građanskoj odgovornosti.³⁰ Odgovornost zavisi takođe od primene principa nacionalne solidarnosti, kakvu predviđa Zakon iz 2002. godine, uzimajući u obzir finansijske posledice potreba dece sa hendikepom u razvoju i tokom njihovog života, gde je takođe zabeležen značajan napredak, iako još uvek nedovoljan.³¹ Sudska praksa je na taj način ublažila određene restriktivne posledice Zakona. Cilj je omogućavanje efektivne naknade za invalidnost u toku života, što je nedovoljno uzeto u obzir od strane nacionalne solidarnosti. Sudska praksa je pojasnila adekvatnu uzročnu vezu greške u dijagnozi ili nedostatku informacije o invalidnosti, a ne sa nastalim životom, a isto tako i pojam štete koja nije u izazivanju invalidnog stanja, nego u nesprečavanju ili neublažavanju posledica tog stanja.

Odredbe Zakona iz 2002. godine bile su nekoliko puta predmet razmatranja Ustavnog saveta Francuske jer se smatralo da su otežavajuća za meritum stvari, ali se naglašavalo da kritika ima značaj tek ukoliko se ustanovi kao njihova neustavnost, a do toga je tek kasnije došlo.³²

Sudska praksa je prema opisanim slučajevima doživela određene promene koje karakteriše produbljen pristup i rešavanje za obeštećenje relevantnih pitanja, kao što su: uključivanje u isti pravni režim i šteta koje su uzrokovane u toku samog porođaja, proširenje obima naknade štete roditeljima u režimu uskraćivanja prava detetu, proširenje naknade na braću i sestre dece rođene sa invaliditetom, uvođenje mera skrininga prenatalnih rizika podstaknut naučnim i tehnološkim razvojem, poboljšanje zakonskih i regulatornih mera u okviru nacionalne solidarnosti (otklanjanje retroaktivne primene Zakona iz 2002. godine, preciziranje koncepta karakteristične greške, primena posebnih zakonskih odredbi onda kad odgovornost nijednog od zdravstvenih stručnjaka, ustanova, službi ili organizacija nije utvrđena, reč je o medicinskom nesrećnom slučaju, jatrogenoj šteti ili bolničkoj infekciji, a po osnovu nacionalne solidarnosti, odnosno naknada za invalidnost, dodatak za odrasle osobe sa invaliditetom i obrazovni dodatak za decu sa invaliditetom).³³

³⁰ Dominique Turpin, *L'arrêt Perruche, 20 ans déjà!*, *Petites affiches*, N° 82, Gazette de Palais, Paris, 410e année – 26 avril 2021, 10.

³¹ *Ibidem*.

³² Conseil constitutionnel, 12 May 2010, N° 2010-605 DC; Conseil d'État, 14 May 2010, N° 312305.

³³ D. Turpin, *op. cit.*, 12.

FRANCUSKA PRAKSA IZ UGLA EVROPSKOG SUDA
ZA LJUDSKA PRAVA

Aktuelnost slučajeva pred sudovima Francuske tokom jednog dužeg perioda nije ostala bez podnošenja predstavi Evropskom sudu u Strazburu, i to u nekoliko predmeta, počev od 2005. godine. Neki od naslova u literaturi govori o obimu „ukidanja tranzicionog mehanizma tzv. Anti-Perruche zakona“ prema stanovištu Evropskog suda za ljudska prava.³⁴

Najskoriji slučaj sadržan je u odluci *N. M. and Others v. France* iz februara 2022. godine u kome je Evropski sud za ljudska prava zauzeo stav da se Zakon od 4. marta 2002. godine ne primenjuje na zahtev roditelja za naknadu štete u slučaju greške u prenatalnoj dijagnozi i invaliditeta deteta rođenog pre njegovog stupanja na snagu. Otuda se roditeljima priznaje pravo da traže i dobiju naknadu za određene troškove nastale iz invalidnosti njihovog deteta, i onda kada je njihov zahtev za naknadu štete usledio nakon stupanja na snagu navedenog Zakona.

U predmetnom slučaju činjenično stanje je ukazivalo na to da je dete rođeno maja 2001. godine imalo niz malformacija koje se nazivaju *Vaterl sindrom* u vidu deformisanog anusa, anomalija koje zahvataju bubrege, pršljen i jedan od gornjih udova, kao i asimetrija lica. Uzimajući u obzir porodičnu anamnezu tokom trudnoće u bolničkom centru je urađena dubinska prenatalna dijagnoza: tri morfološka ultrazvuka i skrining test na Trizomiju 21. Međutim, abnormalnost nije otkrivena. U septembru 2002. godine, oba roditelja su tražila imenovanje veštaka koji je 2004. godine zaključio da je došlo do greške u prenatalnoj dijagnozi zbog pogrešne interpretacije ultrazvučnih snimaka, što je majci uskratilo potpune informacije o njenoj trudnoći i fetusu. U junu 2006. godine roditelji su, delujući u svoje ime i za račun svog maloletnog deteta, podneli tužbu pred upravnom sudom protiv bolničkog centra za odgovornost zbog nemara. Tražili su naknadu za nekoliko vidova šteta: sopstvene neimovinske i imovinske štete, neimovinske štete njihovog sina, kao i troškove vezane za invalidnost. Upravni sud u Amiensu je presudom od 30. decembra 2008. godine odbio osnovanost primene zakonskih odredbi i utvrdio odgovornost bolničkog centra za krivicu, osuđujući ga da popravi štetu koju su pretrpeli roditelji i njihovo dete.

U žalbenom postupku, presudom od 16. novembra 2010. godine, Upravni Apelacioni sud Dueja imao je u vidu odluku Ustavnog saveta i takođe priznao odgovornost bolničkog centra prema roditeljima, dok je isključio naknadu štete specifične za dete, s obzirom na to da je hendikep od kojeg je patio inherentan

³⁴ *N. M. and Others v. France* – 66328/14, European Court of Human Rights, Information Note on the Court's case-law 259, February 2022, Judgment 3. 2. 2022 [Section V].

njegovom genetskom nasleđu i da nema uzročno-posledične veze sa greškom bolničkog centra. Postupajući po vanrednom pravnom leku Državni savet Francuske je 31. marta 2014. godine ukinuo žalbenu presudu zbog pogrešne primene prava. Troškovi vezani za invaliditet deteta ne predstavljaju nadoknadiivi gubitak roditelja i ne mogu se naplatiti na teret bolničkog centra, njihova naknada potpada pod nacionalnu solidarnost, te stoga samo lična šteta roditelja (moralna šteta, lični poremećaji u njihovim životnim uslovima) može dovesti do kompenzacije. Ova odluka bila je razlog da tužioci upute svoju inicijativu i predstavku pred Evropskim sudom za ljudska prava, a kasnije i do usvajajuće odluke tog Suda.

Odluka Evropskog suda za ljudska prava je komentarisana zbog svog značaja i naročito su razložno dati elementi njenog donošenja.³⁵ U procesnom smislu Sud je stao na stanovište da su podnosioci lišeni prava na odštetu, jer se smatralo da se na spor primenjuje retroaktivnost iz Zakona od 4. marta 2002. godine, što predstavlja kršenje članova 6. stav 1, 8. i 14 Evropske Konvencije i člana 1 Protokola br. 1.³⁶ Stav suda je bio u skladu sa njegovim prethodnim presuđenjem u francuskim slučajevima.³⁷ Naime, Evropski sud za ljudska prava doneo je već dve presude 6. oktobra 2005. (predmeti *Draon* i *Maurice*)³⁸ o primeni Zakona od 4. marta 2002. godine na postupke koji su u toku. Ovim presudama osuđena je država Francuska za kršenje člana 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju kojim se garantuje poštovanje dobara, imovine, i zahtev za obeštećenje roditelja koje su imali u sudskoj praksi (civilnoj i upravnoj) pre Zakona od 4. marta 2002. godine i koji im je pružala legitimno očekivanje da će dobiti punu naknadu za štetu koju su pretrpeli, kao rezultat invalidnosti njihovog deteta. Naime, prihvata se da principi francuskog zakona o odgovornosti i utvrđena sudska praksa sudova pretpostavljaju legitimno očekivanje da će se ostvariti naknade za troškove.

³⁵ Daniel Krotov, Yannick Schoog, „Audacious shortcut: The European court of human rights’ new approach to French Wrongful life cases“, March 25, 2022, <https://strasbourgobservers.com>, 16. 9. 2022.

³⁶ „Portée de l’abrogation du dispositif transitoire de la loi dite anti – Perruche selon la Cour européenne des droits de l’homme“, *Actualité juridique*, <https://www.actu-juridique.fr/civil/larret-perruche-20-ans-deja/https://www.editions-legislatives.fr/actualite/portee-de-labrogation-du-dispositif-transitoire-de-la-loi-dite-%C2%AB%C2%A0anti-perruche%C2%A0%C2%BB-selon-la-cour-europ>, 12. 7. 2022.

³⁷ *Draon v. France* and *Maurice v. France*, both of 6 October 2005, No. 1513/03 and 11810/03, as well as the decisions in *Petri and Leblanc v. France*, August 26, 2008, No. 28565/06 and *Levenez v. France*, January 19, 2010, No. 30643/06.

³⁸ *Maurice c. France* [GC], n° 11810/03, CEDH 2005-IX et *Draon c. France* [GC], n° 1513/03, 6 octobre 2005 – ovim odlukama u vezi sa sporovima pokrenutim pre stupanja na snagu Zakona od 4. marta 2002. (sudski postupci pokrenuti pre 7. marta 2002), i za Kasacioni sud (24. januara 2006) i za Državni savet (24. februara 2006) utvrđeno je da je retroaktivna primena zakona od 4. marta 2002. godine nespojiva sa Evropskom Konvencijom o ljudskim pravima.

Kada je reč o meritumu stvari, Sud je konstatovao odstupanja u sudskoj praksi Francuske, kao i razmimoilaženje u praksi Kasacionog suda i Državnog saveta u pogledu osnovanosti zahteva deteta iz ovih tužbi. Ovo neslaganje je ispoljeno i u tumačenju odluke Ustavnog saveta Francuske. Ipak, Evropski sud za ljudska prava nije otišao dalje u svojoj analizi i nije osudio Francusku zato što pravni spor želi da reši zakonodavnim putem. Ovaj sud je u ranijim predmetima razmatrao da li je mešanje zakonodavca u skladu sa javnim interesom i da li postoji proporcionalnost uplitanja. Bez obzira na gore navedene razlike u sudskoj praksi, Državni savet i Kasacioni sud primenili su sistem odgovornosti za krivicu. U francuskom pravu, odgovornost za krivicu pretpostavlja da postoji šteta (ili gubitak), greška i uzročna veza između njih. Oslanjajući se na analizu Evropskog suda u tim slučajevima, Kasacioni sud je nastojao da proširi svoju sudsku praksu u stavu da se prelazne odredbe Zakona od 4. marta 2002. godine ne mogu primenjivati ne samo na postupke koji su u toku, već i na postupke pokrenute nakon stupanja na snagu Zakona pošto se desilo rođenje deteta.³⁹

Smatra se da je odluka Evropskog suda za ljudska prava važna utoliko što je ranije u prvom planu bila naknada štete detetu, a nakon stupanja na snagu Zakona od 4. marta 2002. godine, to je naknada roditeljima zbog invalidnosti deteta. Sud je zauzeo stav da zahtev za kompenzaciju predstavlja imovinu u smislu tumačenja kršenja Konvencije. Evropski sud za ljudska prava smatra da su uslovi za odgovornost bolničkog centra ispunjeni i neosporni, da su podnosioci predstavke imali pravo na naknadu troškova vezanih za brigu o detetu rođenom sa invaliditetom. Međutim, ostaje da razjasni pitanje naknade štete za samo dete rođeno s invaliditetom pre stupanja na snagu Zakona od 4. marta 2002. Kasacioni sud se načelno zalaže za priznanje ove naknade, i to od poznate presude „Perruche“. Ovo nije bio stav Državnog saveta, barem ne u njegovoj presudi „Quarez“.⁴⁰ Što se tiče etičkog pitanja naknade za štetu zbog invalidnog rođenja, ono je ostalo netaknuto i sve ove parnice pokazuju da ga nije lako rešiti, čak ni zakonodavcu.

POUKE PRIKAZANE SUDSKE PRAKSE I NJEN PRAVNI ZNAČAJ

Stanje sudske prakse i uopšte pravnog poimanja opisanih sporova u dugom vremenskom periodu evidentno privlači značajnu pažnju. Pouke same prakse pokušavaju da se nametnu snagom argumenata i mogu biti dobar uzor za druge pravne sisteme. Suština spora govori u kratkoj formulaciji o naknadi štete zbog greškom neotkrivene invalidnosti deteta. Otvara se razmišljanje da li zahtev oštećenog deteta

³⁹ Cass. 1. civ., Oct. 30, 2007, 8. jul 2008, CJP, 2.

⁴⁰ Cass. 1. civ., Oct. 30, 2007, 8. jul 2008, CJP, 2.

zbog prenatalne štete treba posmatrati u sklopu roditeljskih zahteva za naknadu štete iz istovetnog događaja. Ukoliko je danas vladajuće mišljenje da zahtevima roditelja treba udovoljiti, postavlja se opravdano pitanje zašto se istovetan stav nema i prema zahtevu oštećenog deteta. Povodom francuskih presuda Evropski sud za ljudska prava nije direktno išao u tom pravcu, ali je meritorno odlučivao prepoznajući glavne tačke sporenja imajući u vidu nacionalno pravo, i to: – Zakon iz 2002. godine kojim se potpuno ukida državna (koja je primenjiva u ovom slučaju) i privatna odgovornost prema detetu i kojim se ograničava takva odgovornost prema roditeljima; – odbijanje naknade štete koja je nastala pre stupanja na snagu restriktivnog Zakona, čak i na parnice koje su u toku, dajući mu na taj način retroaktivnu snagu; – primena Zakona ozbiljno je smanjila nadoknadivu štetu, jer su tužioci na kraju ostali sa znatno manjom odštetom od one koju im je upravni sud u početku dosudio. Imajući sve to u vidu Sud je jasno predočio da je efekat u vreme usvajanja Zakona iz 2002. godine taj da su onemogućeni ili, u najmanju ruku, otežani vidovi naknade prenatalne štete. Nasuprot tome, poznato je da postoje teoretičari, pa i u redovima francuskih autora,⁴¹ koji se zalažu za priznanje detetovog prava na naknadu štete, naročito onda kad roditelji nisu u mogućnosti da to učine (nepoznati su, preminuli, ili je došlo do usvojenja deteta). Ukazuje se ponovo na potrebu diferenciranog pristupa šteti i na to da bi pozitivan stav značio ostvarenje pravila da onaj koji je učinio štetu odgovara stvarno oštećenom.

Pitanja odgovornosti i štete u izloženim slučajevima svakako su univerzalne prirode i mogu da budu primer za traženje dobre prakse i odmerenog pristupa obeštećenju. U tom smislu sudska praksa Srbije je nerazvijena gledajući po broju presuda kojima se priznaje šteta u vezi sa rođenjem deteta.⁴² Praksa je pokazala kolebljivost i određeno nerazumevanje. Zbog toga se većinom upućuje na istovrsne sporove vođene u uporednom pravu, koje je potrebno bliže sagledati. Može se reći da su presude novijeg datuma, a postupci su vođeni po osnovu propisa odštetnog prava, u skladu sa zakonom. Određenu novinu u ovoj materiji, kada je reč o pravu Srbije predstavljao je rad na zakonskoj regulativi u oblasti prenatalne dijagnostike, što je bila prilika da se ponudi određeno rešenje u delu građanske odgovornosti. Naime, januara 2015. godine u Srbiji izglasan je Zakon o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti.⁴³ Njime se uređuju,

⁴¹ Jean Michel de Forges, „Handicap congenital: le dispositif Anti-Perruche“, *Revue de Droit Sanitaire et social*, No. 4, Paris, 2002, 647.

⁴² Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2847/06 od 17. januara 2007, *Bilten sudske prakse*, br. 4, Beograd, 2007, 12.

⁴³ Zakon o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, *Službeni glasnik RS*, 8/2015.

pored spornih pitanja tretmana naslednih i retkih bolesti i eventualne sporne situacije, pogreške i propusti koje bi iz takve medicinske prakse mogli proizaći. Tu ulaze i pitanja građanskopravne odgovornosti za štete nastale kao posledica prenatalne dijagnostike.⁴⁴ Lekar odnosno drugi zdravstveni radnik, odgovara za štetu ako u preduzimanju dijagnostičkih mera postupao protivno važećim pravilima medicinske struke ili protivno pravilima zakonom propisane dužne pažnje, usled čega njegovom krivicom dođe do štete po telo, zdravlje ili život pacijenta. Osnov odgovornosti lekara nalazi se u zanemarivanju medicinskog standarda, jer nije u svemu postupao stručno i pažljivo, a ne u dijagnozi kao sudu vrednosti i rezultatu takvog postupanja koja može biti usled toga netačna, nepotpuna, propuštena ili zadocnela, što se ceni u svakom konkretnom slučaju. Odgovornost se izvodi saglasno odredbama zakona kojim se uređuju obligacionopravni odnosi i naknada štete po osnovu subjektivne i objektivne građanskopravne odgovornosti.⁴⁵ Ako je dete rođeno sa genetski uslovljenom bolešću ili anomalijom, što ga čini osobom sa invaliditetom, ili ga ozbiljno i trajno onesposobljava, ili mu daje lošu životnu prognozu, a da takvo stanje kod njega nije bilo prethodno medicinski prepoznato niti dijagnostikovano u toku embrionalnog ili fetalnog razvoja, lekar koji je postupao protivno važećem standardu medicinske struke ili nije poštovao medicinski protokol i postupao protivno pravnom standardu dužne pažnje u obavljanju profesionalne delatnosti, odgovara detetu za time nastalu štetu. Dete ima pravo na naknadu štete prema opštim pravilima o odgovornosti za štetu. Šteta koju u tom slučaju trpi dete ne sastoji se u otkrivenoj genetičkoj bolesti, genetski uslovljenoj anomaliji ili retkoj bolesti, niti u činjenici da je dete rođeno, već u posledicama koje zbog bolesti, odnosno anomalije neželjeno rođenje uzrokuje u vidu povećanih troškova lečenja i nege za dete.⁴⁶ Lekar je odgovoran za štetu roditeljima deteta koje je rođeno genetski oštećeno, zbog povrede njihovog prava da budu obavesteni o zdravstvenom stanju deteta pre rođenja, kako bi tako informisani dali svoj pristanak na dalji tretman, odnosno kako bi slobodno odlučili da li žele da takvu trudnoću dovedu do kraja ili da je prevremeno iz tih razloga prekinu, a sve u okviru zakonom dopuštenih indikacija za prekid trudnoće. Šteta koju u tom slučaju trpe roditelji sastoji se iz duševnih bolova usled detetove onesposobljenosti, genetski uslovljene bolesti i anomalije, koju nisu očekivali i na koju zbog izostalih laboratorijskih pretraga i genetskih informacija nisu bili upozoreni.⁴⁷ Roditelji imaju pravo na naknadu štete prema opštim pravilima o odgovornosti

⁴⁴ H. Mujović, *Komentar Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti*, Službeni glasnik, Beograd, 2019, 86–93.

⁴⁵ Čl. 32, Zakon o prevenciji i dijagnostici.

⁴⁶ Čl. 33, Zakon o prevenciji i dijagnostici.

⁴⁷ Čl. 34, Zakon o prevenciji i dijagnostici.

za štetu. Odgovornost lekara odnosno drugog zdravstvenog radnika za štetu isključuje se kad postoji tehnička greška u samom nalazu izdatom od laboratorije, kad postoji slučaj u smislu građanskog prava, i kad su jedan ili oba roditelja znali za rizik da će dete biti rođeno onesposobljeno nastalom bolešću ili genetski uslovljenom anomalijom i na to su pristali.⁴⁸

U domaćoj pravnoj literaturi izrečeni su i određeni kritički stavovi povodom rešenja usvojenog Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti. Tako, izneto je mišljenje da su „na obodima zakonskog konsenzusa, bez velike rasprave i mnogo promišljanja, u srpsko pravo uvedena i dva za nas nova oblika pravom priznate štete: šteta usled neželjenog rođenja i šteta usled neželjenog života. Ti novi instituti pokreću osetljiva moralna pitanja koja, kao što je rečeno, izlaze iz uobičajenog pravnog diskursa. Sadržina novih pravila nije bez mana. Recimo, propisana je direktna odgovornost lekara, a nije uređena odgovornost zdravstvene ustanove u kojoj on radi; nije uređena odgovornost stručnjaka koji je sačinio laboratorijski nalaz i ustanove u kojoj je on zaposlen.“⁴⁹

U odgovoru na iznete kritičke stavove treba reći da svaka nova kodifikacija pod uticajem određenih stručnih pitanja na polju medicine nosi i svoje osobenosti, kako činjenično tako i pravno. Svi članovi novog Zakona koji uređuju naknadu specifičnih vidova štete, a takođe i prelazne i završne odredbe tog Zakona, upućuju izričito na opšta pravila o odgovornosti sadržana u Zakonu o obligacionim odnosima, tako da nema odstupanja od standardnog pravnog okvira. U tekstu Zakona se želelo izbeći prepisivanje odredbi drugog zakona (Zakona o obligacionim odnosima), kao što su odgovornost po osnovu krivice, odgovornost za drugog, ili sticanje uslova deliktne i ugovorne odgovornosti. Upućeno je na ovaj propis u stavu člana i u završnim i prelaznim odredbama Zakona.⁵⁰ Reč je samo o tome da se postojeći pravni okvir primenjuje na konkretne odnose i aktere. Pravno uređenje u pojedinostima ima u vidu uporednopravnu praksu,⁵¹ koja je danas dobro poznata, i u tom smislu ne uvodi institut neželjenog života (*wrongful life*). Treba razumeti da te slučajeve primarno ne obeležava to što personalno potražuje štetu bolesno rođeno tj. invalidno dete, već kakav se odštetni zahtev postavlja pred sud. To je suština i sadržina odlučivanja *in meritum*. Tačnije, prema Zakonu Srbije ne priznaje se pravo deteta da potražuje naknadu zbog svog neželjenog, odnosno nesrećnog

⁴⁸ Čl. 35, Zakon o prevenciji i dijagnostici.

⁴⁹ Marija Karanikić Mirić, Šteta usled neželjenog rođenja i neželjenog života: Osvrt na Zojin zakon⁶, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, godina LXIV, Beograd, 2016, 127–128.

⁵⁰ Čl. 32 st. 3 i čl. 38, Zakon o prevenciji i dijagnostici.

⁵¹ P. Frati, V. Fineschi *et al.*, *op. cit.*, 346–348.

života (nematerijalna šteta). Zakonom se to sagledava kao pravno i etički sporno. Međutim, Zakon je osoben utoliko što se priklanja rešenju da dete može tražiti naknadu za materijalnu štetu koju trpi, budući da su ti troškovi suštinski vezani za ličnost deteta, a ne za roditelje, koji takođe po zakonu mogu tražiti obeštećenje nekog drugog vida štete.⁵²

Pitanja odgovornog i savesnog rada u zdravstvu treba isticati kroz rad svih zdravstvenih službi, pa i kod specijalista koji pružaju usluge sa ciljem preveniranja i zaštite genetičkog i reproduktivnog zdravlja. Tu ne bi trebalo biti izuzetaka. Profesionalna pažnja traži se u svim situacijama, a stvar ocene konkretnog slučaja ostaje na sudu, odnosno drugoj pravnoj instanci pred kojom se odštetni zahtev nađe. Pravna uređenost doprinosi da bude manje spornih situacija, ili kada do njih već dođe da se lakše razrešavaju. To ukupno pomaže boljem radu službi saobrazno pravilima dobre medicinske prakse, kao i smanjenju potencijalnih grešaka i zdravstvenih rizika. Time se upravo bavilo francusko pravo.

ZAKLJUČAK

Analiza francuske sudske prakse po iznetim pitanjima ilustrativna je posmatrano kako iz ugla nacionalnog tako i evropskog prava. Odluka Evropskog suda za ljudska prava značajna je po tome što pozitivno, u korist oštećenih, priznaje još jedan slučaj naknade štete zbog greškom neotkrivene invalidnosti deteta nakon francuske legistative „Zakona Anti-Perruche“. Tako je u periodu više od petnaest godina nakon istovrsnih parnica u Francuskoj ovaj Sud došao do sličnog zaključka, sa razlikom da se odlučio za drugačiji put dolaženja do presude. Naime, ne upuštajući se u nesumnjivo zamršena filozofska i moralna pitanja vezana za slučajeve „pogrešnog života“, presuda se pozicionira u sa tim slučajevima povezanu sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava i kritički se ocenjuje sa stanovišta klasičnih građanskopravnih instituta, ali i novih standarda, kao što su legitimna očekivanja, princip srazmernosti onog što se preduzima, kao i poštovanje imovine svakog. Osim toga, pokazuje kako presuda pokreće važna pitanja u vezi sa interakcijom između Evropskog suda za ljudska prava i nacionalnih ustava, kao i, u ovom slučaju različitih, nacionalnih sudova. Takav pristup je ovde u konkretnom predmetu efektivno razrešio neslaganje između Kasacionog suda i Državnog saveta u pogledu tumačenja odluke Ustavnog saveta. To je naročito važno, ako se ima u vidu da su u francuskom pravu, upravno i građansko pravo

⁵² H. Mujović Zornić (2002), op. cit., 110, citirano prema fusnoti 449: Wolfgang Deuchler: *Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines Kindes (Wrongful birth)*, Frankfurt am Main, 1984, 65.

strogo odvojeni po principu koji datira još iz prošlosti. Ipak, nije izostala ni svest o tome da su zahtevi za odgovornost identični, čime se jurisprudencija Kasacionog suda i Državnog saveta stavlja u direktnu konkurenciju.

Dr. HAJRIJA MUJOVIĆ
Principal Research Fellow
Institute of Social Sciences
Belgrade

LESSONS FROM THE FRENCH VERDICT “PERRUCHE”
– REMINDER OF THE PAST DISCUSSION

Summary

The article deals with the issues of prenatal damage in the medical context in the way that it was decided in the famous case of the Court of Cassation of France from 2000 called „Perruche“ and later underwent certain changes. The peculiarities of this case and a kind of criticism of the adopted law have already been discussed earlier at the Kopaonik meetings, and now is an opportunity to once again point out the topicality of the issue of medical and compensation law in connection with this type of damages (wrongful birth and wrongful life damages). The questions are currently at the center of interest in French legal theory, as it marks twenty years since the case and is again discussing concrete solutions, advantages and disadvantages. Judicial practice continues to emphasize all important aspects of decision-making. This year’s decision of the European Court of Human Rights also has a certain influence. It is concluded that in such complex procedures, from the point of view of French Law, it is necessary to find a balanced relationship between the principle of compensation for damages and the removal of ambiguities in the application of the law adopted in these cases on issues such as the prohibition of discrimination, the interpretation of retroactivity in civil law and the development of the mechanism of national solidarity established to support fair compensation for children and families affected by the disease.

Key words: prenatal diagnosis, civil liability, handicapped child, French law

Literatura

Bartylla B., „The Next Chapter of ‘Wrongful Life’: Concepts for ‘Wrongful Survival’ in Comparative Analysis“, *Cambridge Law Review*, Vol V, Issue 1, London, 2020.

Cristol D., „Dernier état des débats sur la temporalité et les règles de fond du dispositif anti-Perruche“, (Note sous CE, 31 mars 2014, n° 345812), *Revue de droit sanitaire et social RDSS*, n° 3, mai-juin, Paris, 2014.

De Forges, J. M., „Handicap congenital: le dispositif Anti-Perruche“, *Revue de Droit Sanitaire et social*, No. 4, Paris, 2002.

Deutsch E., Spickhoff A., *Medizinrecht*, 7 Auflage, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2014.

- Elias S., Annas G., *Reproductive genetics & the Law*, Chicago London, 1987.
- Frati P., Fineschi V., Di Sanzo M., La Russa R., Scopetti M., Severi F. M., Turillazzi A., „Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies“, *Human Reproduction Update*, Vol. 23, No. 3, London, 2017.
- „Guideline 023: Prenatal Diagnosis and Screening“, (F. A. Chervenak, L. B. McCullough, eds.) *FIGO Ethics and Professionalism Guidelines for Obstetrics and Gynecology*, FIGO Committee on Ethical and Professional Aspects of Human Reproduction and Women's Health, London, 2021, 72–73. <https://www.figo.org/what-we-do/figo-divisions-committees/committee-ethical-aspects-human-reproduction-and-womens-health>.
- Grauer N., *Medicine and the Law*, The Encyclopedia of health and medical issues, New York, Philadelphia, 1989.
- Hauberichs, S., *Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht*, Berlin, 1998, 327.
- Hübner C. A., „Pränataldiagnostik“, *Medizinische genetik*, Vol. 26, No. 3, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2014.
- Karanikić Mirić M., „Šteta usled neželjenog rođenja i neželjenog života: Osvrt na Zojin zakon“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, godina LXIV, Beograd, 2016.
- Kolleck A., Sauter A., „Aktueller Stand und Entwicklung der Pränataldiagnostik, Endbericht zum Monitoring“, *Arbeitsbericht*, Nr. 184, Das Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (TAB) berät den Deutschen Bundestag, Berlin, April 2019.
- Krotov D., Schoog Y., „Audacious shortcut: The European court of human rights' new approach to French Wrongful life cases“, March 25, 2022, <https://strasbourgobservers.com>.
- Liu A. N C., „Wrongful life: some of the problems“, *Journal of medical ethics*, No. 13, London, 1987.
- Medicus D., *Zivilrecht und werdendes Leben*, München, 1985.
- Mujović H., *Komentar Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti*, Službeni glasnik, Beograd, 2019.
- Mujović Zornić H., „Prenatalne štete u medicini i odgovornost“, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* (ur. Silvija Petrić), Neum, 2007.
- Mujović Zornić H., *Neželjeno rođenje deteta kao slučaj štete i odgovornost lekara*, Nomos, Beograd, 2002.
- Mujović Zornić H., „Medicinska odgovornost za štetu – kontroverze slučaja Perruche“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2004.
- N. M. and Others v. France – 66328/14 (Affaire N. M. et Autres c. France)*, European Court of Human Rights, Information Note on the Court's case-law 259, February 2022, Judgment 3. 2. 2022 [Section V].
- Piazzon T., „Hronicle of private law“, *The New Notebooks of the Constitutional Council – QPC*, Vol. 46, No. 1 Paris, 2015.

- Ponjavić Z., „Prenatalna šteta“, *Pravni život*, br. 11–12, Beograd, 1992.
- Radišić J., *Obligaciono pravo*, opšti deo, Beograd, 2000.
- Radišić J., *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd, 2008.
- Samland S., *Rights of parents and child of in cases of „wrongful conception/life/birth“ in contract and tort law – Comparative view on Germany and France*, Katholike Universiteit, Leuven, 2003.
- Sheldon T., „Court awards damages to disabled child for having been born“, *British Medical Journal*, 784 (12 april), London, 2003.
- Stojčević D., Romac A., *Dicta et regulae iuris*, Savremena Administracija, Beograd, 1984.
- Turpin D., „L'arrêt Perruche, 20 ans déjà !“, *Petites Affiches*, n° 82, 410e année – 26 avril 2021, *Gazette de Palais*, Paris, 12 <https://www.actu-juridique.fr/civil/larret-perruche-20-ans-deja/>.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

NATAŠA STOJANOVIĆ

PSI VODIČI IZMEĐU ZAKONA O DOBROBITI ŽIVOTINJA I ZAKONA O KRETANJU UZ POMOĆ PSA VODIČA REPUBLIKE SRBIJE

Narodna skupština Republike Srbije je marta 2015. godine donela Zakon o kretanju uz pomoć psa vodiča, čineći tako korak napred ka: postizanju pune ravnopravnosti lica sa invaliditetom u odnosu na druge građane naše države, razradi prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, i kvalitetnijoj primeni načela zabrane diskriminacije. Budući da je od usvajanja Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča proteklo više od sedam godina, u radu činimo pokušaj da sagledamo njegovu sadržinu i stepen primenljivosti, pre svega, u kontekstu dobrobiti ovih radnih životinja. Po shvatanju autora, ovaj zakonski tekst nije primenjen u praksi ne samo zbog manjkavosti koje ga „krase“, već i zbog činjenice da Zakon o dobrobiti životinja Republike Srbije, matični zakon koji reguliše položaj pasa vodiča, nije zaživeo u praksi. Takođe, srpski normotvorac ne prati dovoljno moderne trendove u regulisanju pravnog tretmana pasa vodiča, sadržane u Standardima Međunarodne federacije pasa vodiča i Etičkim normama i minimalnim standardima Međunarodne organizacije pasa pomagača, ali i ne sagledava jasno potrebu pojačane zaštite dobrobiti ovih radnih životinja, kao uslova sine qua non za obezbeđivanje kvalitetnije pomoći licima sa invaliditetom koji se kreću uz pomoć pasa vodiča.

Ključne reči: lica sa invaliditetom, psi vodiči, dobrobit radnih životinja

Prof. dr Nataša Stojanović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: natasa@prafak.ni.ac.rs. Rad je rezultat istraživanja na projektu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2021-2025. godine.

U V O D

Kada je pre oko 15.000 godina čovek započeo pripitomljavanje pasa,¹ uspostavila se neraskidiva veza među njima koja, bez prekida, traje i danas.²

Premda čovek pse koristi za različite namene, sa aspekta društva, ali interesa pojedinaca posebno je značajna uloga koju ove radne životinje imaju, pomažući osobama sa invaliditetom.

Ideja o korišćenju pasa kao pomoćnika ljudima sa invaliditetom nije tekovina modernog društva, već ima korene koji sežu duboko u prošlost. Prema raspoloživim podacima, još u I veku nove ere, na muralu u otkopanim ruševinama antičkog grada Herkulanuma, stradalog posle erupcije vulkana Vezuva, zabeležen je primer kako pas vodi slepog čoveka. Uloga pasa vodiča naročito je bila dragocena tokom Prvog svetskog rata, kada se na hiljade vojnika vraćalo sa fronta sa oštećenim vidom, usled upotrebe bojnih otrova.³ Danas, u XXI veku, na evropskom prostoru evidentirano je preko 14.000 pasa vodiča i više od 4.000 drugih vrsta pasa pomagača.⁴

Republika Srbija je ratifikacijom Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom,^{5 6} pored ostalog, preuzela obavezu da preduzme efikasne mere kako bi se licima

¹ V. International Guide Dog Federation, History of Guide Dogs, Guide Dogs Through the Ages, <https://www.igdf.org.uk/guide-dogs/history-of-guide-dogs/>.

² Najnovija istraživanja, sprovedena na temelju fragmenta čeljusti sibirskog vuka-psa, pokazuju da je pripitomljavanje pasa započelo mnogo ranije, pre 27.000 godina. O tome detaljno v. Pontus Skoglund, Erik Ersmark, Eleftheria Palkopoulou, Love Dalén, „Ancient wolf genome reveals an early divergence of domestic dog ancestors and admixture into high-latitude breeds“, *Current Biology*, Volume 25, Issue 11, 2015, Cambridge, 1515-1519.

³ V. International Guide Dog Federation, op. cit.

⁴ V. European Guide Dog Federation, Research into number of guide dogs in Europe, <https://www.egdfed.org/news-information/reports/research-into-number-of-guide-dogs-in-europe/>.

⁵ V. Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 42/2009.

⁶ Iako, za sada, gotovo da nema propisa koji se tiču pasa vodiča, a koji bi važili za sve države članice Evropske unije (odstupanje predstavlja Uredba Evropskog parlamenta i Evropskog saveta, br. 1107/2006, koja u čl. 7, st. 2 zatim, Prilogu I, tač. 5 i Prilogu II, tač. 1, spominje pse vodiče), veliki broj država na evropskom kontinentu, uključujući i samu Evropsku uniju kao potpisnice Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, preuzeo je obavezu da u svoje zakone ugradi rešenja koja se tiču pasa vodiča. O državama, potpisnicama ove Konvencije, v. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en. U kojoj meri ti isti propisi zaista štite vlasnike pasa vodiča, v. Emily Davison, Is the law protecting guide dog owners? 2020, <https://www.leonardcheshire.org/our-impact/stories/law-protecting-guide-dog-owners>.

sa invaliditetom, kojih na prostoru naše države ima oko 700.000,^{7 8} obezbedila lična pokretljivost i najveći mogući stepen samostalnosti, uključujući tu i olakšan „pristup kvalitetnim pomagalima za kretanje, uređajima, tehnologijama i oblicima žive pomoći i posrednika u kretanju“⁹

Kako bi se realizovala obaveza iz Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom i omogućila što punija inkluzija lica sa invaliditetom u svim sferama života, Narodna skupština Republike Srbije je marta 2015. godine usvojila Zakon o kretanju uz pomoć psa vodiča.¹⁰ Navedenim zakonskim tekstom licima sa invaliditetom koja se kreću uz pomoć ovih radnih životinja garantuju se: pravo na korišćenje javnog prevoza,¹¹ pravo na korišćenje objekata u javnoj upotrebi,¹² pravo na slobodan pristup i boravak na javnim površinama,¹³ kao i pravo na slobodan pristup i boravak u radnom prostoru,¹⁴ sa ciljem ostvarivanja prava na slobodno kretanje.^{15 16}

Budući da je od donošenja Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča proteklo više od sedam godina, u radu želimo da pronađemo odgovore na nekoliko pitanja: U kojoj meri je ovaj zakonski tekst do sada primenjen u praksi? Da li su njegova rešenja u skladu sa modernim tendencijama u normiranju pravnog statusa pasa

⁷ Koliko tačno u Republici Srbiji ima osoba sa invaliditetom, nema preciznih podataka. Procene govore da je to između osam do deset procenata od celokupnog stanovništva. V. Bojana Bačić, Ne zna se tačan broj osoba sa invaliditetom u Srbiji, 2017, <https://www.danas.rs/vesti/drustvo/ne-zna-se-tacan-broj-osoba-s-invaliditetom-u-srbiji/>.

⁸ Na prostoru Evropske unije 87 miliona ljudi ima neki oblik invaliditeta, a u svetskim okvirima to je oko jedna milijarda žitelja planete Zemlje. V. European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Empty, Union of Equality: Strategy for the Rights of Persons with Disabilities 2021-2030, Brussels, 2021, 4 i 23, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2021%3A101%3AFIN#PP4Contens>.

⁹ V. čl. 20, st. 1, b Zakona o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom.

¹⁰ Zakon o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 29/2015.

¹¹ V. čl. 4 Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije.

¹² V. čl. 5 Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije.

¹³ V. čl. 6 Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije.

¹⁴ V. čl. 7 Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije.

¹⁵ V. Obrazloženje Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča, 9, https://www.google.com/uri?sa=t&source=web&rct=j&uri=http://vs3836.cloudhosting.rs/misljenja/920/obr/Obrazlozenje.pdf&ved=2ahUKEwjZ_NiOzZb5AhVSO-wKHZIfDQsQFnoECAUQAQ&usg=AOvVaw2n3b9q95GXjbvhLGVrRh217.

¹⁶ O argumentima protiv uvođenja pasa vodiča kao podrške licima sa invaliditetom v. U. Miletić, Nema instruktora, Astor jedini pas vodič, 2018, <https://www.danas.rs/vesti/drustvo/nema-instruktora-astor-jedini-pas-vodich>.

vodiča i njegove uloge u olakšavanju životne svakodnevnice lica sa invaliditetom? Da li je ovaj zakonski tekst u saglasju sa Zakonom o dobiti životinja Republike Srbije i u kojoj meri se njime štiti dobit pas vodiča?

VRSTE PASA POMAGAČA

Psi pomagači, ali to mogu biti i druge životinje,¹⁷ osposobljavaju se za pružanje pomoći u zadovoljavanju svakodnevnih, individualnih potreba osoba sa invaliditetom.¹⁸

U zavisnosti od toga za koji zadatak (ili zadatke) je pas obučen da obavlja svakodnevno u korist određenog lica sa invaliditetom, pravi se razlikovanje na više vrsta pasa pomagača.

Prema Standardima Međunarodne organizacije za pse pomagače (*Assistance Dogs International, ADI*),¹⁹ kao i prema Evropskim standardima za pse pomagače koji su u nastajanju,²⁰ psi pomagači se razvrstavaju na: pse vodiče (*guide dogs*), pse koji čuju (*hearing dogs*) i pse za službu (*service dogs*).

Psi vodiči obučeni su da pomažu u svakodnevnim aktivnostima slepim ili slabovidim osobama, tako što im olakšavaju putovanja, posebno u avionskom saobraćaju, korišćenje javnog prevoza, pronalaženje određenih lokacija, izbegavanje prepreka i sl. Ova vrsta pasa pomagača, takođe, svojim prisustvom obezbeđuje društvo licu sa invaliditetom i promoviše socijalnu inkluziju.²¹

Psi koji čuju (psi signalizatori) obučeni su da pomažu osobama sa teškim oštećenjem sluha, tako što ih upozoravaju na različite vrste zvukova u domaćinstvu: plač bebe, telefonski poziv, alarm za dim, kucanje ili zvonu na vratima, budilnik, zujalicu u pećnici i sl.

Psi za službu obučeni su, u prvom redu, da pomažu licima koja su ograničena u kretanju ili imaju probleme sa ravnotežom, tako što vuku invalidska kolica,

¹⁷ Zakon o Amerikancima sa invaliditetom, Americans with Disabilities Act of 1990, as amended (ADA) in the Title 28 of the Code of Federal Regulations (CFR), <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/28/chapter-I>, spominje i minijaturne konje. V. 28 CFR, §35. 136, pod i.

¹⁸ V. čl. 2, st. 1, tač. 3 Zakona o korištenju psa pomagača Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 39/2019, <https://www.zakon.hr/z/2027/Zakon-o-kori%C5%A1tenju-psa-pomaga%C4%8Da>.

¹⁹ Assistance Dogs International, Looking for an Assistance Dog, <https://assistedogsinternational.org/main/looking-for-an-assistance-dog/>.

²⁰ European Guide Dog Federation, European Standards for Assistance Dogs – Progress Report, <https://www.egdfed.org/news-information/reports/report-of-2019-conference-in-talin-estonia/european-standard-for-assistance-dogs-progres-report/>.

²¹ Assistance Dogs International, op. cit.

podizhu ispuštene predmete van domašaja osobe sa invaliditetom, otvaraju i zatvaraju vrata, uključuju i isključuju svetlo, laju, kada je potrebna pomoć njihovom vodiču. U ovu grupu radnih pasa, takođe, spadaju i psi koji pomažu ljudima sa hroničnim oboljenjima, poput epilepsije (upozorava osobu koja pati od ove bolesti kada počinje epileptični napad), dijabetisa (upozorava vodiča kada mu šećer u krvi dostigne visok ili nizak nivo) i alergija (upozorava osobu koja ima alergije da na vreme uzme lek).²² Ovoj grupi radnih pasa, osim toga, pripadaju i tzv. psihijatrijski službeni psi (*psychiatric service dog*) koji su obučeni da olakšaju svakodnevnicu licima koja imaju smetnje u učenju ili pate od: depresije, autizma, anksioznih poremećaja, različitih fobija, posttraumatskog stresnog poremećaja (naročito kod ratnih veterana), bipolarnog poremećaja, opsesivno kompulzivnog poremećaja, poremećaja nedostatka pažnje ili hiperaktivnosti.^{23 24}

Ukoliko je pas pomagač obučen za izvršavanje više poslova iz različitih oblasti, onda se njegova pripadnost određenoj vrsti procenjuje prema glavnom zadatku koji obavlja.²⁵

Pse pomagače treba razlikovati od pasa za emocionalnu podršku i terapijskih pasa.²⁶

Psi za emocionalnu podršku služe pojedincima sa mentalnim ili emotivnim smetnjama za druženje ili kao uteha u životnoj svakodnevnicu. Stalno žive sa vlasnikom i svojim prisustvom mu olakšavaju razna anksiozna stanja, fobije, depresiju, post traumatski sindrom i sl. Za razliku od pasa pomagača, psi za emocionalnu podršku nisu posebno obučeni za izvršavanje zadataka za svog vlasnika.²⁷

²² Austrijski zakonodavac ovu vrstu radnih pasa svrstava pod okrilje pasa signalizatora. V. § 39a, st. 6 saveznog Zakona o invalidnim licima (Bundesbehindertengesetz - BBG (BGBl. Nr. 283/1990, zaključno sa izmenama i dopunama iz 2018. godine, BGBl. Nr. 100/2018), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008713>.

²³ Melissa Winkle, Terry K. Crowe, Ingrid Hendrix, „Service Dogs and People with Physical Disabilities Partnerships: A Systematic Review“, *Occupational Therapy International*, 19, 2012, 54-55, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/oti.323>; Psychiatric Service Dog, <https://www.servicedogcertifications.org/psychiatric-service-dog/>.

²⁴ U stručnoj literaturi nema jedinstvenog gledanja na stvar u pogledu razvrstavanja pasa pomagača. V. Annika Bremhorst, Paolo Mongillo, Tiffani Howell, Lieta Marinelli, „Spotlight on Assistance Dogs – Legislation, Welfare and Research“, *Animals*, 8, 129, 2018, <https://www.mdpi.com/journal/animals>; ADA National Network, Service Animals and Emotional Support Animals (eds. Jacquie Brenan, Vinh Nguyen) 2014, 2, <https://adata.org/guide/service-animals-and-emotional-support-animals>.

²⁵ V. § 39a, st. 7 saveznog Zakona o invalidnim licima Republike Austrije.

²⁶ O tome detaljno, ADA National Network, op. cit., 3.

²⁷ V. U. S. Department od Justice, Civil Rights Division, Disability Rights Section, Frequently Asked Questions about Service Animals and the ADA, 2015, 2, https://www.ada.gov/regs2010/service_

Psima za emocionalnu podršku aktuelni propisi u pojedinim pravnim sistemima ne dopuštaju pristup objektima u javnoj upotrebi ili korišćenje javnog prevoza.²⁸

Terapijski pas jeste pas koji zajedno sa uvek licenciranim profesionalcem, u ograničenom vremenskom periodu, učestvuje u individualnom ili grupnom radu sa pojedincem ili sa pojedincima, radi postizanja unapred definisanih ciljeva terapijskog ili rehabilitacijskog postupka.²⁹ ³⁰ Terapijski pas obezbeđuje pomoć i emocionalnu podršku većem broju ljudi sa invaliditetom ili bez njega, obično u kliničkom okruženju. Pas pomagač je individualno obučen da obavlja jedan ili nekoliko zadataka u korist isključivo jednog lica sa invaliditetom i trajno je smešten kod njega, kako bi mu pomogao u dnevnim aktivnostima.³¹

KAKO ZAKON O DOBROBITI ŽIVOTINJA REPUBLIKE SRBIJE REGULIŠE STATUS PASA VODIČA

Zakon o dobrobiti životinja Republike Srbije,³² premda uopšte ne upotrebljava termin „pas vodič“, ovu vrstu pasa zapravo spominje u uvodnom delu, kada pojašnjava izraz „radna životinja“. Ovim terminom obuhvaćene su sve životinje koje čovek koristi kao pomoć u: spasavanju, traganju, odbrani, čuvanju lica ili imovine, poljoprivrednim radovima, terapeutske i druge, njima slične svrhe, ili kao podrška licima sa invaliditetom.³³

Zakon o dobrobiti životinja, takođe, ne koristi izraz „pas vodič“ i kada reguliše obuku životinja.³⁴ Srpski zakonodavac razlikuje obuku službenih i radnih životinja, kao i kućnih ljubimaca.³⁵ Obuka, dakle, mora da odgovara ne samo vrsti i rasi, nego i nameni životinja.³⁶

animal_qa.html; What Makes a Service Dog Legal?, <https://www.servicedogcertifications.org/what-makes-a-service-dog-legal/>.

²⁸ V. 28 CFR, §35. 104.

²⁹ V. § 39a, st. 6a saveznog Zakona o invalidnim licima Republike Austrije i čl. 2, st. 1, tač. 4 Zakona o korištenju psa pomagača Republike Hrvatske.

³⁰ Psihoverzum, Deca sa autizmom i terapija pomoću konja, <https://www.psihoverzum.com/deca-sa-autizmom-i-terapija-pomoću-konja>.

³¹ M. Winkle, T. K. Crowe, I. Hendrix, op. cit., 54–55.

³² Zakon o dobrobiti životinja Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 41/2009.

³³ V. čl. 5, st. 1, tač. 45 Zakona o dobrobiti životinja Republike Srbije.

³⁴ V. čl. 10 i čl. 11 Zakona o dobrobiti životinja Republike Srbije.

³⁵ O značenju pojmova „službena životinja“ i „kućni ljubimac“ u domaćem Zakonu o dobrobiti životinja, v. Nataša Stojanović, *Pravo životinja*, Pravni fakultet, Niš, 2017, 201 i 221.

³⁶ V. čl. 10, st. 2 Zakona o dobrobiti životinja Republike Srbije.

Ono što je zajednički imenitelj za obuku životinja jesu subjekti koji su ovlašćeni da se time bave. To mogu biti, kako fizičko lice, tako i pravno lice ili preduzetnik. Za fizičko lice, koje namerava da se bavi obukom životinja, zahteva se da bude obučeno za dobrobit životinja i da ispunjava potrebne uslove u pogledu objekta u kojima će boraviti životinje koje se obučavaju. Za pravno lice ili preduzetnika, takođe se zahteva uposlenje najmanje jednog lica, obučenog za dobrobit životinja, i ispunjenje uslova koji se tiču objekta za boravak životinja.³⁷ Uz kumulativno ispunjenje navedenih uslova traži se i da je takav subjekt upisan u Registar lica za obuku životinja koji vodi Ministarstvo, nadležno za poslove veterine.³⁸

Koji uslovi moraju biti zadovoljeni u pogledu objekata za držanje životinja koje se obučavaju, to treba da bude predviđeno odgovarajućim podzakonskim aktom. Nažalost, on do danas nije donet. Isto važi i za program obuke o dobrobiti životinja koje se obučavaju, kao i bliže sadržine Registra lica za obuku životinja. Osim toga, nije realizovana ni dužnost ovlašćenog ministra da, uz saglasnost ministra zaduženog za unutrašnje poslove i ministra odbrane, uredi način obavljanja obuke životinja.³⁹ Kao logična posledica normativne neaktivnosti nadležnih organa sledi i nepostojanje Registra lica za obuku životinja, kao ni odgajivačnica ovakvih pasa, osnovanih uz poštovanje odgovarajućih odredaba Zakona o dobrobiti životinja, što se može ustanoviti uvidom u bazu podataka Uprave za veterinu pri Ministarstvu poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede Republike Srbije.

Ono na čemu srpski zakonodavac insistira, prilikom obuke životinja, jeste da se u postupku njihove obuke ne sme primenjivati sila ili sredstva koja mogu štetno uticati na život i dobrobit životinje, kao i primoravanje životinje na ponašanje koje nije stvojevno vrsti kojoj pripada, ili ponašanje koje nije u skladu sa njenim fizičkim potencijalom.⁴⁰ Za sve ove protivpravne postupke koji se tretiraju prekršajima, propisana je odgovarajuća novčana kazna.⁴¹

Budući da od načina i kvaliteta obuke pasa vodiča (isto bi važilo i za druge pse pomagače)⁴² u mnogome može zavisiti kvalitet života lica sa invaliditetom

³⁷ V. čl. 10, st. 1 Zakona o dobrobiti životinja Republike Srbije.

³⁸ V. čl. 11, st. 1–4 Zakona o dobrobiti životinja Republike Srbije.

³⁹ V. čl. 11, st. 7 i 8 Zakona o dobrobiti životinja Republike Srbije.

⁴⁰ V. čl. 7, st. 1, tač. 28 Zakona o dobrobiti životinja Republike Srbije.

⁴¹ V. čl. 82, st. 1, tač. 9, 10, 12, 27, čl. 84 i čl. 85 Zakona o dobrobiti životinja Republike Srbije.

⁴² O uticaju nivoa fiziološkog stresa pasa koji se obučavaju na njihovu dobrobit i radnu sposobnost detaljno v. Nicola Rooney, Samantha Gaines, Elly Hibi, „A practitioner’s guide to working dog welfare“, *Journal of Veterinary Behavior*, Volume 4, Issue 3, Amsterdam, 2009, 127–134.

koje se kreće uz pomoć ove radne životinje, čini se prihvatljivim, budući da prekopotrebni podzakonski akti koji se tiču obuke ovih pasa još nisu doneti u Republici Srbiji, uzeti u obzir rešenja sadržana u Smernicama za pse pomagače saveznog Ministarstva za rad, socijalna pitanja i zaštitu potrošača Republike Austrije.⁴³

Kako u Republici Srbiji, za sada, nema subjekata koji se u skladu sa Zakonom o dobrobiti životinja bave obukom pasa vodiča, sledi da je nabavka pasa vodiča moguća jedino iz inostranstva, što je prilično skupa investicija.⁴⁴

KAKO ZAKON O KRETANJU UZ POMOĆ PSA VODIČA REPUBLIKE SRBIJE „GLEDA“ NA OVE RADNE ŽIVOTINJE

Već na prvi pogled, može se jasno uočiti da se u srpskom Zakonu o kretanju uz pomoć psa vodiča u prvi plan stavljaju psi vodiči, u odnosu na druge vrste pasa pomagača. To dalje povlači privilegovan položaj slepih i slabovidih osoba u odnosu na druga lica sa invaliditetom. Iz naslova Zakona i njegove sadržine *de facto* proističe da se omogućavanje „što punije inkluzije osoba sa invaliditetom u sve društvene tokove“⁴⁵ zapravo, prvenstveno, odnosi na slepa i slabovida lica, a ne i na druge osobe sa invaliditetom, što, u krajnjem ishodu ima stepenastu ravnopravnost lica sa invaliditetom u odnosu na ostale građane – neke osobe sa invaliditetom su više ravnopravne, a neke su manje ravnopravne. Zbog toga, mislimo da je bolji zakonodavni poduhvat učinjen od strane hrvatskog zakonodavca, donošenjem Zakona o korišćenju psa pomagača.

Nesporno je da lica sa invaliditetom koja za kretanje koriste invalidska kolica mogu imati potrebu i za psom vodičem, ali sudeći prema već izloženoj podeli pasa pomagača, izvršenoj od strane kompetentnih autoriteta, za ovu kategoriju lica sa invaliditetom pre će biti od značaja psi za službu, kao posebno obučena vrsta pasa za pomoć ljudima koji se ne mogu samostalno kretati. Otuda i čudi spominjanje, u ovom Zakonu, pasa vodiča za ovu kategoriju lica sa invaliditetom. Isto bi važilo i za druga lica sa invaliditetom koja nisu slepa

⁴³ Bundesministerium Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, Richtlinien Assistenzhunde, BMASK-44.301/0075-IV/A/7/2014, https://www.oesterreich.gv.at/themen/menschen_mit_behinderungen/Assistenzhund.html.

⁴⁴ Prema podacima sa kojima raspolazemo, psi vodiči koštaju do 38.000 evra, a signalni psi i psi u službi do 25.000 evra. V. European Commission, Assistance dogs: Heroes of barrier-free life or man's best friend, <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/663169/en>.

⁴⁵ V. Obrazloženje Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča, op. cit., 1.

ili slabovidna, budući da njima mogu pružiti pomoć i olakšati svakodnevnicu druge vrste pasa pomagača.

Takođe, nije dovoljno jasno povezivanje, u ovom zakonskom tekstu, pasa vodiča sa zadovoljavanjem terapijskih, rehabilitacijskih i drugih potreba lica sa invaliditetom, kada, kako je već na početku rada izloženo, terapijski psi uopšte ne pripadaju grupaciji pasa pomagača.

Prema Zakonu o kretanju uz pomoć psa vodiča, pas vodič mora da prođe posebnu obuku, u skladu sa Zakonom o dobrobiti životinja Republike Srbije. Kako smo već videli, „zvanični“ program obuke radnih životinja, pa samim tim i pasa vodiča i dalje ne postoji. Dok je pas na obuci, on, po slovu Zakona, ima isti status kao i obučeni pas vodič.⁴⁶

Domaći Zakon o kretanju uz pomoć psa vodiča traži da pas vodič bude vidno obeležen adekvatnom opremom.⁴⁷ Međutim, do danas nije donet podzakonski akt kojim se ta problematika uređuje.

U Zakonu o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije nije precizirano da li psa vodiča može obučavati sam vlasnik, odnosno njemu blisko lice ili profesionalac, osoba školovana za obuku pasa vodiča. Sva je prilika, uzimajući u obzir celokupnu sadržinu ovog zakonskog teksta, ali i odredbe domaćeg Zakona o dobrobiti životinja koje se tiču obuke životinja, da je srpski zakonodavac mislio upravo na ovu drugu mogućnost. To sve, za razliku od američkog zakonodavstva koje omogućava i korisnicima pasa vodiča, ili njima bliskim licima, da ih sami treniraju.⁴⁸

Kada srpski zakonodavac, Zakonom o kretanju uz pomoć psa vodiča, licu sa invaliditetom koje se kreće uz pomoć ove radne životinje, priznaje pravo na korišćenje javnog prevoza, koje uključuje upotrebu svih prevoznih sredstava u javnom prevozu, ali i zadržavanje na svim prostorima predviđenim za putnike, on, u isto vreme, bliže ne precizira da li pas vodič mora da nosi korpu za njušku, budući da pomaže licu sa invaliditetom. Austrijska Uredba o opštim uslovima prevoza motornim vozilima u redovnom saobraćaju, iako za pse - kućne ljubimce nalaže

⁴⁶ V. čl. 8 Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije. Ista je situacija i u hrvatskom pravu. V. čl. 8, st. 1 Zakona o korišćenju psa pomagača Republike Hrvatske. Dok suprotno rešenje, recimo, sadrži federalni Zakon o Amerikancima sa invaliditetom. V. 28 CFR 135. 104. Na nivou država članica SAD zakonodavna praksa po tom pitanju je različita. V. Rebecca Wisch, Table of State Service Animal Laws, *Animal Legal & Historical Center*, Michigan State University College of Law, 2022, <https://www.animallaw.info/topic/table-state-assistance-animal-laws>.

⁴⁷ V. čl. 3, st. 2 Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije.

⁴⁸ U. S. Department of Justice, Civil Rights Division, Disability Rights Section, op. cit., 2; Psychiatric Service Dog, <https://www.servicedogcertifications.org/psychiatric-service-dog/>.

da u javnom prevozu moraju biti na kratkom povocu i sa obaveznom brnjicom, za pse pomagače ima osobođenje u pogledu nošenja korpe.⁴⁹

Kod prava lica sa invaliditetom koje se kreće uz pomoć psa vodiča da koristi objekte u javnoj upotrebi spominju se objekti organa Republike Srbije, autonomnih pokrajina i lokalnih samouprava, zatim objekti drugih organa i organizacija, pravnih i fizičkih lica, bez bližeg preciziranja na koje se to subjekte misli, kao i objekti u oblasti obrazovanja, kulture, socijalne i zdravstvene zaštite, sporta, turizma, ugostiteljstva i drugih delatnosti, opet bez bližeg određenja na koje se to delatnosti misli. Ono što može biti, ili verovatno već jeste, predmet sporenja jeste, da li lice sa invaliditetom koje se kreće uz pomoć psa vodiča može ulaziti i koristiti objekte verskog karaktera? Tu dilemu je otklonio hrvatski Zakon o korišćenju psa pomagača, propisivanjem da korisnik psa pomagača, kandidat za korišćenje takvog psa, vodič psa pomagača, kandidat za vodiča psa pomagača, socijalizator psa pomagača i radni instruktor psa pomagača imaju pravo pristupa i boravka u verskim objektima.⁵⁰

Kada se detaljno pročita tekst Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije, stiće se utisak da lice sa invaliditetom kome pas vodič pomaže, gotovo ništa ne ograničava kada koristi javni prevoz, objekte u javnoj upotrebi, kada boravi na javnim površinama ili u radnom prostoru. Izuzetak se čini samo u pogledu pristupa i korišćenja objekata u oblasti zdravstvene zaštite od strane lica sa invaliditetom koje se kreće pomoću psa vodiča. Naime, Pravilnik o bližim uslovima i načinu korišćenja objekata u javnoj upotrebi u oblasti zdravstvene zaštite od strane osobe koja se kreće uz pomoć psa vodiča,⁵¹ sadrži odredbu kojom se predviđa da je slobodan pristup ovom licu sa psom vodičem moguć samo u zdravstvenim ustanovama u kojima se obezbeđuje zdravstvena zaštita na primarnom nivou (poput doma zdravlja, ambulante, apoteke, a ne, recimo, bolnice),⁵² i to uz, još jedno ograničenje, poštovanje opštih akata dotične zdravstvene ustanove.⁵³ Na osnovu ovih pravila, sadržanih u navedenom Pravilniku, više je nego jasno da lica sa invaliditetom

⁴⁹ V. § 38 Verordnung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Kraftfahrlinienverkehr (KFL-Bef-Bed), BGBl. II Nr. 47/2001, zaključno sa izmenama i dopunama iz 2018. godine, BGBl. II Nr. 129/2018.

⁵⁰ V. čl. 8, st. 2 Zakona o korišćenju psa pomagača Republike Hrvatske.

⁵¹ Pravilnik o bližim uslovima i načinu korišćenja objekata u javnoj upotrebi u oblasti zdravstvene zaštite od strane osobe koja se kreće uz pomoć psa vodiča Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2015.

⁵² V. čl. 2 Pravilnika o bližim uslovima i načinu korišćenja objekata u javnoj upotrebi u oblasti zdravstvene zaštite od strane osobe koja se kreće uz pomoć psa vodiča Republike Srbije.

⁵³ V. čl. 4 Pravilnika o bližim uslovima i načinu korišćenja objekata u javnoj upotrebi u oblasti zdravstvene zaštite od strane osobe koja se kreće uz pomoć psa vodiča Republike Srbije.

ne bi mogla svog psa vodiča da povedu sa sobom, ukoliko se nalaze na bolničkom lečenju, a sposobna su da brinu o njemu ili da ga nadgledaju. Takvu mogućnost, recimo, dozvoljava američko zakonodavstvo.⁵⁴

Zakon o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije govori samo o pravima osobe sa invaliditetom koja se kreće uz pomoć psa vodiča, a uopšte ne spominje njegove dužnosti koje ima prema samom psu, drugim licima i uopšte društvenoj zajednici. Kvalitetnije bolji pristup u normiranju navedene problematike ostvarili su federalni Zakon o Amerikancima sa invaliditetom, rešenjem da životinja mora biti pod kontrolom svog vodiča,⁵⁵ i da za nadzor i negu psa pomagača nisu odgovorni objekti u javnoj upotrebi, već sam vlasnik.⁵⁶ Slična pravila imaju austrijski i hrvatski zakonodavac, stavljajući posebno akcenat na dobrobiti i zdravstvenoj zaštiti pasa vodiča, što je u skladu sa Standardima Međunarodne federacije pasa vodiča⁵⁷ i Etičkim normama i minimalnim standardima Međunarodne organizacije pasa pomagača.⁵⁸ Pri tome, kod operacionalizacije dobrobiti pasa vodiča ima se u vidu ne samo njihovo fizičko zdravlje, već i psihološko blagostanje. Osiguranjem dobrih rezultata dobrobiti ovih radnih životinja, imaće za posledicu poboljšanje, kako kvaliteta života pasa vodiča, tako i lica sa invaliditetom koja se kreću uz njihovu pomoć.⁵⁹

I pored toga što psi vodiči prolaze višemesečnu obuku koja im, pored ostalog, omogućava da ne reaguju intenzivno na stimulanse iz okoline, činjenica je da mogu da se ponašaju mimo očekvanog, i da budu bez kontrole vodiča, te da kao takvi predstavljaju pretnju po zdravlje ili bezbednost drugih ljudi. Za takve, i te kako moguće situacije, srpski zakonodavac nema rešenje. Federalni Zakon o Amerikancima sa invaliditetom reguliše navedene slučajeve i predviđa da ovlašćeno lice iz određenog objekta ima pravo da od lica sa invaliditetom koje se kreće uz pomoć psa vodiča, a koji se „neprimereno“ ponaša, zatraži da se ova radna životinja ukloni iz objekta, a da se licu sa invaliditetom obezbedi tražena usluga.⁶⁰

Takođe, srpski Zakon o kretanju uz pomoć psa vodiča ne uređuje ni situaciju kada se u blizini lica sa invaliditetom koje se kreće uz pomoć psa vodiča u javnom objektu ili javnom prevozu nađe lice koje je alergično na dlaku psa ili ima

⁵⁴ U. S. Department of Justice, Civil Rights Division, Disability Rights Section, op. cit., 3.

⁵⁵ V. 28 CFR, §35. 136 (d).

⁵⁶ V. 28 CFR, §35. 136 (e).

⁵⁷ V. Standard br. 4, pod naslovom „Humana briga“.

⁵⁸ V. Standard koji se tiče dobrobiti i zdravlja pasa.

⁵⁹ V. A. Bremhorst, P. Mongillo, T. Howell, L. Marinelli, op. cit., 9-10.

⁶⁰ V. 28 CFR, §35. 136 (b i c).

strah od njega. Hrvatski zakonodavac potencira da takve okolnosti ne smeju biti razlog za uskraćivanje usluge ili pristup lica sa invaliditetom u javnom prevozu ili javnom objektu, ali da se mora, od strane vodiča psa, pokazati dužna pažnja prema trećim licima koja imaju zdravstvene probleme ili druge kontraindikacije od dodira ili kontakta sa psom.⁶¹ Američka stručna literatura, takođe, zagovara takvo shvatanje.⁶²

Kako bi se izbeglo da se pojedinci lažno predstavljaju kao invalidi koji imaju pravo da koriste pse vodiče,⁶³ Zakon o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije predviđa da se pravo na slobodno kretanje uz podršku ove vrste radnih životinja može ostvariti, ukoliko taj pojedinac ima ispravu kojom se dokazuje da ima potrebna znanja, sposobnosti i veštine za kretanje sa psom vodičem. To, međutim, po slovu Zakona nije dovoljno, pa se dodatno zahteva, za psa vodiča, da postoji dokaz o izvršenoj obuci. Za instruktora psa vodiča traži se, takođe, da mora odgovarajućom ispravom da potvrdi da je osposobljen da obavlja poslove obuke.⁶⁴ Premda se u Obrazloženju ovog zakonskog teksta spominje posebno telo, određena Komisija koju treba da formira nadležno ministarstvo sa zaduženjem da ispita materijalne i formalne uslove za izdavanje odgovarajućih potvrda, kako za lice sa invaliditetom koje se kreće uz pomoć psa vodiča, tako i za instruktora,⁶⁵ u samom Zakonu navedena Komisija se ne spominje. Stiče se utisak da je omaškom skraććen tekst Zakona na štetu njegovog kvaliteta i jasnoće. Istu sudbinu doživio je i podzakonski akt kojim je trebalo da se preciziraju bliže uslovi za organizovanje sprovođenja i načina provere stečenih znanja, sposobnosti i veština, kao i troškovi provere, vođenja evidencije o odgovarajućim ispravama i načinu obeležavanja psa vodiča za koga je izdata potrebna isprava. U Obrazloženju Zakona spominje se neophodnost donošenja ovog pravnog dokumenta, a u samom zakonskom tekstu nema ni pomena o njemu.

U Zakonu o kretanju uz pomoć psa vodiča, a ni u Zakonu o dobrobiti životinja Republike Srbije nema propisa o posebnoj o registraciji ovih radnih životinja, tako da ne postoje zvanični podaci o tome da li, i ako ima, koliko je takvih pasa na prostoru Republike Srbije.

⁶¹ V. čl. 12 Zakona o korišćenju psa pomagača Republike Hrvatske.

⁶² ADA National Network, op. cit., 10.

⁶³ U većini američkih država lažno predavljanje osobe da ima pravo da bude u pratnji psa vodiča smatra se protivpravnim ponašanjem za koje je zaprećena određena kazna, koja se razlikuje od države do države. V. R Wisch, op. cit.

⁶⁴ V. čl. 11, st. 2 Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije.

⁶⁵ V. Obrazloženje Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča, op. cit., 8 i 14.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

I pored toga što je od usvajanja Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije proteklo više od sedam godina, ovaj zakonski tekst nije adekvatno primenjen u praksi, ne samo zbog manjkavosti koje ga „krase“, već i zbog činjenice da Zakon o dobrobiti životinja, matični zakonski tekst koji reguliše položaj pasa vodiča nije zaživeo u praksi. Stiče se utisak da su oba zakonska teksta doneta „reda radi“, a ne zbog stvarnih potreba.

Stavljanjem u prvi plan pasa vodiča, marginalizuju se druge vrste pasa pomagača i uloga koju oni mogu imati u olakšavanju svakodnevnice lica sa invaliditetom. Zbog toga je, čini se, prihvatljivije rešenje, koje imaju američko, austrijsko i hrvatsko zakonodavstvo, o jednakom normativnom tretmanu svih vrsta pasa pomagača u svetlu njihove podrške licima sa invaliditetom. Na taj način biće postignuto potpuno izjednačenje svih kategorija lica sa invaliditetom, barem kada je reč o podršci koju im psi pomagači mogu pružiti.

Novi Zakon, koji treba doneti, a koji u prvi plan stavlja sve pse pomagače lica sa invaliditetom, mora maksimalno uvažiti Standarde Međunarodne federacije pasa vodiča, kao i Etičke norme i minimalne standarde Međunarodne organizacije pasa pomagača, u pogledu obuke lica sa invaliditetom i instruktora, a naročito rešenja o zaštiti dobrobiti i zdravlja pasa pomagača, kako u procesu njihove obuke, tako i tokom izvršavanja zadatka u korist lica sa invaliditetom.

Više je nego jasno, barem na osnovu postojeće regulative koja se tiče dobrobiti životinja i kretanja osoba sa invaliditetom uz pomoć psa vodiča i njene, gotovo nevidljive, primene, da još nije stvoren dobar pravni, ali ni socijalni ambijent za angažovanje pasa pomagača kao podrške licima sa invaliditetom. Dok se ne ispune potrebni uslovi, kao prelazno rešenje, predlažemo pojačanu ulogu personalnih asistenata u olakšavanju svakodnevnice lica sa invaliditetom. U međuvremenu, takođe, potrebno je, putem medija i obrazovnih programa uticati na svest kod ljudi o ulozi i značaju koji psi pomagači mogu imati za lica sa invaliditetom. Uz sve to, potrebno je i obezbediti uslove za bolju pristupačnost osoba sa invaliditetom sredstvima javnog prevoza, objektima u javnoj upotrebi i radnim sredinama, ali i otkloniti što više prepreka na javnim površinama,⁶⁶ kako bi se u punoj meri ostvarila lična pokretljivost ovih subjekata i olakšala realizacija njihovih prava.

⁶⁶ Na uočeni problem već je ukazano u Strategiji unapređenja položaja osoba sa invaliditetom u Republici Srbiji za period od 2020. do 2024. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2020, u delu 3. 3. 1., koji se tiče pristupačnosti.

Prof. Dr. NATAŠA STOJANOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Niš

GUIDE DOGS BETWEEN THE ANIMAL WELFARE LAW AND THE LAW ON MOVEMENT USING GUIDE DOGS OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The National Assembly of Serbia adopted the Law on Movement Using Guide Dogs in March 2015, taking a step forward to: achieving full equality of persons with disabilities in relation to other citizens of Serbia, developing the right to dignity and the right to free development of personality, and a higher quality application of the principle of prohibition of discrimination. Given that over seven years have passed since the adoption of the Law on Movement Using Guide Dogs, in this paper we make an attempt to consider its content and degree of applicability, above all, within the context of such working animals. In the author's understanding, this legal text has not been applied in practice not only because of being „adorned“ with deficiencies, but also because of the fact that the Serbian Animal Welfare Law, the master law regulating status of guide dogs has never come to life in practice. Also, the Serbian norm setter does not follow contemporary trends sufficiently in regulating the statutory treatment of guide dogs, contained in the Standards of the International Guide Dog Federation and the Ethical Norm and Minimum Standards of the International Assistance Dog Organization, and does not clearly address the need for an intensified protection of such working animals' welfare, as sine qua non conditions for providing a more quality assistance to persons with disabilities to move around assisted by guide dogs.

Key words: persons with disabilities, guide dogs, welfare of working animals

Literatura

- ADA National Network, Service Animals and Emotional Support Animals (eds. Brennan J., Nguyen V.) 2014, <https://adata.org/guide/service-animals-and-emotional-support-animals>.
- Americans with Disabilities Act of 1990, as amended (ADA) in the Title 28 of the Code of Federal Regulations (CFR), <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/28/chapter-I>.
- Assistance Dogs International, Looking for an Assistance Dog, <https://assistancedogsinternational.org/main/looking-for-an-assistance-dog/>.
- Assistance Dogs International, Summary of ADI Standards, <https://assistancedogsinternational.org/standards/summary-of-standards>.
- Bačić B., Ne zna se tačan broj osoba sa invaliditetom u Srbiji, 2017, <https://www.danas.rs/vesti/drustvo/ne-zna-se-tacan-broj-osoba-s-invaliditetom-u-srbiji/>.
- Bremhorst A., Mongillo P., Howell T., Marinelli L., „Spotlight on Assistance Dogs – Legislation, Welfare and Research“, *Animals*, 8, 129, 2018, <https://www.mdpi.com/journal/animals>.

- Bundesbehindertengesetz - BBG, BGBl. Nr. 283/1990, zaključno sa izmenama i dopunama iz 2018. godine, BGBl. Nr. 100/2018, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008713>.
- Bundesministerium Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, Richtlinien Assistenzhunde, BMASK-44.301/0075-IV/A/7/2014, https://www.oesterreich.gv.at/themen/menschen_mit_behinderungen/Assistenzhund.html.
- Convention on the Rights of Persons with Disabilities, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=_en&mtdsg_no=IV15&src=IND.
- Davison E., Is the law protecting guide dog owners? 2020, <https://www.leonardcheshire.org/our-impact/stories/law-protecting-guide-dog-owners>.
- European Commission, Assistance dogs: Heroes of barrier-free life or man's best friend, <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/663169/en>.
- European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Empty, Union of Equality: Strategy for the Rights of Persons with Disabilities 2021-2030, Brussels, 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2021%3A101%3AFIN#PP4Contens>.
- European Guide Dog Federation, European Standards for Assistance Dogs – Progress Report, <https://www.egdfed.org/news-information/reports/report-of-2019-conference-in-talin-estonia/european-standard-for-assistance-dogs-progres-report/>.
- European Guide Dog Federation, Research into number of guide dogs in Europe, <https://www.egdfed.org/news-information/reports/research-into-number-of-guide-dogs-in-europe/>.
- European Parliament and Council of the European Union, Regulation (EC) No 1107/2006 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 concerning the rights of disabled persons and persons with reduced mobility when travelling, by air, 2006, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32006R1107>.
- International Guide Dog Federation, History of Guide Dogs, Guide Dogs Through the Ages, <https://www.igdf.org.uk/guide-dogs/history-of-guide-dogs/>.
- International Guide Dog Federation; IGDF Standards Overview, <https://www.igdf.org.uk/igdf-standards/>.
- Miletić U., Nema instruktora, Astor jedini pas vodič, 2018, <https://www.danas.rs/vesti/društvo/nema-instruktora-astor-jedini-pas-vodič>.
- Obrazloženje Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča, https://www.google.com/uri?sa=t&source=web&rct=j&uri=http://vs3836.cloudhosting.rs/misljenja/920/obr/Obrazlozenje.pdf&ved=2ahUKEwjZ_NiOzZb5AhVSOwKHZtfDQsQFnoECAUQAQ&usq=AOvVaw2n3b9q95GXjbvvhLGrRh217.
- Pravilnik o bližim uslovima i načinu korišćenja objekata u javnoj upotrebi u oblasti zdravstvene zaštite od strane osobe koja se kreće uz pomoć psa vodiča, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2015.

- Psihoverzum, Deca sa autizmom i terapija pomoću konja, <https://www.psihoverzum.com/deca-sa-autizmom-i-terapija-pomocu-konja>.
- Psychiatric Service Dog, <https://www.servicedogcertifications.org/psychiatric-service-dog/>.
- Rooney N., Gaines S., Hibi E., „A practitioner’s guide to working dog welfare“, *Journal of Veterinary Behavior*, Volume 4, Issue 3, Amsterdam, 2009.
- Skoglund P., Ersmark E., Palkopoulou E., Dalén L., „Ancient wolf genome reveals an early divergence of domestic dog ancestors and admixture into high-latitude breeds“, *Current Biology*, Volume 25, Issue 11, Cambridge, 2015.
- Stojanović N., *Pravo životinja*, Pravni fakultet, Niš, 2017.
- Strategija unapređenja položaja osoba sa invaliditetom u Republici Srbiji za period od 2020. do 2024. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2020.
- U. S. Department of Justice, Civil Rights Division, Disability Rights Section; Frequently Asked Questions about Service Animals and the ADA, 2015, https://www.ada.gov/regs2010/service_animal_qa.html.
- Verordnung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Kraftfahrlinienverkehr (KFL-Bef-Bed), BGBl. II Nr. 47/2001, zaključno sa izmenama i dopunama iz 2018. godine, BGBl. II Nr. 129/2018.
- What Makes a Service Dog Legal? <https://www.servicedogcertifications.org/what-makes-a-service-dog-legal/>.
- Winkle M., Terry K. Crowe T. M., Hendrix I., „Service Dogs and People with Physical Disabilities Partnerships: A Systematic Review“, *Occupational Therapy International*, 19, 2012, 54-66, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/oti.323>.
- Wisch R., Table of State Service Animal Laws, *Animal Legal & Historical Center*, Michigan State University College of Law, 2022, <https://www.animallaw.info/topic/table-state-assistance-animal-laws>.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DOKAZIVANJE UZROČNE VEZE U SLUČAJU GRUBE GREŠKE U LEČENJU

Nemačka regulativa i sudska praksa

Osnovno značenje greške u medicini je postupanje lekara protivno pravilima vlastite struke (*contra legem artis*), odnosno preneбреgavanje propisa koji čine medicinski standard ili stanje nauke i prakse u datom trenutku.¹ U slučaju da se utvrdi da je lekar načinio grešku, on odgovara samo ako je greškom izazvana šteta pacijentu, što je ovaj dužan da dokaže. Neretko, greška lekara je bez uticaja na dalji tok bolesti i lečenje, pa je odgovornost irelevantna.² U tom smislu je potrebno dokazati i uzročnu vezu između greške i nastale štete. Nemačka sudska praksa, a potom i zakon, uveli su dokaznu olakšicu uzročne veze, za čiju realizaciju je potrebno da se ispune određeni uslovi. U daljem tekstu će biti reči o opštim uslovima za odgovornost zbog greške u medicini, a potom i o konkretnim slučajevima nemačke sudske prakse u kojima je pokrenuto pitanje primene dokazne olakšice – obrtanje tereta dokazivanja uzročne veze (*Beweistlastumkehr*).

Ključne reči: *odgovornost, greška u medicini, teret dokazivanja, dokazna olakšica, nemačka sudska praksa*

Dr Marta Sjeničić, naučni savetnik Instituta društvenih nauka u Beogradu, e-mail: marta.sjenicic@gmail.com.

¹ Hans Josef Kulmann, „Übereinstimmungen und Untersciede im medizinischen, haftungsrechtlichen und sozialversicherungrechtlichen Begriff des medizinischen Standards“, *Versicherungsrecht*, No 13, Karlsruhe, 1997, 529.

² Erwin Deutsch, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht*, 3. Auflage, Springer, marg. br. 209, Berlin Heidelberg, 1997, 135.

ODGOVORNOST ZBOG GREŠAKA U MEDICINI I USLOVI ODGOVORNOSTI

Greške ne vode uvek do odgovornosti lekara. Simptomi jedne bolesti najčešće nisu jednoznačni, već mogu ukazivati na različite uzroke. Osim toga, svaki pacijent zbog različitosti ljudskih organizama, može pokazati znake iste bolesti u različitom obliku. U tom smislu, greške kojima je uzrok, na primer, pogrešno tumačenje nalaza, treba oprezno definisati kao skrivljene greške u lečenju.³ Dakle, lekar ne odgovara za sve, već isključivo za skrivljene greške u lečenju, i to samo ukoliko su prouzrokovale štetu pacijentu. Stručna greška je, naime, objektivan pojam koji ne sadrži ocenu o lekarevoj krivici, a lekar odgovara samo za onu grešku koju je načinio namerno ili iz nepažnje,⁴ odnosno gde se sa stručnom greškom kumulise i određen stepen krivice.

Iz onoga što je rečeno proizilazi da odgovornost zbog greške u medicini (postupanje *contra legem artis*) pretpostavlja dopunske uslove: krivicu lekara i uzročnu vezu između postupanja protivnog medicinskom standardu i pacijentove štete. Odgovornost lekara se vezuje za nepažljivo, odnosno skrivljeno postupanje, a ne za samu grešku.⁵ Pogrešna dijagnoza ili terapija je „indikacija“ za lekarevu krivicu, jer se, po našem pravu, krivica počinioaca štete pretpostavlja.⁶ Ta pretpostavka, međutim, ne olakšava mnogo položaj pacijenta, jer on treba da dokaže objektivne uslove odgovornosti lekara zbog pogrešne dijagnoze: da je načinjena stručna greška i da postoji uzročna veza između pogrešne dijagnoze i štete⁷.

UZROČNA VEZA IZMEĐU GREŠKE I ŠTETE

Dokazivanje predstavlja za oštećenog, kao laika, veliki teret, pa nemački sudovi u određenim situacijama dozvoljavaju dokazne olakšice. Osnovna dokazna olakšica je „obrtnanje tereta dokazivanja“ uzročne veze između greške i štete, na

³ Rolf Bischoff, „Die Haftung des Arztes aus Diagnosefehlern oder unterlassenen Untersuchungen“, *Festschrift für Karlmann Geiß*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Bonn, München, 2000, 345; tako i Wolfgang Nixdorf, „Befunderhebungspflicht und vollbeherrschbare Risiken in der Arzthaftung: Beweislastverteilung im Fluß“, *Versicherungsrecht*, No. 4, Karlsruhe, 1996, 160.

⁴ Jakov Radišić, „Lekarska dijagnoza kao pravni problem“, *Anali Pravnog fakulteta*, br. 5, Beograd, 1994, 512.

⁵ Rudolf Ratzel, *Die deliktisrechtliche Haftung für ärztliche Fehlverhalten im Diagnosebereich*, Peter Lang inc., Frankfurt am Main, New York, 1986, 67.

⁶ Čl. 154 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

⁷ J. Radišić (1994), op. cit., 512.

štetu lekara. Nemačko pravo već više decenija poznaje razliku između jednostavne i grube lekarske greške. Ovo poslednje označava kao pogrešno postupanje koje sa objektivnog medicinskog stanovišta više nije razumljivo, a samim tim se lekaru ni u kom slučaju nije smelo potkrasti.⁸ Lekar je morao prekršiti elementarna i dokazana pravila lečenja ili notorna medicinska saznanja. Ovaj termin greške nije vezan za ličnu optužbu za krivicu, već je potpuno objektivizovan i podleže gotovo bez izuzetka činjeničnoj proceni. Rezultat grube lekarske greške je, u nemačkom pravu, obrtanje tereta dokazivanja uzročne veze. U tom smislu postoji u medicinskom pravu – slično kao kod odgovornosti proizvođača – modifikacija uobičajene raspodele tereta dokazivanja u smislu da se, u slučaju takve greške, dotični pacijent oslobađa tereta dokazivanja uzročnosti. Zadatak je lekara koji je postupao protivno obavezi, da dokaže da njegova povreda obaveze nije uzrokovala primarnu štetu i da bi se to, i bez lekarskog pogrešnog postupanja, desilo.⁹ Dakle, ukoliko pacijent dokaže da je načinjena gruba stručna greška i da je ona ishodovala štetom, ustanovljava se relativna pretpostavka postojanja uzročne veze između greške i štete. Lekar mora da obori tu pretpostavku i da dokaže da šteta nije rezultat njegove grube greške, nego da je ishod atipičan.¹⁰ Ova dokazna olakšica je ustanovljena kroz nemačku sudsku praksu i teoriju, a 2013. je u Nemački građanski zakonik (NGZ) uvedeno više promena kojima se poboljšao pravni položaj pacijenata, pa i ova.¹¹ Tako su nemački teoretičari obrtanje tereta dokazivanja konceptualno vezali uz konkretni teret dokazivanja

⁸ Martin Gerecke, „Keine Beweislastumkehr bei unzureichender Compliance des Patienten – Anmerkung“, *Medizinrecht*, 29, München, 2011, 48.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Patientenrechtegesetz – Verbesserung der Rechte von Patienten, <https://www.praktischerarzt.de/magazin/patientenrechtegesetz/>, 8. 9. 2022.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler, https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_630h.html, 8. 9. 2022.

St. 1 se uređuje da se greška postupajućeg lekara pretpostavlja, kada se opšti rizik postupanja realizovao, a postupajući lekar je rizikom u potpunosti mogao upravljati, i rizik je vodio povredi života, tela ili zdravlja pacijenta.

St. 2. par. 630h uređuje se da postupajući lekar treba da dokaže da je pribavio saglasnost shodno par. 630d i dao obaveštenje u skladu sa zahtevima par. 630e. Ukoliko obaveštenje zadovoljava zahteve par. 630e, postupajući lekar se može pozvati na to da bi pacijent pristao na meru i da je bio propisno obavešten.

St. 3. par. 630h uređuje se da ako lice koje leči nije zabeležilo medicinski neophodnu suštinu meru i njen rezultat u medicinski karton pacijenta, suprotno čl. 630f st. 1. ili 2, ili nije čuvalo karton pacijenta suprotno čl. 630f st. 3, pretpostavlja se da tu meru nije ni preduzeo.

St. 4 istog paragrafa uređuje se da ukoliko osoba koja leči nije bila osposobljena za lečenje koje je sprovela, smatra se da je nedostatak osposobljenosti uzrok povrede života, tela ili zdravlja.

(npr. u smislu u kojem u postupku dokazanost prezumptivne osnove „prebacuje“ teret dokazivanja na protivnika; ili u smislu u kojem *prima facie* dokaz „okreće“ teret dokazivanja).¹² To „okretanje“ – koje pripada sferi materijalnog prava – motivisano je „izbegavanjem mogućnosti teške nepravde“, i to „pre svega ako visoka verovatnost govori za tužioca, a sudija se nije mogao osloboditi samo one poslednje sumnje“.¹³ Koncept „obrtnanja tereta dokazivanja“ jeste snižavanje tereta dokazivanja na „malu verovatnost“ – tj. omogućuje stranci na kojoj leži teret dokazivanja uspešan dokaz ako samo učini verovatnim postojanje određenih činjenica. Taj je koncept u nemačkoj praksi u prvom redu razvijen kada je reč o tri skupine povreda obaveza štetnika: kod teških povreda određenih profesionalnih obaveza („lekerski poziv i ostali pozivi kojima su povereni život i zdravlje drugih“), povreda obaveze da se druga ugovorna strana obavesti o određenim okolnostima (*Verletzung von Aufklärungspflichten*) i skrivljeno otežanje izvođenja dokaza ili uništenje dokaza.¹⁴ Kada se, dakle, radi o kodifikaciji ovog instituta, NGZ, između ostalog, u par. 630h uređuje i teret dokazivanja kod odgovornosti za greške u lečenju i informisanju.¹⁵ Petim stavom par. 630h uređuje se da, ako postoji gruba greška u lečenju i verovatno je da će ona prouzrokovati povredu života, tela ili zdravlja one vrste koja se stvarno dogodila, pretpostavlja se da je greška u lečenju bila uzrok ove povrede. Ovo važi i ako lice koje leči nije uspeo da pribavi ili obezbedi medicinski zahtevan nalaz na vreme, ukoliko bi nalaz sa dovoljnom verovatnoćom dao rezultat koji bi doveo do daljih mera, i ako je propuštanje takvih mera bilo grubo pogrešno.¹⁶

Gruba greška u lečenju kao uslov „obrtnanja tereta dokazivanja“

Nemački Savezni sud definiše grubu grešku u lečenju na sledeći način: „Da li postoji gruba lekarska greška zavisi od stvarnih okolnosti pojedinačnog slučaja. Procena se stoga u velikoj meri zasniva na činjenicama. Ova procena mora jasno pokazati da nije dovoljan neuspeh, koji se može dogoditi i dovoljno kvalifikovanom i odgovornom lekaru. Umesto toga, mora postojati nedolično ponašanje za koje nije važno da li je subjektivno razumljivo, dakle, u odnosu na ličnost lekara, već da izgleda nerazumljivo sa objektivnog stanovišta, kada se primene standardi

¹² Hanns Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, München (Beck), 1983, 12 i dalje, prema: Alan Uzelac, *Teret dokazivanja*, Pravni fakultet sveučilišta u Zagrebu, 2003, 101.

¹³ A. Uzelac, op. cit., 174.

¹⁴ *Ibidem*, 209.

¹⁵ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler, https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_630h.html, 12. 8. 2022.

¹⁶ *Ibidem*, § 630h, 5.

obrazovanja i naučnog znanja. Sa tog stanovišta se, dakle, ovakva greška ordinirajućem lekaru apsolutno nije smela potkrasti. To može biti slučaj, na primer, ako se na jasne nalaze ne reaguje u skladu sa utvrđenim pravilima medicinske prakse ili ako se bez razloga ne koriste standardne metode suzbijanja mogućih, poznatih rizika i ako ne postoje posebne okolnosti koje bi mogle ublažiti navode o grešci u lečenju.¹⁷ U drugom slučaju, Savezni sud Nemačke na sličan način definiše da „gruba greška u lečenju ne samo da pretpostavlja jasno kršenje dokazanih pravila lečenja ili pouzdanog medicinskog znanja, već zahteva i utvrđivanje da je došlo do greške koja više ne izgleda razumljiva sa objektivne tačke gledišta, jer se lekaru apsolutno ne sme potkrasti“.¹⁸ Iz ovakvih formulacija se vidi da se prag, od koga se smatra da postoji gruba greška u lečenju, stavlja prilično visoko: lekaru se nametnula sumnja na jednu sasvim određenu bolest, on bolest nije prepoznao, i do takvog previda nije smelo doći. Samo u tom slučaju sud može ceniti grešku kao grubu.¹⁹

Obrtanje tereta dokazivanja, kada je u pitanju gruba lekarska greška, odnosi se isključivo na uzročnu vezu između greške i štete koju je pacijent pretrpeo, ne i na ostale pretpostavke zahteva. Od značaja je to da greška u tretmanu ili zahvatu mora da bude opštepodesna da izazove štetu do koje je realno došlo. Primenom ove olakšice, u slučaju grube lekarske greške, teret dokazivanja se okreće u korist pacijenta. To znači da lekar, koji je prilikom pružanja medicinske usluge počinio grubu grešku koja je u principu podobna da izazove onakve posledice kakve su nastale kod pacijenta, mora dokazivati da šteta koju je pacijent pretrpeo nije posledica njegove greške.²⁰ Lekar ne može da snosi i ne snosi teret dokazivanja za sve zamislive posledice svoje grube greške, već samo za one koje su u području zaštite očekivane lekarske mere koja nije preduzeta ili je pogrešno izvršena. Pošto je izvođenje tog negativnog dokaza vrlo teško, pravila o teretu dokazivanja često imaju odlučujući uticaj na pacijentov odštetni zahtev.²¹

OBRTANJE TERETA DOKAZIVANJA U DIJAGNOSTICI

Neuzimanje ili neosiguranje indikovanih nalaza već samo po sebi predstavlja grubu dijagnostičku grešku. Radi se o neispunjenoj potrebi za utvrđivanjem

¹⁷ Odluka Saveznog suda Nemačke, VI ZR 270/81, od 10. maja 1983, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/3dfa5afc-2aaa-4531-b2e4-80883c0ca739>, 15. 7. 2022.

¹⁸ Presuda Saveznog suda Nemačke VI ZR 286/00, od 19. juna 2001, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=18787&pos=0&anz=1>, 15. 7. 2022.

¹⁹ R. Bischoff, op. cit., 351–352.

²⁰ J. Radišić (2007). op. cit., 306–307.

²¹ Jelena Simić, *Lekarska greška. Građanska odgovornost zbog lekarske greške*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 245.

jednostavnih, a osnovnih dijagnostičkih i kontrolnih nalaza, odnosno propuštanju po sebi razumljivih diferencijalno-dijagnostičkih istraživanja. To, naravno, čini grešku tek onda kada lekar propiše nesvrshodne lekove i tako nastane šteta.²² Takođe, do odmeravanja – da li se radi o skrivljenoj ili neskrivljenoj grešci – može doći samo ukoliko se radi o pogrešnom tumačenju već postojećih nalaza. Ako se, međutim, radi o dijagnostičkoj grešci koja podrazumeva da nalazi nisu uopšte uzeti ili osigurani, do odmeravanja ne dolazi, jer to već samo po sebi čini (skrivljenu) grubu grešku u lečenju koja vodi, shodno praksi nemačkog Saveznog vrhovnog suda, do obrtanja tereta dokazivanja uzročne veze na lekara.²³

Ispitivanja koja bi trebalo da budu obavezna razjasnila bi zdravstveno stanje pacijenta i vodila do nalaza koji bi bili povod za određeno terapijsko postupanje. Bez njih došlo je i do štete po zdravlje i do toga da se zdravstveni status pacijenta iz nekog prethodnog trenutka retroaktivno ne može razjasniti. Sve to, sada, usled nepostojanja nalaza, oštećeni pacijent ne može dokazati. Zbog toga se slučaj neuzimanja jasno indikovanih nalaza tretira kao gruba dijagnostička greška, koja vodi do obrtanja tereta dokazivanja na lekara. Ova podela tereta dokazivanja samo postavlja pacijenta u položaj u kome bi on bio da je nalaz uzet. Obrtanje tereta dokazivanja ustanovljava u korist pacijenta pretpostavku da bi nalaz bio pozitivan. Teret dokaza kako bi se na nalaz reagovalo i da li bi nesuđena terapijska mera otklonila štetu, međutim, pada na pacijenta. Isto važi i kada nalaz postoji, ali je propisivanje terapije izostalo. Sledeći korak bi, u ovim slučajevima, bio da lekar dokaže da nije bilo uputno propisivati terapiju (dokazivanje potencijalne neuspešnosti fingirane mere lečenja).²⁴

Pored interne medicine i hirurgije nemačka sudska praksa je često imala slučajeve neutvrđivanja dijagnostičkih i kontrolnih nalaza u oblasti perinatologije, koje je tretirala kao grubu grešku.²⁵

Ukoliko nije preduzeto uzimanje novih nalaza, nije gruba dijagnostička greška kada stanje zdravlja, pri naknadnom ispitivanju, ne dovodi u sumnju ispravnost prvobitne dijagnoze. Ukoliko je propust učinjen jer je za utvrđivanje pravog stanja stvari bilo, takoreći, potrebno „koristiti lupu“, onda grešku ne treba ceniti kao fundamentalnu.²⁶

U nemačkoj sudskoj praksi se postavilo i pitanje šta se dešava ukoliko su indicirana specijalna ispitivanja u cilju postavljanja dijagnoze, a nedostaje dokumentacija

²² Christian Katzenmeier, *Arzthaftung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, 450.

²³ W. Nixdorf, op. cit., 160.

²⁴ *Ibidem*, 161–162.

²⁵ C. Katzenmeier, op. cit., 451–452.

²⁶ Fehlinterpretation eines Röntgenbildes, *Medizinrecht*, 4, Munich, 999, 181, <https://ezproxy.nb.rs:2134/content/pdf/10.1007/s003500050233.pdf>, 15. 7. 2022.

o tome da li su sprovedena. Apelacioni sud u Oldenburgu je, u jednoj svojoj odluci, zauzeo stav da nedostatak uredne dokumentacije ne znači i propuštena istraživanja.²⁷ Savezni vrhovni sud je u odluci po reviziji bio mišljenja da se ne moraju dokumentovati samo rutinske kontrole, i to ukoliko daju negativan nalaz. Ukoliko, međutim, nakon sprovedenih ispitivanja postoje simptomi koji obavezuju na specijalna istraživanja, onda ovo zahteva dokumentovanje. Nedostajuća dokumentacija o specijalnim ispitivanjima koja su bila indicirana, shodno stavu nemačkog Saveznog vrhovnog suda, vodi do obrtanja tereta dokazivanja na lekara, odnosno do pretpostavke da su i istraživanja izostala.²⁸

Takođe se u novijoj sudskoj praksi postavilo pitanje obrtanja tereta dokazivanja kod jednostavne greške u proceni nalaza. Savezni sud Nemačke je još u svojoj odluci od 13. januara 1998. godine – VI ZR 242/96²⁹ – postavio osnovne preduslove za takvo obrtanje tereta dokazivanja. Ova odluka Saveznog suda ima značajnu praktičnu važnost jer poboljšava situaciju pacijenata kada se radi o dokazivanju u ovakvim slučajevima. U predmetu iz 2009. godine³⁰ tužilja je tražila materijalnu štetu i naknadu za posledice lečenja u centru za psihijatriju i psihoterapiju. Ona je iz bolnice, nakon urađene kompjuterske tomografije i likvora, 2. 11. 1998. godine prebačena u ustanovu tuženog sa dijagnozom psihogenog ili depresivnog stupora. Tužilja je do 11. decembra bila u bolnici na nedobrovoljnom lečenju zbog samougrožavanja. U periodu koji je usledio bila je na stacionarnom lečenju u raznim drugim ustanovama. Prilikom pregleda, marta 1999. godine, utvrđeno je da je pretrpela embolijski infarkt talamusa, te sada boluje od trajnih poremećaja govora i gutanja, što pripisuje neadekvatnom medicinskom tretmanu u ustanovi tuženog. Ona tvrdi da odgovorni lekari nisu proverili prijemnu dijagnozu, te je pravovremeno lečenje infarkta talamusa izostalo. Tužilja smatra da je pretrpela nepopravljivu štetu i da je bez razloga smeštena u psihijatrijsku ustanovu. Osnovni sud je, uz savet veštaka, potvrdio grubu grešku u oceni nalaza i delimično usvojio tužbu. Po žalbi tuženog, apelacioni sud je preinačio presudu i odbio tužbu. Apelacioni sud je smatrao da nije dokazano da bi oštećenje govora i gutanja tužioca bilo sprečeno ranijom terapijom da je infarkt

²⁷ Gerhard Strohmeier, „Zweck und Ausmaß der Dokumentationspflicht des Arztes“, *Ver sicherungsrecht*, No. 10, Karlsruhe, 1998, 418–419.

²⁸ *Ibidem*, 419.

²⁹ Odluka nemačkog Saveznog suda VI ZR 242/96, od 13. januara 1998, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/5c259f2c-3600-4c50-ae1e-c808f822e2a0>, 15. 7. 2022.

³⁰ Odluka nemačkog Saveznog suda VI ZR. 251/08, od 29. 9. 2009, prema: „Beweislastumkehr bei einfachem Befunderhebungsfehler“, *Medizinrecht*, Vol. 30, München, 2012, 249–250; slično Odluka nemačkog Saveznog suda VI ZR 87/10, od 7. juna 2011, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=56802&pos=0&anz=1>, 15. 7. 2022.

mozga blagovremeno otkriven, te da lekari koji su radili u ustanovi tuženog ne mogu biti krivi za dijagnostičku grešku, niti zbog greške u nalazu. Iako su lekari propustili da kritički dovedu u pitanje prijemnu dijagnozu psihogenog stupora i da uzmu u obzir neurološki uzrok, ne može se sa dovoljnom sigurnošću tvrditi da bi ranija terapija dovela do boljeg rezultata, te grešku u proceni nalaza ne treba oceniti kao grubu grešku. Stoga tužiocu ne pripada olakšica – obrtanje tereta dokazivanja. Veštak je smatrao da bi moždani udar bio, sa dovoljnom sigurnošću, utvrđen da je pregled magnetnom rezonancom obavljen u kratkom periodu posle novembra 1998. godine, te bi tada bila primenljiva logopedska terapija, ali se nije moglo sa dovoljnom sigurnošću reći da bi rana terapija zaista pomogla pacijentu. Apelacioni sud smatra da se ne može tvrditi da je šteta po zdravlje posledica mere smeštaja, naročito budući da je terapijska mobilizacija koja se koristi u psihijatrijskim ustanovama / psihijatrijskom lečenju uporediva sa onom koja se koristi u neurološkom lečenju.

Revizijski sud, međutim, nema ovakav stav. U reviziji se tvrdi da je apelacioni sud pogrešno procenio mogućnost obrtanja tereta dokazivanja uzročne veze u korist tužilje.³¹ U slučaju greške u jednostavnoj proceni nalaza, može doći do preokretanja tereta dokazivanja ako bi neophodno razjašnjenje simptoma dovelo do jasnog i ozbiljnog nalaza, sa dovoljnom verovatnošću da bi njegova pogrešna procena bila fundamentalna greška ili da bi nereagovanje na njega bilo grubo pogrešno, te i ako su ove greške generalno pogodne za izazivanje stvarne štete po zdravlje.³² Nije neophodno da gruba lekarska greška bude jedini uzrok štete. Obrtanje tereta dokazivanja bilo bi isključeno samo ako bi postojanje uzročne veze koje bi opravdavalo odgovornost bilo veoma malo verovatno.³³

Činjenica da nije izveden ozbiljan nalaz, kao i nedostatak odgovarajuće reakcije na njega, dovodi do toga da je spektar mogućih uzroka oštećenja pacijenta naročito proširen ili pomen. S druge strane, nije preduslov za obrtanje tereta dokazivanja u korist pacijenta da su pogrešna procena nalaza i izostavljanje potrebne terapije potpuno neshvatljivi. Pacijent takođe ne mora da pruži dokaze da bi pravovremena terapija pozitivno promenila obrazac oštećenja. Da bi se opravdala

³¹ Rechtsprechung BGH, Beweislastumkehr bei einfachem Befunderhebungsfehler. *Medizinrecht*, Vol. 30, München, 2012, 249, <https://ezproxy.nb.rs:2134/article/10.1007/s00350-012-3119-0>, 15. 7. 2022.

³² Slično i Odluka Saveznog suda, građansko veće, od 13. februara 1996. – VI ZR 402/94, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/b8bcc2ac-23d7-4691-bca0-dd5e8b618c8f>, 15. 7. 2022; kao i Odluka Saveznog suda, građansko veće, od 27. aprila 2004. – VI ZR 34/03, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-in/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=29360&pos=0&anz=1>, 15. 7. 2022.

³³ Slično Odluka Saveznog suda, građansko veće, od 27. aprila 2004. – VI ZR 34/03, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=29360&pos=0&anz=1>, 15. 7. 2022.

odgovornost za ozbiljne greške u lečenju, generalno je dovoljno da je grubo kršenje od strane lekara uopšteno podesno za nanošenje konkretne štete po zdravlje.³⁴ Po mišljenju revizijskog suda, do nemogućnosti obrtanja tereta dokazivanja u korist pacijenta bi, pod određenim okolnostima, došlo samo ako je uzročna veza potpuno neverovatna, a teret dokazivanja toga da je uzročna veza neverovatna jeste na lekaru. Revizijski sud smatra da apelacioni sud nije pravilno procenio uslove za obrtanje tereta dokazivanja u slučaju obične greške u oceni nalaza, jer nije konsultovao medicinske veštaka o tome kako treba medicinski proceniti neotkrivanje moždanog udara prilikom obavljanja potrebnih pregleda ili – u slučaju da je moždani udar otkriven – o proceni izostavljanja potrebne terapije. Kako god da je tretman procenjen od strane sudije, ocena sudije mora biti potkrepljena u potpunosti činjenicama koje je izvestio medicinski veštak i sudija mora biti u mogućnosti da se osloni na medicinsku procenu procesa lečenja od strane veštaka; sudija ne može da ocenjuje tok lečenja samo na osnovu sopstvene procene bez odgovarajućih objašnjenja ili potpuno suprotno medicinskim objašnjenjima veštaka.³⁵ Revizijski sud je smatrao da se presuda ne može potvrditi već je treba poništiti i predmet vratiti apelacionom sudu kako bi se o pitanju obrtanja tereta dokazivanja moglo ponovo odlučivati na osnovu neophodnih nalaza veštaka. Ukoliko bi, nakon traženog razjašnjenja činjeničnog stanja, tužilac imao koristi od obrtanja tereta dokazivanja zbog pogrešnog postupanja, tuženi bi morao da dokaže da šteta zbog koje je tužilac podneo tužbu ne proističe od nedostataka u tretmanu koji je on pružio.³⁶

OBRTANJE TERETA DOKAZIVANJA KOD POSTOJANJA SUKRIVICE PACIJENTA

Nemačka sudska praksa i teorija raspravljale su i o pitanju obrtanja tereta dokazivanja pri postojanju sukrivice pacijenta (u Zakonu o obligacionim odnosima – podeljena odgovornost). Smatra se da nema obrtanja tereta dokazivanja u slučaju nedovoljne saradnje pacijenta u medicinskom postupanju.³⁷ Kroz odluku Apelacionog suda u Koblencu pokazuje se, pre svega, od kolike je važnosti kvalifikacija

³⁴ Slično Odluka Saveznog suda, građansko veće, od 27. aprila 2004. – VI ZR 34/03, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=29360&pos=0&anz=1>, 15. 7. 2022.

³⁵ Slično i Odluka Saveznog suda, građansko veće, od 28. maja 2002. – VI ZR 42/01, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=21608&pos=0&anz=1>, 15. 7. 2022.

³⁶ Odluka nemačkog Saveznog suda VI ZR. 251/08, od 29. 9. 2009, prema: Beweislastumkehr bei einfachem Befunderhebungsfehler, *Medizinrecht*, Vol. 30, München, 2012, 249–250.

³⁷ Presuda Apelacionog suda u Koblencu, od 11. decembra 2008. – 5 U 685/08.

greške u lečenju za ishod spora, posebno sa stanovišta pacijenta i tereta dokazivanja uzročne veze između pogrešnog postupanja i nastale štete. Tužilja se 14. 4. 2004. godine žalila tuženom na smetnje vida u smislu senki – crnih tački na levom oku. Pored toga je ukazala i na dijabetes. Okrivljeni je dijagnostikovao krvarenje na mrežnjači i uputio tužilju da se vrati na kontrolu za šest meseci. Tužilja se nije pojavila, već je u proleće 2005. konsultovala drugog oftalmologa, nakon što se njen vid značajno pogoršao. Oba oka su joj hirurški lečena, ali se situacija nije popravila i tužilja je pretrpela trajno oštećenje vida koje se ogledalo u tome što može da čita samo pomoću lupe ili specijalnih naočara, s teškoćom vidi na daljinu i ima nedostatke u vidnom polju. Ona je tužila oftamologa i u tužbi tvrdila da je, uz nalaz od 14. aprila 2004, bila potrebna hitna laserska koagulacija ili da je postojala bar indikacija da je okrivljeni ponovo pregleda za tri meseca. Tužilja smatra da okrivljeni nije reagovao na odgovarajući način, pa je zbog toga došlo do oftalmoloških oštećenja. Prema tvrdnjama tuženog, međutim, dana 14. 4. 2004. utvrđena je samo blaga retinopatija, koju je on trebalo da kontroliše za šest meseci, a rekao je tužilji da se javi i ranije u slučaju pogoršanja. Kako tužilja nije ispoštovala taj nalog, tuženi smatra da je sama odgovorna za štetu koja joj je nastala. Osim toga, tuženi tvrdi da je jedan od razloga oštećenja vida i *diabetes mellitus* tužilje.

Tužilja je zahtevala u prvom stepenu, pred Osnovnim sudom u Koblencu, naknadu štete za bol i patnju u iznosu od 20.000 evra. Ovaj sud je usvojio tužbu, ali je uzeo u obzir i sukrivicu tužilje, pa dosudio naknadu štete za bol i patnju u iznosu od 10.000 evra i sudske troškove u iznosu od 511,35 evra. Sud je obrazložio da tuženi, doduše, jeste načinio grubu grešku time što tužilji nije zakazao kontrolni pregled na tri meseca. Tužilja je, međutim, doprinela šteti time što se, nemarno, nije pojavila na kontroli ni nakon šest meseci. Na tu odluku su obe strane uložile žalbu: tužilja je tražila dodatnu odštetu za bol i patnju od 10.000 evra i naknadu dodatnih troškova u iznosu od 785,87 evra. Pored toga je tražila da se deklaratorna presuda ukine i da se sukrivica ne uzme u obzir. Tuženi je tražio da se tužba u celini odbije. Apelacioni sud u Koblencu bio je vezan zabranom *reformatio in peius* nemačkog Zakona o građanskom postupku³⁸, pa je ukinuo presudu Osnovnog suda u Koblencu i odbio tužbu u celosti, pozivajući se na neizvesnost da li bi ponovljeni pregled mogao da stabilizuje tužilju, odnosno na to da se na osnovu izveštaja veštaka ovo ne može sa sigurnošću utvrditi. Ova neizvesnost utiče na dokazivanje i na tužioca na kome je teret dokazivanja. Pošto sud nije okarakterisao propust tužene kao grubu grešku u tretmanu, nedostajao je preduslov za obrtanje tereta dokazivanja. Sud smatra da ne postoji održiv osnov za zahtev tužilje, jer nije izvesno da je šteta nastala zbog toga što kontrolni pregled nije zakazan za tri meseca i da

³⁸ § 524 Ziviprozessordnung, <https://dejure.org/gesetze/ZPO/524.html>, 25. 2. 2022.

bi kraći rok ponovne konsultacije ukazao na potrebu laserske koagulacije koja bi pomogla da se vid stabilizuje i spasi od ozbiljnih oštećenja. To proizilazi iz objašnjenja veštaka dr S. o uspehu koagulacije koja je opisana kao verovatno, ali nikako izvesno, uspešna metoda. Ova neizvesnost uvek ima negativan efekat na tužioca, koji je onda odgovoran za dokazivanje uzročne veze, odnosno dokazivanje da je baš ponašanje okrivljenog bilo uzrok štete. Do obrtanja tereta dokazivanja moglo bi doći samo ako je utvrđena gruba lekarska greška u proceni, dijagnozi ili terapiji. Nedostatak klasifikacije krvarenja u beleškama tuženog, veštak, dr S. je opisao kao „nedovoljnu“ zabelešku, jer bi njeno postojanje učinilo jasnijom potrebu kontrole u budućnosti. Veštak je dokumentaciju okrivljenog ocenio sa 4–5, na skali 1–6. Ovo je ocena koja je nedovoljna kao osnov za grubu grešku, prema proceni sudskog veća. Dakle, nema ozbiljnog propusta, jer – uprkos poteškoćama kod naknadne provere – smatra se da potencijalni tretman retinopatije tužioca nije suštinski omećen. Prema veštaku, odlučujuće je bilo trenutno stanje, a poređenje s prethodnim nalazima bilo je od sekundarnog značaja. Sud takođe smatra da se zakazivanje kontrolnog pregleda u roku od šest meseci, a ne tri meseca, ne može smatrati grubom greškom u lečenju, u skladu sa stavom veštaka S. Veštak je potvrdio ovakav stav i za situaciju da pacijent ima dugogodišnji dijabetes i progresivnu retinopatiju zbog visokog šećera u krvi, s obzirom na okolnost da su 14. aprila 2004. samo pojedinačne mikroaneurizme bile otkrivene. Doduše, ovo stanje je tvrdnja tuženog, a kako tužilja nije suprotno dokazala, ona ne može izvući pravnu prednost u smislu obrtanja tereta dokazivanja. Ovaj teret bi mogao biti na tuženom, ako bi tužilja imala dokaz da je trebalo da bude ponovo pregledana za tri meseca (i da bi time njen vid bio sačuvan) i da bi se na pregledu pojavila.³⁹

S druge strane, iako je odluka obrazložena detaljno, teorija⁴⁰ smatra da je obrazloženje zamršeno i ponekad dvosmisleno i smatra neprihvatljivim što je apelacioni sud dozvolio da se pitanje dokazivanja uzročnosti ne ispituje. Ističe se da je lekar ozbiljnim kršenjem pravila medicinske veštine stvorio situaciju u kojoj više nije prepoznatljivo kako bi bolest napredovala uz odgovarajuću pomoć. Kao rezultat toga, lakše je da teret dokazivanja snosi lekar nego pacijent, koji teško može učiniti bilo šta u pravcu razjašnjenja činjenica. Apelacioni sud je ispitivao dve moguće greške na ozbiljnost/težinu: propuštanje da kod prvog pregleda prisutno krvarenje dokumentovano podeli na kvadrante. To sud, međutim, ne ceni kao grubu grešku u lečenju. Propust u obavezi vođenja dokumentacije otežava kontrolu napretka, ali ne omata budući pravilan tretman. S druge strane, ni propuštanje da se kontrolni

³⁹ Odluka nemačkog Saveznog suda VI ZR. 251/08, od 29. 9. 2009, Beweislastumkehr bei einfachem Befunderhebungsfehler, *Medizinrecht*, Vol. 30, München, 2012, 249–250.

⁴⁰ M. Gerecke, op.cit., 48.

pregled zakaže za tri meseca ne predstavlja grubu lekarsku grešku. Sud se oslanja na izjavu veštaka da je postupak tuženog „i dalje prihvatljiv“. Ovaj argument nemačkoj teoriji nije ubedljiv zbog toga što sud očigledno posmatra dokaze kroz pretpostavku da tužilac ne bi došao na naknadnu kontrolu nakon tri meseca. Teorija smatra da je za zaključak o hipotetičkoj nesaglasnosti pacijenta (da dođe na raniji pregled) suviše beznačajan da bi bio odlučujući kriterijum za teret dokazivanja. Doduše, u pravnim pravilima o medicinskoj odgovornosti, kada je teret dokazivanja obrnut na štetu lekara, standard dokaza iz § 286 Zakona o parničnom postupku⁴¹ je smanjen. Lekar se može, prema sudskoj praksi, osloboditi ako dokaže da greška u lečenju generalno nije bila pogodna da izazove štetu na zdravlju postojeće vrste, ili da je bilo koja uzročna veza na osnovu naročitih okolnosti konkretnog slučaja bila krajnje neverovatna. Obrazloženje apelacionog suda nije u skladu sa ovim standardima.

Hipotetičko razmatranje da li bi se tužilja odazvala ranijoj kontroli na preporuku lekara, podseća na problematiku izostavljene terapijske informacije o riziku lečenja i potencijalnom ponašanju pacijenta. Savezni vrhovni sud Nemačke se već ranije opredelio za stav da lice koje lekara tuži zbog propuštenog objašnjenja, snosi deo tereta dokazivanja da bi, da je bio propisno obavešten, bio suočen sa stvarnim konfliktom odlučivanja, iz čega bi njegovo odbijanje terapije postalo razumljivo.⁴²

Iz svega navedenog jasno je da, i pored zakonom ustanovljene olakšice u dokazivanju, nemačka sudska praksa i teorija i dalje povremeno lutaju u utvrđivanju prave mere uslova za primenu ove olakšice. To lutanje je prevashodno rezultat različitih okolnosti konkretnih slučajeva. Pa ipak, iako postoje različiti stavovi u odnosu na specifične slučajeve, kontinuirana dinamika diskusije sudske prakse i teorije mnogo doprinosi razvoju pravnih shvatanja u oblasti medicinskog prava i pravičnosti u odlučivanju.

ZAKLJUČAK

Svaka profesija ima standard u skladu s kojim njeni pripadnici treba da se ponašaju. Iako je taj standard shodno zakonu⁴³ univerzalan, u smislu da treba da se postupa sa „pažnjom dobrog stručnjaka“, pažnja medicinskog poslenika mora biti izoštrenija nego što je to kod drugih zanimanja. Ukoliko ne postupa s pažnjom dobrog stručnjaka, lekar može biti odgovoran za nastalu štetu. Ipak, da bi njegova

⁴¹ § 286 Freie Beweiswürdigung, Zivilprozessordnung, <https://dejure.org/gesetze/ZPO/286.html>, 25. 2. 2022.

⁴² M. Gerecke, op.cit., 49.

⁴³ Čl. 18 Zakona o obligacionim odnosima.

odgovornost postojala, potrebno je da budu ispunjeni određeni uslovi: da je nastala šteta po pacijenta, da je greška skrivljena i postojanje uzročne veze između greške i štete. Budući da je pacijent medicinski laik, teret dokazivanja je veliki balast za njega. U cilju olakšavanja ovog tereta nemačka sudska praksa, teorija, a i zakon, ustanovljavaju dokaznu olakšicu u vidu obrtanja tereta dokazivanja uzročne veze u korist pacijenta. Ukoliko pacijent dokaže da je lekar počinio grubu grešku, uspostavlja se relativna pretpostavka postojanja uzročne veze između ove greške i štete, na teret lekara. Iako je ovo bitna procesna olakšica za njega, pacijent, po prirodi stvari, u sudskom postupku ostaje u nepovoljnom položaju. On mora da dokaže da je lekar načinio grubu grešku u lečenju. Bez obzira na to što je nemačko pravo okvirno definisalo šta je gruba greška u lečenju, potvrđivanje njenog postojanja različito je u svakom konkretnom slučaju. Čak i ako je njeno postojanje utvrđeno, do obrtanja tereta dokazivanja neće doći ako je pacijent delimično učestvovao u nastanku štete. Dijapazon slučajeva u nemačkoj sudskoj praksi koji daju osnov uvođenju obrtanja tereta dokazivanja, ali i izuzetaka od njega, veliki je. Iako srpsko zakonodavstvo i sudska praksa ne prepoznaju obrtanje tereta dokazivanja uzročne veze u medicinskom pravu, analizom slučajeva koji se pojavljuju u nemačkoj sudskoj praksi može se doći do korisnih zaključaka ili, čak, do mogućnosti primene ovakvih dokaznih olakšica u domaćem pravu.

Dr. MARTA SJENIČIĆ
Principal Research Fellow
Institute of Social Sciences
Belgrade

PROVING CAUSAL RELATIONSHIP IN THE CASE OF GROSS NEGLIGENCE IN TREATMENT

German regulation and judicial practice

Summary

Every profession has a standard according to which its members should behave. Although this standard is universal according to the law in the sense that it should be handled with the „attention of a good expert“, the attention of medical professional must be more sharpened than it is in other professions. If he does not act with the care of a good expert, the doctor may be responsible for the resulting damage. However, in order for his liability to exist, certain conditions must be met: existence of damage, that the error was negligently done, and the existence of a causal link between the error and the damage. Since the patient is a medical layman, the burden of proof is a heavy for him. In order to ease this burden, German jurisprudence, theory and law establish the possibility to facilitate

proving in the form of reversing the burden of proving a causal relationship in favor of the patient. If the patient proves that the doctor committed a gross error, a relative presumption of the existence of a causal link between this error and the damage is established, at the expense of the doctor. Although this is an important procedural facilitation for him, the patient, by the nature of things, remains at a disadvantage in court proceedings. He must prove that the doctor made a gross error in treatment. Regardless of the fact that German law has roughly defined what gross medical error is, confirming its existence is different in each specific case. Even if it is established, the reversal of the burden of proof will not occur, if the patient partially participated in the occurrence of the damage. The range of cases in German jurisprudence, which provide a basis for the introduction of reversal of the burden of proof, but also exceptions to it, is large. Although Serbian legislation and judicial practice do not recognize the reversal of the burden of proof of causation in medical law, the analysis of cases that appear in German judicial practice can lead to useful conclusions or, even, to the possibility of applying such facilitation of proving in domestic law.

Key words: liability, fault in medicine, burden of proof, proof facilitation, German jurisprudence

Literatura

- Beweislastumkehr bei einfachem Befunderhebungsfehler, Rechtsprechung BGH, *Medizinrecht*, Vol. 30, München, 2012, 249–250, <https://ezproxy.nb.rs:2134/article/10.1007/s00350-012-3119-0>.
- Bischoff R., *Die Haftung des Arztes aus Diagnosefehlern oder unterlassenen Untersuchungen: Festschrift für Karlmann Geiß*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Bonn, München, 2000.
- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler, https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_630h.html, 8. 9. 2022.
- Deutsch E., *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht*, 3. Auflage, Springer, 1997.
- Fehlinterpretation eines Röntgenbildes, *Medizinrecht*, 4, München, 1999, <https://ezproxy.nb.rs:2134/content/pdf/10.1007/s003500050233.pdf>.
- Gerecke M., „Keine Beweislastumkehr bei unzureichender Compliance des Patienten – Anmerkung“, *Medizinrecht*, München, 2011.
- Katzenmeier C., *Arzthaftung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- Kulmann H. J., „Übereinstimmungen und Unterschiede im medizinischen, haftungsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Begriff des medizinischen Standards“, *Versicherungsrecht*, No. 13, Karlsruhe, 1997.
- Nixdorf W., „Befunderhebungspflicht und vollbeherrschbare Risiken in der Arzthaftung : Beweislastverteilung im Fluß“, *Versicherungsrecht*, Karlsruhe, 1996.
- Patientenrechtegesetz – Verbesserung der Rechte von Patienten, <https://www.praktischerarzt.de/magazin/patientenrechtegesetz/>.
- Radišić J., „Lekarska dijagnoza kao pravni problem“, *Anali Pravnog fakulteta*, br. 5, Beograd, 1994.

- Radišić J., *Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i obaveštavanju pacijenta*, Nomos, Beograd, 2007.
- Ratzel R., *Die deliktisrechtliche Haftung für ärztliche Fehlverhalten im Diagnose bereich*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Bern, New York, 1986.
- Simić J., *Lekarska greška. Građanska odgovornost zbog lekarske greške*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik Beograd, 2018.
- Strohmeiner G., „Zweck und Ausmaß der Dokumentationspflicht des Arztes“, *Versicherungsrecht*, No. 10, Karlsruhe, 1998.
- Uzelac A., *Teret dokazivanja*, Pravni fakultet sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2003.
- Ziviprozessordnung, <https://dejure.org/gesetze/ZPO/524.html>.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

IVANA STOJANOVIĆ

PRAVA I DUŽNOSTI LEKARA KAO ZDRAVSTVENIH RADNIKA

Lekari kao visokostručni zdravstveni radnici koji obavljaju zdravstvenu delatnost u vršenju svog profesionalnog poziva imaju određena prava i dužnosti koje su predviđene zakonskim i etičkim normama. Prava lekara u pogledu pružanja medicinskih usluga predviđena su zakonima kojima je uređena zdravstvena delatnost i pravilima struke. Dužnosti lekara su različite prirode i imaju stručno-profesionalni, moralni i pravni karakter i manifestuju se u postupanju lekara prema pravilima struke, zdravstvenim, etičkim i pravnim pravilima.

Ključne reči: *prava i dužnosti lekara, zdravstvena delatnost*

U V O D

Lekari spadaju u grupu visokostručnih zdravstvenih radnika koji obavljaju zdravstvenu delatnost. Zdravstvena delatnost, prema odredbama Zakona o zdravstvenoj zaštiti,¹ predstavlja delatnost od posebnog društvenog interesa kojom se obezbeđuje bezbedna i delotvorna zdravstvena zaštita građana zasnovana na naučnim dokazima koja se sprovodi kroz sistem zdravstvene zaštite u skladu sa stručnim standardima, usvojenim vodičima dobre prakse,² protokolima lečenja³

Prim. dr Ivana Stojanović, specijalista patolog i citopatolog, Klinički centar Niš, e-mail: ivana.stankovic1509@gmail.com.

¹ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 25/19.

² Nacionalni vodiči dobre kliničke prakse, <https://www.zdravlje.gov.rs/tekst/333325/nacionalni-vodici-dobre-klinicke-prakse.php>.

³ Protokoli lečenja su standardizovani metodi lečenja koje propisuju stručnjaci iz oblasti zdravstva, a koji su podložni promenama u skladu sa novim stručnim znanjima o određenim bolestima.

i načelima profesionalne etike.⁴ Zdravstvena delatnost obuhvata široki spektar poslova koje obavljaju lekari⁵ u procesu pružanja medicinske usluge pacijentu⁶ kao njenom korisniku, s jedne strane, a s druge, u okviru brige o javnom zdravlju stanovništva.

U okviru medicinske usluge koju pruža pacijentu lekar uzima anamnezu,⁷ vrši pregled kojim utvrđuje zdravstveni status pacijenta, propisuje profilaktičke mere, utvrđuje postojanje određenih bolesti ili anomalija, postavlja dijagnozu,⁸ učestvuje u konzilijarnom pregledu, propisuje lečenje, korišćenje medicinskih sredstava ili rehabilitaciju, propisuje lekove u skladu s propisima koji se odnose na upotrebu lekova. Isto tako, lekar konstatuje nastupanje smrti, vrši postmortalnu anatomsku ili sudskomedicinsku obdukciju, izdaje lekarska uverenja, potvrde ili daje stručno mišljenje.

U domenu javnog zdravlja lekari preduzimaju zdravstvene mere i aktivnosti na planu očuvanja i unapređenja zdravlja stanovništva i aktivnosti koje imaju za cilj organizaciju i funkcionisanje zdravstvenog sistema.

Obavljanje zdravstvene delatnosti lekara u zdravstvenoj ustanovi ili privatnoj praksi predstavlja samostalno pružanje zdravstvene zaštite korisnicima bez neposrednog nadzora drugog zdravstvenog radnika.⁹ Da bi mogao da obavlja zdravstvenu delatnost lekar kao zdravstveni radnik mora da ispunjava uslove propisane zakonom. Osnovni uslovi za obavljanje zdravstvene delatnosti lekara su završen medicinski fakultet i stečeni stručni naziv doktor medicine, potpisana izjava prilikom prijema diplome o stečenom obrazovanju o obavljanju lekarskog poziva prema načelima utvrđenim u Hipokratovoj zakletvi i načelima profesionalne

⁴ Pravila medicinske etike kodifikovana su u Kodeksu medicinske etike Lekarske komore Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 104/16) i ona predstavljaju „zakon“ lekarske profesije. O tome: Miljan Jović, Davor Mladenović, Miodrag Jovanović, Aleksandar Jolić, „Lekari između etike i zakona“, *Timočki medicinski glasnik*, br. 1, Zaječar, 2007, 52.

⁵ Medicinska delatnost lekara obuhvata: prevenciju, dijagnostiku, terapiju, prognozu i kontrolu.

⁶ Pacijent je svako lice, bolesno ili zdravo, koje zatraži ili kome se pruža određena medicinska usluga ili mera s ciljem da se očuva i unapredi zdravlje, spreči bolest, preduzme lečenje, zdravstvena nega ili rehabilitacija.

⁷ Uzimanje podataka od pacijenta koji se odnose na anamnezu predstavlja ne samo prvi već i najvažniji i najteži deo dijagnostike jer od istorijata bolesti pacijenta i članova njegove porodice u najvećem broju slučajeva zavisi tačnost postavljene dijagnoze.

⁸ Treba primetiti da postavljena dijagnoza nije uvek konačna i nepromenljiva i da je lekar dužan da je u toku pružanja medicinske usluge proverava.

⁹ Pravo na samostalno obavljanje lekarskog poziva prestaje istekom ili oduzimanjem licence.

etike (zakletva), obavljen pripravnički staž i položen stručni ispit, dobijena odnosno obnovljena licenca. Da bi mogao da obavlja određene stručne poslove u okviru zdravstvene delatnosti lekar kao zdravstveni radnik mora da ima i odgovarajuću specijalizaciju, odnosno užu specijalizaciju stečenu prema zdravstvenim propisima.¹⁰

U vršenju zdravstvene delatnosti lekari imaju određena prava i dužnosti. Prava lekara u pružanju stručnih medicinskih usluga predviđena su zakonima kojima je uređena zdravstvena delatnost. Prilikom pružanja medicinskih usluga lekari su dužni da se pridržavaju pravila koja se odnose na vršenje zdravstvene delatnosti. Ukoliko u vršenju zdravstvene delatnosti dođe do povrede lekarskih dužnosti ili prava pacijenata ili trećih lica lekari odgovaraju disciplinski, prekršajno, krivično i po pravilima građanske odgovornosti za prčinjenu štetu.

U literaturi iz oblasti medicinskog prava u novije vreme prevladavaju radovi u kojima se piše o pravima i dužnostima pacijenta¹¹ s obzirom na to da pacijentova prava,¹² kao ljudska prava, zauzimaju posebno značajno mesto jer se tiču života i zdravlja građana. To je i bio povod da se u ovom radu prikažu prava i dužnosti lekara uopšte¹³ koje on ima prilikom vršenja medicinske delatnosti.¹⁴

PRAVA LEKARA KAO ZDRAVSTVENOG RADNIKA

Prava lekara kao zdravstvenih radnika prilikom pružanja medicinskih usluga pacijentima predviđena su zakonom.

U obavljanju zdravstvene delatnosti lekar, pre svega, ima pravo na rad u skladu sa propisima u oblasti zdravstva i radnih odnosa i materijalnih mogućnosti

¹⁰ Pored domaćih državljana zdravstvenu delatnost mogu da obavljaju i strani državljani pod određenim uslovima. Strani državljanin koji obavlja zdravstvenu delatnost u Republici Srbiji, pored uslova koji su propisani za lekare – domaće državljanke i uslove koji su propisani za zapošljavanje stranih državljana, mora da zna srpski jezik najmanje na nivou koji je potreban za nesmetanu komunikaciju sa pacijentom, kao i drugi jezik koji je u službenoj upotrebi, u skladu sa propisima kojima se uređuje službena upotreba jezika u Republici Srbiji, kao i da ima privremenu licencu.

¹¹ V. Hajrija Mujović-Zornić, Marta Sjeničić, Marko Milenković, „Prava pacijenata i zakonodavne promene u Srbiji“, *Teme*, br. 1, Niš, 2016, 35; Jelena Simić, „Nevinost bez zaštite“ – jedno viđenje Zakona o pravima pacijenata“, *Pravni zapisi*, br. 1, Beograd, 2013, 145.

¹² Zakon o pravima pacijenata, *Službeni glasnik RS*, br. 45/13, 25/19 – dr. zakon.

¹³ Treba primetiti da lekari zavisno od vrste posle koji obavljaju imaju i posebna prava i dužnosti. Tako na primer, lekari opšte prakse, kao izabrani lekari, imaju posebna prava i dužnosti.

¹⁴ U literaturi postoji mišljenje da u odnosu između pacijenta i lekara prilikom pružanja medicinske usluge dominira lekar. V. J. Simić, op. cit., 145.

sistema zdravstvene zaštite. On ima pravo da bude nagrađen prema radu i rezultatima rada, pravo da se zalaže za pravedno vrednovanje svog rada preko stručnih i drugih organizacija i pravo na uslove rada i života koji mu omogućavaju da odgovori visokim zahtevima koje društvo postavlja lekaru i lekarskoj profesiji.¹⁵

Lekar ima pravo da lično pruži medicinsku uslugu. Pravo na lično pružanje medicinske usluge ne znači da sve aktivnosti lekar mora da obavi sam. Lekar mora da bude svestan granica svojih stručnih sposobnosti i mogućnosti i nikad ne treba da prekorači te granice. Postavljanje dijagnoze u cilju lečenja zahteva ponekad i učešće lekara raznih specijalnosti i učešće drugih zdravstvenih radnika. Kada su ispitivanja i lečenje iznad stručnih mogućnosti lekara on ima pravo da pozove drugog lekara koji poseduje te sposobnosti radi stručne konsultacije.

Lekar ima pravo da učestvuje u konsultacijama, konzilijumu ili stručnim komisijama i u vršenju tih svojih ovlašćenja on je dužan da postupa stručno, nepristrasno i principijelno.

Iako je dužan da pruža medicinske usluge, lekar ima pravo da odbije da pruži uslugu, obavi stručni posao ili zadatak za koje nije stručno osposobljen. Isto tako, on ima pravo da odbije svaki pokušaj pritiska od strane kolega lekara, pacijenata ili drugih lica koji nisu u skladu sa zakonom, profesionalnim radom i dužnostima, profesionalnim uverenjem i etičkim principima.

Lekar ima prava da odbije lečenje konkretnog pacijenta i uputi ga drugom lekaru ako smatra da nije dovoljno stručan za pružanje konkretne specijalizovane usluge, kad nema tehničkih mogućnosti za pružanje konkretne medicinske usluge u cilju uspešnog lečenja, ako ne postoji odnos punog poverenja pacijenta u rad lekara ili ako pacijent odbija saradnju, pokušava da vrši zloupotrebe, izuzev u slučaju neophodnosti pružanja hitne medicinske pomoći.

Ako pacijent koji je dobro upoznat sa svojim zdravstvenim stanjem i sposoban je za samostalno odlučivanje, ne učestvuje aktivno u zaštiti svog zdravlja, ne pridržava se uputstava lečenja i ne informiše lekara istinito o svom zdravstvenom stanju ili se ponaša nedolično, uvredljivo ili preteće, lekar može da ga upozori i predoči mu da ima pravo i da može da odbije dalje pružanje zdravstvene zaštite takvom pacijentu, izuzev kad zdravstveno stanje pacijenta zahteva hitnu medicinsku pomoć tj. ako je bolešću ugrožen život pacijenta.

Lekar ima pravo pravo na kontinuiranu medicinsku edukaciju, pravo na stručno usavršavanje kroz specijalizaciju, pravo na sticanje naziva primarijus u skladu

¹⁵ O tome: Ivana Stojanović, „Pravo lekara na dostojanstven rad“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2017, 431.

sa propisima o zdravstvenoj zaštiti, pravo na učestvovanja u naučnoistraživačkim projektima, ali i pravo da odbije da učestvuje u njima.

Lekar ima pravo na poštovanje sopstvenog dostojanstva kao posebne društvene i pravne vrednosti i može da ga štiti na način koji je predviđen pravnim propisima.

Lekar ima pravo na redovnu naknadu za svoj rad u obliku plate ili zarade, honorara ili drugih ličnih primanja i pravo na nagradu. Najveća nagrada lekara je zadovoljstvo da je uspešno pruženom medicinskom uslugom, uspešnim postavljanjem dijagnoze i lečenjem pomogao pacijentu. Pribavljanje materijalne i nematerijalne koristi od rada lekara nije u skladu sa etičkim standardima lekarske profesije.

DUŽNOSTI LEKARA

Dužnosti lekara proizlaze iz principa na kojima se zasniva zdravstvena delatnost lekara i manifestuju se kao odnos lekara prema pravilima struke, zdravstvenim i etičkim pravilima, pacijentu i prema kolegama. Dužnosti lekara su različite prirode i imaju stručno-profesionalni, moralni i pravni karakter.

Osnovni princip u pružanju medicinske usluge koju pruža lekar predstavlja poštovanje pravila struke, zdravstvenih propisa i kodeksa medicinske etike. Vršenje zdravstvene delatnosti lekara zasniva se na principu poštovanja propisa iz oblasti zdravstva, pravila struke, kao i kodeksa medicinske etike i deontologije. Zdravstvena delatnost zasnovana je na stalnom unapređenju kvaliteta medicinskih usluga u interesu zdravlja i društvenog blagostanja stanovništva¹⁶ i lekari su, kao zdravstveni radnici, dužni ne samo da poštuju pravila struke, pravila zdravstvenih propisa i kodeksa medicinske etike već i da se staraju i zalažu da se unapredi kvalitet pružanja medicinskih usluga.

Prilikom prijema pacijenta u zdravstvenu ustanovu lekar je dužan da pacijentu saopšti tačne podatke o njegovom zdravstvenom stanju, o predviđenom ispitivanju i lečenju, o rutinskim postupcima i medicinskim tehničkim mogućnostima za njegovo lečenje i očekivanim rezultatima i ishodu predviđenog medicinskog tretmana.

Načelo poštovanja autonomije i prava pacijenata predstavlja princip na kome se zasniva odnos lekara i pacijenta. Lekar je dužan da poštuje prava, slobode,

¹⁶ Ovaj princip u pogledu funkcionisanja zdravstvenog sistema ostvaruje se nizom aktivnosti i mera u skladu sa savremenim dostignućima medicinske nauke i prakse koje imaju za cilj povećanje mogućnosti povoljnog ishoda preventivnih i kurativnih mera i smanjivanje rizika i drugih neželjenih posledice po zdravlje i zdravstveno stanje pojedinca i zajednice u celini.

autonomiju i ljudsko dostojanstvo svakog pacijenta u toku njegovog života, kao i posle smrti. U savremenim uslovima preovladava shvatanje da je zdravlje lična stvar pacijenta i da on ima pravo da sam odlučuje o svom zdravlju i da eventualno lečenje zavisi od njegove volje. Iako je u društvu opšti interes da stanovništvo bude zdravo ipak se smatra da svako lice ima pravo da odluči da li će se lečiti i koje je najbolje rešenje u postupku njegovog lečenja. Zbog toga pružanje zdravstvene zaštite ima za cilj zaštitu zdravlja samo onog pacijenta koji je zatražio njeno pružanje i dao pristanak na preduzetu zdravstvenu uslugu.¹⁷ Punovažan pristanak pacijenta na određeni medicinski zahvat, tretman ili lečenje mora da bude medicinski indikovano i u interesu pacijentovog zdravlja. Lekar nije dužan da pruži medicinsku uslugu zbog simptoma bolesti ili medicinske indikacije nego zbog toga što je pacijent to zahtevao i na lečenje pristao.¹⁸ Pristanak na lečenje¹⁹ treba da predstavlja izraz pacijentove autonomije i poštovanje njegovog dostojanstva. Pacijent ima pravo da slobodno odlučuje o svemu što se tiče njegovog života i zdravlja, osim kada to direktno ugrožava zdravlje drugih ljudi. Zbog toga je lekar dužan da sprovede medicinski tretman nad pacijentom, po pravilu, samo uz njegov izričit pristanak dat usmeno ili pismeno ili prećutno s obzirom na to da pacijent ima pravo da odbije predloženu medicinsku meru, čak iako se njome spasava ili produžava njegov život.²⁰ Ukoliko pacijent odbije predloženi medicinski tretman²¹ lekar je dužan da mu ukaže na posledice njegove odluke o odbijanju.

Prilikom pružanja medicinske usluge lekar je dužan da se u svom radu pridržava važećih standarda medicinske nauke i etičkih principa, u okviru kojih je

¹⁷ U praksi se često davanje saglasnosti i pristanak na lečenje svodi na obično potpisivanje obrasca saglasnosti tako da pacijentu ponekad nije ni poznato da je dao pristanak na lečenje.

¹⁸ Pristanak pacijenta na lečenje znači da on svojim pristankom preuzima na sebe rizik medicinskog zahvata ili tretmana koji nije posledica stručne medicinske greške lekara već čiji ishod zavisi od stanja pacijentovog organizma i zdravlja.

¹⁹ Ivana Stojanović, „Pristanak na lečenje i lečenje bez pristanka“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2014, 341.

²⁰ Postoji mišljenje da pacijent koji trpi bolove i koji ima strah od neizvesnosti i rezultata lečenja često nije u stanju da donese pravilnu odluku o svom lečenju. Ponekad tome doprinosi dugo čekanje na lekarske preglede, nepoznavanje stručne medicinske terminologije, nezainteresovanost izabranog lekara da na razumljiv način objasni prirodu i prognozu bolesti, okolnost da postoji problem nabavke određenih lekova itd.

²¹ Odbijanje pacijenta da dobije informaciju o svom zdravstvenom stanju i potrebi da se podvrgne lečenju, medicinskom tretmanu ili zahvatu ponekad je posledica okolnosti što pojedini pacijenti zbog svog psihičkog stanja ne žele da dobiju istinite, pouzdane i tačne informacije i iz tog razloga odbijaju lečenje.

slobodan da izabere one metode profilakse, dijagnostike, terapije i rehabilitacije koje smatra najefikasnijim za konkretnog pacijenta. Odluke lekara moraju da se zasnivaju isključivo na postupcima koji bolesniku olakšavaju trpljenje i dovode do ozdravljenja ili poboljšanja zdravlja. Ovaj odnos ne sme biti uslovljen koristoljubljem, zadovoljavanjem ličnih ambicija ili namerom lekara da sebi pribavi bilo kakvu drugu ličnu korist. Pre predlaganja terapije dužan je da utvrdi da li je ona medicinski indikovana s obzirom na objektivne²² i subjektivne²³ faktore određenog pacijenta. U toku pružanja medicinske usluge lekar je dužan da postupa ekonomično i racionalno, izbegavajući nepotrebne preglede i postupke, bez obzira ko snosi troškove lečenja bolesnika.

Lekar koji pruža medicinsku uslugu pacijentu dužan je da pruži potrebnu medicinsku uslugu stručno, profesionalno i etički i da ne iskorišćava pacijenta ni emotivno, ni telesno, ni materijalno. Da bi se primenili adekvatni metodi lečenja ili rehabilitacije lekar je dužan da postavi dijagnozu u neposrednom kontaktu sa pacijentom.²⁴ Lekar je dužan da predlaže i sprovodi postupke koji su neophodni za pouzdano dijagnostikovanje i lečenje koje je u skladu s proverenim standardima savremene medicinske nauke i etike. Lekar je dužan da vrši nadzor i kontrolu pacijenta i kad je završen medicinski zahvat ili lečenje da bi se sprečio recidiv ili njegovo blagovremeno otkrivanje.

Vršenje lekarskog poziva zasniva se na principu nezavisnog i profesionalnog delovanja i očuvanja i unapređenja ugleda lekarske profesije i lekarskog stručnog znanja, kao i unapređenja dostojanstvenog i odgovornog profesionalnog ponašanja. Zbog toga lekari imaju dužnost da u vršenju svog poziva čuvaju ugled lekarske profesije, da primenjuju i unapređuju stečeno stručno znanje i da se u vršenju poziva ponašaju odgovorno.

Prilikom pružanja medicinske usluge lekar je dužan da čuva ugled i dostojanstvo svoje profesije. Načelo staranja o ugledu i dostojanstvu profesije realizuje se

²² Objektivni pokazatelji su dijagnoza i prognoza lečenja koji se utvrđuju u svakom konkretnom slučaju tako da postoji razumna srazmera između rizika od preduzetog medicinskog zahvata ili terapijske mere i izgleda za uspeh u lečenju.

²³ U pogledu subjektivnih faktora, lekar mora utvrditi da li je pacijent, posle kliničkog ispitivanja, podosan za određenu terapijsku meru ili da potreban medicinski zahvat može psihički i fizički da podnese.

²⁴ Lekar ne može da obavlja preglede pacijenta na daljinu ili putem telefona. Pravo na davanje lekarskih saveta putem telefona imaju samo lekari u službama hitne pomoći koji na taj način vrše stručnu trijažu pacijenata i u situacijama za koje procene da ne zahtevaju pružanje urgentne pomoći daju odgovarajuće savete.

ne samo kroz profesionalno i etičko ponašanje prema pacijentu, njegovoj porodici, kolegama²⁵ i drugim licima već i u profesionalnom i privatnom životu.

S obzirom na to da se vršenje lekarskog poziva zasniva se na principu save-
snosti, lekar je dužan ne samo da postupa po pravilima struke prilikom pružanja
medicinske usluge, već i sa potrebnom pažnjom u skladu sa principima medicinske
etike i načelima čovečnosti. Lekar je dužan da čuva ljudski život i zdravlje i da se
prilikom pružanja medicinske usluge uvek rukovodi osnovnim načelom medicin-
ske etike „primarno ne škoditi“.

U pružanju medicinske usluge lekar je dužan da poštuje princip jednakosti
i zabranu diskriminacije po ma kom osnovu. On je dužan da medicinsku uslugu
pruža svima jednako, bez obzira na godine života, pol, rasu, nacionalnu pripadnost,
veroisповest, društveni položaj, obrazovanje, socijalno poreklo, političko ili drugo
ubeđenje, imovinsko stanje, jezik, kulturu, vrstu bolesti, psihički ili telesni invali-
ditet ili drugo lično svojstvo, poštujući ljudska prava i dostojanstvo svakog čoveka.

Pružanje medicinskih usluga zasniva se na principu održavanja i unapređe-
nja poverenja između lekara i pacijenta, kao i članova njegove porodice, pod uslovi-
ma koje predviđaju propisi o pravima pacijenata. Odnos između lekara i pacijenta
prilikom pružanja medicinske usluge zasniva se na principu partnerskih odnosa
u kome subjekti ovog odnosa imaju određena prava i dužnosti. Lekar je dužan da
poštuje prava pacijenata u skladu sa propisima o njegovim pravima, obavezama i
dužnostima i da nastoji da se oni ostvare u praksi.

Lekar je dužan da poštuje pravo pacijenta na slobodan izbor lekara i zdrav-
stvene ustanove, kao i pravo pacijenta na drugo mišljenje.²⁶ Ordinirajući lekar neće
se protiviti želji pacijenta da se obrati drugom lekaru sa molbom da mu on kaže
svoje mišljenje o stanju njegovog zdravlja i načinu lečenja.

Lekar je dužan da se zalaže za poštovanje pacijentovih prava, da se lojalno
odnosi prema njemu i pruži medicinsku uslugu korišćenjem svojih znanja, veštine
i iskustva.

Ukoliko lekar prilikom pregleda pacijenta posumnja na nasilne telesne po-
vrede pacijenta, zapuštanje ili zlostavljanje deteta ili na nasilje u porodici, dužan je
da o tome obavesti nadležne organe. Dužnost obaveštavanja nadležnih organa u
slučaju sumnje na nasilnu smrt ima i lekar koji vrši postmortalni pregled.

²⁵ Detaljno o tome: Ivana Stojanović, „Međusobni odnosi lekara“, *Pravni život*, br. 9, Beo-
grad, 2013, 395.

²⁶ Detaljno o tome: Ivana Stojanović, „Pravo pacijenta na drugo mišljenje“, *Pravni život*, br. 9,
Beograd, 2012, 481.

Lekar je dužan da lekarski poziv ili položaj ne koristi da bi sebi ili drugome pribavio materijalni dobitak ili materijalnu korist. On je dužan da ne zloupotrebjava zanimanje ili svoj položaj.

Lekar je dužan da koristi isključivo zvanično dodeljen stručni naziv koji je stekao u procesu visokoškolskog obrazovanja i u toku kasnije specijalizacije ili supspecijalizacije.

U toku profesionalnog rada i aktivnosti lekar je dužan da vodi računa o tome da ne neumereno i nekritički ističe svoju ličnost ili da omalovažava profesionalnu aktivnost drugih lekara. Posebno je dužan da u toku profesionalne aktivnosti ne privileguje ili ne propagira pojedina sredstva ili metode lečenja, kao i da ne favorizuje proizvode onih farmaceutskih kuća koje mu obezbeđuju učešće na studijskim putovanjima ili stručnim kongresima.

Lekar je dužan da prilikom davanja izveštaja, mišljenja ili lekarskih potvrda postupa po najboljem znanju i sa povećanom pažnjom. Davanje lažnih izveštaja, mišljenja ili potvrda o stanju zdravlja pacijenta predstavlja ne samo kažnjivo delo, već i grubu povredu lekarske medicinske etike.

Lekar je dužan da objektivno saopšti svoja saznanja, mišljenje i zapažanja o metodama lečenja, dejstvu pojedinih lekova, dijetetskih proizvoda ili medicinskih sredstava do kojih je došao u toku svoje delatnosti. Lekar je, isto tako, dužan da ne objavljuje nekritičke podatke ili da propagira nedovoljno proverene dijagnostičke ili terapijske metode lečenja ili lekove.

Jedna od dužnosti lekara u vršenju medicinske delatnosti je i dužnost da se suprotstavi nestručnim i nezakonitim postupcima lekara u oblasti dijagnostike i lečenja i da o tome obavesti nadležne organe i institucije. U tim slučajevima dužan je da odmah sam preduzme sve neophodne mere i postupke da pacijentu pomogne i predupredi moguću štetu po zdravlje pacijenta.

Lekar je dužan da čuva podatke o pacijentu.²⁷ Podaci o pacijentu mogu biti saopšteni samo na način na koji je anonimnost pacijenata obezbeđena. Objavljivanje podataka o pacijentu u naučnoistraživačkoj dokumentaciji, stručnim publikacijama i prilikom nastave, moguće je samo uz pristanak pacijenta ili njegovog pravnog zastupnika. Pri tome, mora biti obezbeđeno poštovanje njihovog ličnog dostojanstva.

²⁷ O tome: Ivana Stojanović, „Pravo na uvid u medicinsku dokumentaciju“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2011, 453; Ivana Stojanović, „Medicinska dokumentacija“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2018, 289; Ivana Stojanović, „Zaštita medicinskih ličnih podataka“, *Zbornik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović „Pravo i snaga umnosti“*, Beograd, 2019, 313.

U toku vršenja zdravstvene delatnosti lekar je dužan da čuva lekarsku tajnu²⁸ u koju spadaju sva saznanja do kojih je došao prilikom pružanja medicinske usluge pacijentu a tiču se njegovog ličnog, porodičnog i socijalnog okruženja kao i svi podaci koji se odnose na njegov zdravstveni status do kojih je došao prilikom obavljanja svog poziva.²⁹ Lekar je dužan da profesionalnu tajnu čuva i u odnosu na članove porodice pacijenta. Dužnost čuvanja profesionalne tajne traje i posle pacijentove smrti.

Lekar koji vrši medicinska istraživanja dužan je da ih vrši u skladu sa zakonskim propisima i etičkim principima i da tom prilikom kompetentno štiti život, zdravlje, privatnost i dostojanstvo čoveka. Pacijent na kome bi trebalo da se vrše medicinska istraživanja mora biti detaljno upoznat sa značajem, očekivanim ciljevima, odnosno koristima, kao i mogućim rizicima i opasnostima istraživanja i da izričito pristane na to. Lekar je dužan da bilo pozitivne bilo negativne rezultate biomedicinskog istraživanja učini dostupnim stručnoj, naučnoj i široj javnosti.

Lekar je dužan da se stara o zaštiti interesa zdravstvenog sistema i zdravstva, da aktivno doprinosi dobrobiti i napretku društvene zajednice i sredine u kojoj živi. Dužan je da se stara da se ne zloupotrebe sredstva namenjena zdravstvenoj zaštiti, niti sme da ih koristi za lično bogaćenje.

Lekar je dužan da se aktivno bori protiv korupcije u zdravstvu kao kažnjivog dela s obzirom na to da ona, između ostalog, negativno utiče na ugled lekarske profesije. Poseban vid korupcije predstavlja slučaj kad lekar iz državne zdravstvene ustanove uputi pacijenta na tačno određenu privatnu zdravstvenu ordinaciju čiji je on vlasnik, honorarni saradnik ili je angažovan po osnovu dopunskog rada ili koja je u vlasništvu njegovih rođaka ili prijatelja.

ZAKLJUČAK

U vršenju zdravstvene delatnosti lekari imaju određena prava i dužnosti. Prava lekara u pružanju medicinskih usluga predviđena su zakonima kojima je uređena zdravstvena delatnost. Prilikom pružanja medicinskih usluga lekari su dužni

²⁸ Detaljno: Jakov Radišić, „Dužnost čuvanja medicinske tajne“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–4, Beograd, 2002, 325; Vesna Klajn Tatić, „Profesionalna tajna zdravstvenih radnika i razlozi za njeno otkrivanje“, *Strani pravni život*, br. 3, Beograd, 2014, 225; Dragica Živojinović, „Profesionalna tajna lekara“, *Zbornik radova „Usluge i vladavina prava“*, Kragujevac, 2021, 553.

²⁹ Lekar je oslobođen čuvanja profesionalne tajne: ako na to pristane pacijent ili njegov pravni zastupnik i o tome se izjasne u posebnom pisanom aktu; ako čuvanje tajne ugrožava život ili zdravlje pacijenta ili drugih ljudi; ako to predviđaju zakonski propisi. Tajna se odaje samo u potrebnoj meri i samo odgovarajućoj osobi kojoj su te informacije potrebne radi sprečavanja posledica. U slučaju oslobađanja od profesionalne tajne lekar o tome treba da obavesti pacijenta.

da se pridržavaju pravila koja se odnose na vršenje zdravstvene delatnosti i ukoliko eventualno dođe do povrede lekarskih dužnosti ili prava pacijenata ili trećih lica lekari odgovaraju disciplinski, prekršajno, krivično i po pravilima građanske odgovornosti za pričinjenu štetu.

Primarius Dr. IVANA STOJANOVIĆ
Specialist Pathologist and Cytopathologist
Clinical Center – Niš

RIGHTS AND DUTIES OF DOCTORS AS HEALTHCARE PROFESSIONALS

Summary

Doctors, as highly qualified healthcare professionals who perform health activities in their professional vocation, have certain rights and duties that are regulated by legal and ethical norms. The rights of doctors in terms of providing medical services are provided by the laws that regulate health activities. The duties of doctors are of different nature and have a professional, moral and legal character, and are manifested in the actions of doctors according to the professional, health, ethical and legal rules.

Key words: rights and duties of doctors, health activities

Literatura

- Jović M., Mladenović D., Jovanović M., Jolić A., „Lekari između etike i zakona“, *Timočki medicinski glasnik*, br. 1, Zaječar, 2007.
- Klajn Tatić V., „Profesionalna tajna zdravstvenih radnika i razlozi za njeno otkrivanje“, *Strani pravni život*, br. 3, Beograd, 2014.
- Mujović-Zornić H., Sjeničić M., Milenković M., „Prava pacijenata i zakonodavne promene u Srbiji“, *Teme*, br. 1, Niš, 2016.
- Radišić J., „Dužnost čuvanja medicinske tajne“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–4, Beograd, 2002.
- Simić J., „Nevinost bez zaštite“ – jedno viđenje Zakona o pravima pacijenata“, *Pravni zapisi*, br. 1, Beograd, 2013, 145.
- Stojanović I., „Pravo na uvid u medicinsku dokumentaciju“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2011.
- Stojanović I., „Pravo pacijenta na drugo mišljenje“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2012.
- Stojanović I., „Međusobni odnosi lekara“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2013.
- Stojanović I., „Pristanak na lečenje i lečenje bez pristanka“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2014.

Stojanović I., „Pravo lekara na dostojanstven rad“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2017.

Stojanović I., „Medicinska dokumentacija“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2018.

Stojanović I., „Zaštita medicinskih ličnih podataka“, *Zbornik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović „Pravo i snaga umnosti“*, Beograd, 2019.

Živojinović D., „Profesionalna tajna lekara“, *Zbornik radova „Usluge i vladavina prava“*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2021.

PREGLEDNI RAD

GORDANA PETKOVIĆ

PRIMENA MEĐUNARODNIH UGOVORA I REŠAVANJE SPOROVA U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

Predmet ovog rada je razmatranje ključnih pitanja primene međunarodnog prava životne sredine kroz mehanizme praćenja usaglašenosti sa međunarodnim ugovorima u oblasti životne sredine. U fokusu ovog istraživanja je sagledavanje postojećih pravosudnih mehanizama za sprovođenje međunarodnih ugovora u oblasti živote sredine, kroz praksu Međunarodnog suda pravde i Međunarodnog krivičnog suda, a posebno sa stanovišta rešavanja štete pričinjene životnoj sredini kako u miru, tako i u ratnim uslovima. Poseban akcenat je stavljen na razmatranje potrebe za osnivanjem međunarodnog suda za rešavanje globalnih pitanja zaštite životne sredine, ciljeva čije bi ostvarivanje trebalo da obezbedi osnivanje takvog suda, sastava i primene prava, prednosti i nedostataka njegovog osnivanja, kao i odnosa sa drugim postojećim međunarodnim sudovima. Istraživanje primene međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine, sudske prakse u pogledu procene ekološke štete pričinjene životnoj sredini, rezultira odgovarajućim zaključcima o oceni stanja, problemima u primeni, potrebi za reformom pravosudnog sistema kroz osnivanje posebnog međunarodnog suda za životnu sredinu, čime pruža značajan doprinos razvoju i funkcionisanju pravosudnog sistema i ostvarivanju ekološke pravde.

Ključne reči: životna sredina, međunarodni ugovori, rešavanje sporova

MEHANIZMI PRAĆENJA PRIMENE MEĐUNARODNIH UGOVORA U OBLASTI ŽIVOTNE SREDINE

Međunarodna zajednica je u proteklih pet decenija razvila ogroman broj međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine koji predstavljaju najznačajniji izvor

Mr Gordana Petković, direktor Agencije za ekološki konsalting ECOLIBRA u Beogradu,
e-mail: gpetkovic1956@gmail.com.

međunarodnog prava životne sredine. Po svojoj prirodi, to su uglavnom multilateralni ugovori koji sadrže pravno obavezujuće norme za države članice. U periodu od Drugog svetskog rata do 1977. godine usvojen je set međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine (65).¹ Sve do kraja XX veka broj međunarodnih ugovora obeležio je dinamički razvoj međunarodnog prava životne sredine u njenim različitim oblastima (zaštita vazduha, ozonski omotač, zaštita voda, upravljanje otpadom, hemikalije, zaštita biodiverziteta, industrijski udesi, klimatske promene i dr.), tako da su do 2005. godine usvojena „272 multilateralna ugovora“.² Na nagli porast usvojenih ugovora ukazuju podaci iz 2012. godine, i to kako multilateralnih, tako i bilateralnih ugovora (747 ovih ugovora i 1.000 bilateralnih ugovora),³ i evidentirano stanje „1.300 međunarodnih ugovora i 2.200 bilateralnih ugovora“⁴ u 2019. godini. Ovi ugovori prvenstveno unapređuju sveukupno ostvarivanje globalnih ciljeva zaštite životne sredine. Takođe, izražavaju kolektivnu volju međunarodne zajednice da države članice poštuju pravno obavezujuće norme zaštite životne sredine.

Međutim, radi jačanja globalnog upravljanja životnom sredinom nepoštovanje multilateralnih međunarodnih ugovora svakako povlači za sobom odgovornost država za njihovu primenu, kao i odgovornost pravnih i fizičkih lica koja svojim aktima nanose štetu životnoj sredini. S proliferacijom multilateralnih međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine pojavile su se i različite vrste ekoloških zločina, koji su u pojedinim međunarodnim ugovorima eksplicitno definisani kao krivična dela protiv životne sredine. Naime, ekološki zločini postaju sve ozbiljniji globalni problem, čak iako neposredne posledice prestupa možda nisu očigledne. Ekološki zločini imaju svoje žrtve, a kumulativni troškovi ekološke štete kroz dugoročne posledice – bolesti, povrede, smrti, izumiranje divljih vrsta flore i faune, oštećenje ozonskog omotača, zagađivanje životne sredine i urušavanje ekonomije, zauzimaju posebno mesto, naročito kada se ova pitanja integralno razmatraju.

Paralelno sa razvojem međunarodnog prava životne sredine odvijalo se unapređivanje i jačanje primene (implementacije) zaključenih međunarodnih ugovora

¹ Vido Vukasović, *Zaštita i unapređenje čovekove sredine – međunarodnopravno regulisanje*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1980, 41–45.

² Register of International Treaties and Other Agreements in the field of Environment, United Nations Environment Programme, Nairobi, 2005, v–xxii.

³ Kim Rakhuyun, „The emergent network structure of the multilateral environmental agreement system“, *Global Environmental Change*, 23(5), 2013, 980–991.

⁴ Global Environmental Outlook GEO 6, Healthy Planet, Healthy People, United Nations Environment Programme, 2019, 11.

u ovoj oblasti, a posebno monitoringa i podsticanja usaglašavanja s principima zaštite životne sredine i zaključenim međunarodnim ugovorima.⁵ Na međunarodnom planu, mogu se posmatrati dva aspekta ovog pitanja: prvo, namerno ili nenamerno poštovanje međunarodnih ugovora od strane njihovih država članica; drugo, namerno izbegavanje poštovanja propisa u oblasti životne sredine od strane pojedinaca i kompanija. U slučaju da ovi kažnjivi akti uključuju prekogranične aktivnosti, mogu se okvalifikovati kao „međunarodni ekološki zločin“.

Naime, u Odluci 27/9 Upravnog saveta UNEP-a (Governing Council UNEP) potvrđeno je da ekološki zločin podriiva održivi razvoj, uspešnu primenu ekoloških ciljeva, vladavinu prava i efikasno upravljanje.⁶ Tako se u Izveštaju UN o životnoj sredini iz 2019. godine ističe da se „propuštanje pune implementacije i sprovođenja propisa može smatrati jednim od najvećih izazova u ublažavanju klimatskih promena, smanjenju zagađivanja, sprečavanju rasprostranjenog gubitka vrsta i staništa“.⁷

Prva analiza praznina u implementaciji prava životne sredine na nacionalnom, regionalnom i međunarodnom nivou urađena je kao polazni dokument za Prvi pripremni sastanak Svetskog kongresa o pravosuđu, upravljanju i pravu na održivost životne sredine (2011).⁸ U dokumentu „Praznine u implementaciji međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine“ Gregori Rouz (Gregory Rose) polazi od stanovišta da se mogućnosti implementacije međunarodnih ugovora zasnivaju na koordinaciji i saradnji,⁹ putem razmene informacija, dostavljanja nacionalnih

⁵ UNEP: Guidelines on Compliance with and Enforcement of Multilateral Environmental Agreements (Part 1), Nairobi 2003. Pojam „primena“ (implementacija) u pravnom smislu se odnosi na sve relevantne zakone, propise, politike ili inicijative usvojene ili preduzete za ispunjavanje međunarodnih obaveza koje proizilaze iz međunarodnih ugovora u ovoj oblasti. V. detaljnije: Gordana Petković, „Odgovornost za primenu propisa u oblasti zaštite životne sredine“, *Pravni život*, broj 9, Tom I, Beograd, 2011, 499.

⁶ 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, 27. 9. 2022.

⁷ Environmental Rule of Law – First Global Report, UN Environment, 24 January 2019, 31, <https://www.unep.org/resources/assessment/environmental-rule-law-first-global-report>, 27. 9. 2022.

⁸ Gregory Rose, *Gaps in the Implementation of Environmental Law at the National, Regional and Global Level*, UNEP, Kuala Lumpur, Malaysia, 2001.

⁹ Pojedini autori govore i o transvladinim mrežama za međunarodnu saradnju. V. Kal Raustalia, „The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law“, *Making Law Work: Environmental Compliance & Sustainable Development*, Durwood Zaelke et al., Vol. 2, Cameron, May 2005, 405.

izveštaja o sprovođenju međunarodnih ugovora i monitoringa implementacije i usklađenosti sa međunarodnim ugovorom.¹⁰ Reč je o jednom mehanizmu praćenja primene međunarodnih ugovora koji je ustanovljen u brojnim međunarodnim multilateralnim ugovorima u oblasti životne sredine kroz nacionalno izveštavanje i mehanizam monitoringa usklađenosti i implementacije ugovora. U osnovi razmatranja ovog mehanizma postavlja se pitanje da li taj sistem pruža mogućnost efikasne ocene usklađenosti primene međunarodnog ugovora. Rastući broj mehanizama, kao i kompleksan metodološki pristup ocene primene međunarodnih ugovora, sigurno zahtevaju detaljniju elaboraciju specifičnosti u okviru svakog ugovora, uključujući i kreiranje odgovarajućih međunarodnih institucionalnih aranžmana. U tom kontekstu, u ovom istraživanju zadržaćemo se na pojedinim primerima koji imaju razvijene modele. Kod svih mehanizama zajednički imenitelj je da je u slučaju neusklađenosti neminovno da države članice prioritarno pristupe izradi plana usklađivanja sa obavezama koje proizilaze iz međunarodnog ugovora,¹¹ da planski preduzmu sve mere za ispunjavanje obaveza, kao i da obezbede reviziju primene međunarodnog ugovora.

Složenost i multidisciplinarnost pitanja životne sredine ukazuju na specifične mogućnosti međusobne povezanosti, koja kreira sinergiju u implementaciji međunarodnih ugovora, kao što su: zajednički centri za obezbeđivanje tehničke pomoći i jačanja kapaciteta tematski vezanih ugovora; koordinisano nacionalno zakonodavstvo; razvoj finansijskih mehanizama kojima se obezbeđuje implementacija međunarodnih ugovora.

U tom kontekstu najrazvijeniji model sinergije funkcioniše u okviru konvencija u oblasti upravljanja otpadom i hemikalijama:

– Bazelska konvencija o prekograničnom kretanju opasnih otpada i njihovom odlaganju;¹²

¹⁰ Pojam *compliance* (usklađenost) označava postupanje, odnosno usklađenost države sa međunarodnim ugovorima, tj. propisima u oblasti životne sredine, a *enforcement* je izvršavanje propisa, koje uključuje i upravni postupak i tužbe sudu. V. *Principles of Environmental Enforcement, Handbook*, The International Network for Environmental Compliance and Enforcement United States Environmental Protection Agency, 2009, 15; *Manual on Compliance with and Enforcement of Multilateral Environmental Agreements*, UNEP, 2006, 56.

¹¹ Winston Anderson, „Domestic Programs for Implementing Multilateral Environmental Agreements: Establishing MEA Implementation Mechanisms“, *Proceedings of the Sixth International Conference on Environmental Compliance and Enforcement*, Vol. 2, San Jose, Costa Rica, April 15–19 2002. (INECE 2002), 147–174, <https://nepis.epa.gov/>, 29. 9. 2022.

¹² Basel Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Wastes and Their Disposal, United Nations Environmental Programme, 1989.

– Roterdamska konvencija o prethodnoj proceduri saglasnosti za određene opasne hemikalije i pesticide u međunarodnom prometu;¹³

– Stokholmska konvencija o dugotrajnim organskim zagađujućim supstancama.¹⁴

U okviru ovog rada daje se osvrt na ključne elemente mehanizma praćenja usklađenosti i implementacije ove tri konvencije.¹⁵ Zahtevi sve tri konvencije usmereni su na obaveze strana ugovornica da dostavljaju Sekretarijatu, drugim stranama i/ili javnosti informacije o opasnom otpadu i hemikalijama, uključujući i informacije o opasnostima.¹⁶ U tom kontekstu, nacionalne kontakt tačke konvencija imaju ključnu ulogu u razmeni informacija kako bi obezbedile jačanje svesti među relevantnim organima. To ukazuje da je tesna saradnja između kontakt tačke i zakonodavca neophodna u obezbeđivanju integrisanog pristupa. Stranama ugovornicama se pruža mogućnost tehničke pomoći, kao i razmene informacija o svim hemikalijama u okviru mreže koje formira Sekretarijat konvencije. Sve tri konvencije karakteriše potpuna sinergija u pogledu obaveze strana da učine dostupnim informacije o opasnom otpadu i hemikalijama. Visok stepen dostupnosti informacija zasniva se, pre svega, na primeni principa međunarodne saradnje u rameni informacija između strana ugovornica Roterdamske i Stokholmske konvencije i Sekretarijata. Roterdamska konvencija eksplicitno utvrđuje pristup javno dostupnim informacijama, odnosno omogućavanju javnosti da dobije informacije koje nisu poverljive (informacije o regulatornom postupku). Stokholmska konvencija obezbeđuje dostupnost informacija o POPs supstancama, koje uključuju i programe obrazovanja, obuke i jačanja javne svesti o efektima na zdravlje i životnu sredinu, kao i o alternativama POPs supstanci.¹⁷

¹³ Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade, United Nations Environmental Programme, 1998.

¹⁴ Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, United Nations Environmental Programme, 2001.

¹⁵ Komitet za pitanja usklađenosti sa Bazelskom konvencijom obrazovan je odlukom (Decision VI/12 Establishment of a mechanism for promoting implementation and compliance – 2002). Komitet za pitanja usklađenosti sa Roterdamskom konvencijom obrazovan je odlukom (Decision RC-6/9: Procedures and mechanisms on compliance with the Rotterdam Convention – 2015). Komitet za pitanja usklađenosti sa Stokholmskom konvencijom obrazovan je u skladu sa odlukom (Decision SC-6/24: Procedures and mechanisms on compliance with the Stockholm Convention – 2015).

¹⁶ Basel Convention, Article 13; Rotterdam Convention, Article 14. para. 1–4; Stockholm Convention, Article 9.

¹⁷ Stockholm Convention, Art. 9–10.

Međutim, kada je reč o izveštavanju o sprovođenju konvencija, sinergija između tri predmetne konvencije samo je delimična. Generalno, u okviru svake konvencije uspostavljen je sistem elektronskog izveštavanja kao ključna obaveza strane ugovornice sa ciljem praćenja njihovog sprovođenja. Razlike, međutim, postoje u izveštavanju, kako u periodu za koji se izveštava, tako i u pogledu formata samog izveštaja. U okviru Bazelske konvencije izveštavanje se vrši godišnje, dok se u okviru druge dve konvencije izveštava na dvogodišnjem nivou. Sadržina izveštaja određena je predmetom uređivanja za svaku posebno.

U kontekstu razmatranja ovog mehanizma treba napomenuti da drugi međunarodni multilateralni ugovori takođe sadrže odredbe o razmeni informacija i izveštavanju o sprovođenju ugovora i uspostavljanju tela za praćenje sprovođenja ugovora. Zbog ograničenosti prostora u ovom radu daje se kratak presek sa upućivanjem na rešenja u najznačajnijim ugovorima (npr. čl. 12. i 13 Konvencije o klimatskim promenama, čl. 7–9 Montrealskog protokola, čl. 17. i 26 Konvencije o biodiverzitetu, čl. 26. i 27 Konvencije o borbi protiv dezertifikacije, čl. 12. i 15 Pariskog sporazuma), kao potvrde o postojanju mehanizama praćenja primene međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine.¹⁸

Pored razmatranja pitanja prvog mehanizma praćenja primene međunarodnih ugovora, među brojnim teoretičarima i praktičarima postavilo se i pitanje da li je sudska primena međunarodnog prava životne sredine dobra opcija. U metodološkom i praktičnom smislu mnogi autori su postavili pitanje da li je prikladno da se međunarodno pravo životne sredine (IEL) sprovodi na osnovu odluke treće strane, gde se međudržavne tvrdnje zasnivaju na osnovu principa odgovornosti države.¹⁹ Nosioци ovog stava Alan Bojl (Alan Boyle) i Džefri Danof (Jeffrey Dunnof) ističu argumente na osnovu kojih se može zaključiti da je sudsko rešavanje sporova inherentno bilateralno i konfrontaciono, dok problemi zaštite životne sredine često uključuju mnoge države i situacije gde nije sasvim jasno ko je prekršilac a ko žrtva. U osnovi, sudsko sprovođenje se vrši *ex post facto* i fokusirano je na otklanjanje nastale štete, pri čemu se ukazuje na to da zaštita životne sredine, nasuprot tome, zahteva sistem prevencije i pozitivnih podsticaja kako bi se postigla usklađenost. Konačno, presuđivanje treće strane možda nije prikladno jer se u toku sporova

¹⁸ V. UNFCCC Convention on climate changes, <https://unfccc.int/>, Montreal Protocol on the Substances which Deplete Ozone Layer, <https://ozone.unep.org/>, Convention on Biodiversity, <https://www.cbd.int/>, Convention on Desertification, <https://www.unccd.int/>, Paris Agreement, <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>, 27. 9. 2022.

¹⁹ Joost Pauwelyn, „Judicial mechanismst: Is there a need for World Environmental Court?“, *Reforming International Environmental Governance: From Institutional Limits to Inovative reforms*, United Nations University, New York 2005, 151.

za zaštitu životne sredine često postavljaju složena naučna pitanja, pa sudovi nisu dobro opremljeni za rešavanje takvih sporova.²⁰

U osnovi iznošenja naučno-stručnih stavova zapravo se i vidi začetak rasprave o potrebi osnivanja nezavisnog i specijalizovanog međunarodnog suda za rešavanje globalnih problema životne sredine.²¹ Prilikom razmatranja mehanizma rešavanja sporova polazi se od norme međunarodnog ugovora i izjave strane ugovornice u pogledu izbora načina rešavanja sporova. Tako npr. Bazelska, Rotterdamska i Stokholmska konvencija sadrže odredbe koje upućuju na to da će se sporovi rešavati pregovorima ili drugim mirnim načinom koji strane odaberu. Ukoliko strane ne mogu da reše spor na navedeni način, ukoliko se strane spora slažu, podneće spor Međunarodnom sudu pravde ili na arbitražu.²² I drugi međunarodni ugovori sadrže slična rešenja koja upućuju na pregovaranje ili mirno rešavanje sporova, odnosno podnošenje spora Međunarodnom sudu pravde i/ili arbitraži (npr. član 14 Konvencije o klimatskim promenama; član 27 Konvencije o biodiverzitetu; član 28 Konvencije o dezertifikaciji; po članu 24 Pariskog sporazuma odredbe člana 14 Konvencije o rešavanju sporova primenjuju se na ovaj sporazum po principu *mutatis mutandis*).

Razmatranje efikasne primene međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine neminovno nameće pitanje odnosa navedena dva mehanizma, odnosno da li su ovi mehanizmi nužno uzajamno isključivi mehanizmi. Prvi mehanizam doprinosi monitoringu usaglašenosti i implementacije ugovora i izbegavanju sudskih sporova. Funkcionisanje drugog mehanizma upućuje na to da on i te kako može da dopuni (umesto da zameni) sistem praćenja.²³ To bi se moglo učiniti ili uključivanjem faze odlučivanja treće strane u trenutne procedure usaglašenosti na osnovu vladavine prava, ili pružanjem različitog procesa sudskog rešavanja ako se postupkom usaglašenosti ne reši stvar. Ipak, u odnosu na druge međunarodne sporove, u primeni multilateralnih ugovora u oblasti životne sredine autori uočavaju opredeljenje država članica koje upućuje na vešto izbegavanje rešavanja sporova sudskim putem, što leži u činjenici da je ovim međunarodnim ugovorima ostavljeno državama članicama da odluče o obliku rešavanja sporova davanjem

²⁰ Alan E. Boyle, „Saving the World? Implementation and Enforcement of International Environmental Law through International Institutions“, *Journal of Environmental Law*, Vol. 3, No. 2, 1992, 229.

²¹ Jeffrey Dunoff, „Institutional Misfits: The GATT, the ICJ & Trade – Environment Disputes“, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 15, 1994, 1043.

²² Basel Convention (Article 20.1. and 2), Rotterdam Convention (Article 20.1. and 2), Stockholm Convention (Art. 18.1. and 2).

²³ J. Pauwelyn, *op.cit.*, 151.

nadležnosti sudovima ili tribunalima koji bi omogućili drugim državama ili nedržavnim akterima da osporavaju njihove odluke. Ovim putem se i otvara pitanje da li su time države oslabile mogućnost primene sudskih mehanizama, koji bi trebalo da obezbede efikasne, transparentne i pravične oblike rešavanja sudskih sporova i razvijanje sudske prakse.

MEĐUNARODNO REŠAVANJE SPOROVA U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

Prilikom razmatranja pitanja međunarodnog rešavanja sporova u oblasti zaštite životne sredine polazište je Povelja Ujedinjenih nacija (1945), u čijim odredbama je sadržan jedan bitan zahtev upućen državama članicama UN da svoje sporove rešavaju mirnim sredstvima na takav način da ne ugroze međunarodni mir i sigurnost i pravdu (čl. 2.3). Ova obaveza članica UN uključuje i opštu zabranu pretnje silom ili upotrebe sile... uperene protiv teritorijalne celovitosti ili političke nezavisnosti bilo koje države (čl. 2.4). Osim toga, čl. 33. (Poglavlje VI.) izričito propisuje obavezu „rešavanja sporova koji bi mogli ugroziti međunarodni mir i sigurnost“. Povelja daje mogućnost da države traže rešenja pomoću pregovora, posredovanja, mirenja, arbitraže, sudskog rešavanja... ili pomoću drugih mirnih sredstava po sopstvenom izboru.

Jedan od najstarijih slučajeva mirnog rešavanja sporova na koji se sudska praksa oslanja svakako je slučaj *Trail Smelter* iz 1941. godine. Reč je o prekograničnom zagađenju životne sredine u okviru koga je sud morao da odluči da li je Kanada bila odgovorna za štetu nanetu usevima i zemljištu države Vašington emisijom sumpor-dioksida iz kanadske topionice cinka i olovnih ruda, sa sedištem u Britanskoj Kolumbiji.²⁴ U svojoj odluci od 11. marta 1941, arbitražni tribunal je zauzeo stav da: „U skladu sa principima međunarodnog prava, kao i zakonom Sjedinjenih Država, nijedna država nema pravo da koristi ili dozvoljava upotrebu svoje teritorije na takav način da izazove povrede isparenjima u teritoriju ili na teritoriji druge države ili imovini ili njenim licima, kada je slučaj ozbiljnih posledica i povreda utvrđen jasnim i uverljivim dokazima...“²⁵ Prema zauzetom stavu zagađenje mora imati ozbiljne posledice, ukazujući na to da tribunal mora da utvrdi da li dotično zagađenje sprečava pojedinca ili grupu da živi na zdrav i prosperitetan način. Na osnovu toga, arbitražni tribunal je utvrdio da je Kanada odgovorna za štetu koju

²⁴ *Trail Smelter case* (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, United Nations, Reports of International Arbitral Awards (RIAA), Vol. III, 1905.

²⁵ *Trail Smelter Arbitration*, supra note 27, at 1963.

je prouzrokovala kanadska topionica i izrekla kompenzaciju u korist Sjedinjenih Država.²⁶ U slučaju *Trail Smelter* zaključeno je da država nema pravo da dozvoli aktivnosti na njenoj teritoriji koje izazivaju zagađenje na teritoriji druge države. Time je utvrđena obaveza da se ne uzrokuje (ekološka) šteta teritoriji druge države, što je kasnije postao princip međunarodnog ekološkog prava. Izricanje novčane mere predstavlja primenu principa „zagađivač plaća“, koji je kasnije uveden kao jedan od vodećih principa prava životne sredine. Ovaj slučaj je po prvi put upotrebio izraz „prekogranina šteta“ i obavezu preduzimanja mera prevencije za sprečavanje prekograničnog zagađivanja i štete koja nastaje tim zagađivanjem. Takvom odlukom arbitražni tribunal je potvrdio da osim kao preventivna mera, kažnjavanje zagađivača kao represivna mera ima svoju svrhu, jer se plaćanjem kompenzacije obezbeđuje saniranje pričinjene štete.²⁷

U kontekstu sudskog rešavanja sporova glavni sudski organ UN je Međunarodni sud pravde (International Court of Justice – ICJ) (čl. 92 Povelje UN). Svi članovi UN su *ipso facto* strane Statuta Međunarodnog suda. Za bolje razumevanje sporova pred ovim sudom svakako je bitno istaći da, u skladu sa čl. 34. st. 1 Statuta ICJ, samo države mogu biti strane u slučaju pred sudom. Prema čl. 36. st. 2. države strane Statuta mogu izjaviti da, prema svakoj drugoj državi koja primi istu obavezu, priznaju kao obavezujuću, *ipso facto* i bez posebnog sporazuma, nadležnost suda u svim pravnim sporovima (tumačenje ugovora, svako pitanje međunarodnog prava, povredu međunarodne obaveze, prirodu i opseg zadovoljenja za povredu međunarodne obaveze). Sud donosi konačne presude koje su obavezujuće samo za stranke spora i za slučaj koji je rešila (čl. 59), i bez podnošenja žalbe (čl. 60).

Iako Međunarodni sud pravde nema bogatu sudsku praksu u sporovima u oblasti zaštite životne sredine, u ovom radu obuhvaćeno je nekoliko značajnih slučajeva povrede međunarodnih obaveza u oblasti zaštite životne sredine po kojima je sud doneo svoje presude. Posebno mesto zauzimaju sporovi *Gabcikovo-Nagymaros projekat* (Mađarska & Slovačka), *Pulp Miller na reci Urugvaj* (Argentina & Urugvaj), *Određene aktivnosti Nikaragve u graničnom pojasu i Kostarike na izgradnji puta* (Kostarika & Nikaragva), *Određene aktivnosti (slučaj kompenzacije)* (Kostarika & Nikaragva).²⁸

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Catherine Prunella „An international environmental law case study: The Trail Smelter Arbitration“, *International Pollution Issues*, New York, 2014, <https://intlpollution.commons.gc.cuny.edu/an-international-environmental-law-case-study-the-trail-smelter-arbitration/>, 28. 8. 2022.

²⁸ International Court of Justice, List of all cases, <https://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases/culmination/asc>, 28. 9. 2022.

Specifičnost slučaja *Gabcikovo-Nagymaros project* (Hungary & Slovakia)²⁹ ogleda se u tome što je predmet spora vezan za projekat, čija realizacija može da izazove značajne posledice na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu. Ovaj spor pokrenut je povodom realizacije projekta izgradnje brane Gabčikovo-Nadžmaroš između Mađarske i Slovačke. Nakon što je Mađarska pokušala 1992. godine da raskine ugovor o izgradnji brane, zbog bojazni od štetnog uticaja projekta, obe strane dogovorile su se da svoj spor prenesu na Međunarodni sud pravde u Hag. Mađarska strana je tražila da sud presudi da zajednički ugovor iz 1977. nije obvezujući za Slovačku i Mađarsku. Sud je 1997. doneo odluku:

– Sud je pozvao obe države da pregovaraju u dobroj veri kako bi ispunile ciljeve Budimpeštanskog sporazuma iz 1977. godine, za koji je Sud proglasio da je još uvijek na snazi.

– Mađarska je prekršila njihove zakonske obaveze u gotovo svim tačkama. Naložio je Mađarskoj da završi deo vodovoda Nađmaroš.

– Čehoslovačka, a kasnije i Slovačka, imale su pravo na alternativno rešenje nakon što je Mađarska zaustavila rad.

– Slovačka je prekršila pravo da započne sa alternativnim privremenim rešenjem pre nego što je sud doneo presudu.

– Sudskom odlukom naloženo je svakoj strani da mora da nadoknadi drugoj strani štetu nastalu njenim ponašanjem.

Odluka suda je zasnovana na stavu da se zajednički režim mora obnoviti, pa je u cilju dostizanja ugovornih obaveza sud i ocenio da je neophodno da strane zajednički koriste podeljene vodne resurse. Nakon sudske presude obe strane su krenule sa realizacijom ugovora. Slovačka je tražila od Mađarske da realizuje izgradnju Nađmaroša, do čega ipak nije došlo usled odustanka Mađarske. Slovačka se 1998. ponovo obratila ICJ. Spor nije rešen više od 10 godina, pa je Slovačka 2017. godine zatražila od ICJ obustavu postupka.

Spor koji je vođen povodom aktivnosti s prekograničnim efektima na životnu sredinu u slučaju *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina & Uruguay)³⁰ (6. maj 2006), fokusiran je na aktivnosti vezane za izgradnju mlinova za celulozu na obali reke Uruguay blizu argentinskog grada Gualaguaychu. Argentina je tvrdila, između ostalog, da će ovi mlinovi, „oštetiti okolinu reke Uruguay i područje zone uticaja, pogađajući veliki deo lokalnog stanovništva značajnim rizicima zagađenja

²⁹ Gabcikovo-Nagymaros Project (Hung./Slov.), 1997 I. C. J. 7 (Sept. 25), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/92/7377.pdf>, 28. 9. 2022.

³⁰ Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Uru.) (Application of May 4, 2006), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/135/10779.pdf>, 28. 9. 2022.

reke, pogoršanja biodiverziteta, štetnim uticajima na zdravlje i oštećenjem ribljih resursa, i izuzetno ozbiljnim posledicama po turizam i druge ekonomske interese“. Ovaj spor je pokrenut zbog kršenja statuta reke Urugvaj od 26. februara 1975, kao i drugih pravila međunarodnog prava na koji se ovaj statut odnosi, uključujući „obavezu da se preduzimaju sve potrebne mere za optimalnu i racionalnu upotrebu reke Urugvaj, obavezu preduzimanja svih neophodnih mera da se sačuvaju vodeni sistemi i spreči zagađenje i obavezu zaštite biodiverziteta i ribarstva, uključujući i obavezu pripreme sveobuhvatne i objektivne studije uticaja na životnu sredinu i obavezu saradnje u prevenciji zagađenja i zaštiti biodiverziteta i ribarstva“. Obe strane su zatražile privremene mere, koje je Sud odbacio u oba slučaja. Zaista, u svojoj prijavi Argentina je ukazala na to da: čl. 41 (A) Statuta iz 1975. godine nameće značajne obaveze: prvo, „da Urugvaj treba da spreči zagađenje“ i drugo da Urugvaj propisuje mere „u skladu sa važećim međunarodnim standardima“... da su suštinske obaveze prema Statutu uključile „urugvajsku obavezu da ne izazove zagađenje životne sredine ili ekonomske gubitke, na primer turizmu“. Urugvajska strana je pripremila studiju uticaja na životnu sredinu za koju je potvrđeno da je prihvatljiva i da uključuje sve međunarodne standarde. U ovom slučaju Sud je presudio da, iako Urugvaj nije pre početka realizacije projekta prethodno obavestio Argentinu o aktivnostima izgradnje mlinova, do zagađivanja reke ipak nije došlo, pa bi zatvaranje mlina za celulozu bilo neopravdano.³¹

U sudskoj praksi ICJ uočena je i praksa spajanja sudskih postupaka. Tako su dva spora *Certain Activities Carried out by Nikaragva in the Border Area* (Costa Rica & Nikaragva) i *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua & Costa Rica),³² odlukom ICJ spojena u jedan predmet. Jedan je pokrenula Kostarika 2010. godine zbog izgradnje kanala i pregrađivanja reke San Huan u neposrednoj blizini teritorije, a drugi Nikaragva zbog izgradnje auto-puta u blizini granice i duž reke San Huan, što je po navodima tužbi bilo protivno pravilima o zaštiti životne sredine. U prvom sporu Sud je presudio da Nikaragva iskopavanjem kanala na teritoriji Kostarike nije prekršila nijednu obavezu proceduralnog karaktera. To znači da nije bila u obavezi da prethodno obavesti drugu stranu o nameranim aktivnostima, da nije ni imala obavezu da sprovede prethodnu procenu uticaja njenih radova na životnu sredinu susedne države. Postojanje štete nije

³¹ Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Uru.), ¶ 4, 11, 33 (Summary of the Order of July 13, 2006), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/135/11237.pdf>, 28. 9. 2022.

³² *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua) and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I. C. J. 16 December 2015, 665, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/150/150-20151216-JUD-01-00-EN.pdf>, 29. 9. 2022.

dokazano, pa se Sud zaustavio na činjenici da tužilac nije uspeo to da dokaže. Istom presudom Sud je odlučio i o zahtevu Nikaragve zbog izgradnje auto-puta. S obzirom na to da izgradnja puta nosi rizik po životnu sredinu, Sud je utvrdio da je Kostarika prekršila obavezu proceduralnog karaktera koja se odnosi na prethodno obaveštavanje druge strane o aktivnostima koja mogu naneti prekograničnu štetu. Za akte koji su učinjeni na teritoriji jedne države sa posledicama na teritoriji druge, Sud nije našao povredu.³³

Postupajući po zahtevu Kostarike od 16. januara 2017. godine, ICJ je presudom od 2. februara 2018. godine³⁴ u slučaju *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Compensation Owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica)*, prvi put odlučivao o dosuđivanju naknade za ekološku štetu. Sud je konstatovao da međunarodno pravo ne poznaje posebno pravilo o metodu utvrđivanja visine i obeštećenja za ekološku štetu i da svaki zahtev iziskuje ispitivanje posebnih okolnosti slučaja. Sud se opredelio za integrativni pristup dosuđivanja naknade. Osnov za dosuđivanje naknade za ekološku štetu, na osnovu načela pravičnosti i razumnosti, Sud je vezao za donetu arbitražnu odluku u slučaju *Trail Smelter*, po kojoj „kada je šteta sama po sebi takve prirode da je nemoguće sa sigurnošću utvrditi iznos obeštećenja, bilo bi protivno osnovnim načelima pravde uskratiti naknadu oštećenim licima i tako osloboditi prekršioca od obaveze da se iskupi za svoja dela“.³⁵ Sud je dosudio iznos od 120.000 USD za devastaciju ekološki zaštićenog područja bez obrazloženja zašto se opredelio za navedeni, po svemu sudeći skroman iznos, a upućujući na načelo razumnosti i pravičnosti.

Međunarodna jurisprudencija je pokazala da je krivično gonjenje ekološke štete prouzrokovane tokom rata problematičnije nego krivično gonjenje ekološke štete prouzrokovane u miru. Možda jedini slučaj odgovornosti države za štetu po životnu sredinu tokom rata jeste primer Iraka, koji je Rezolucijom Saveta bezbednosti UN 687 (1991) prepoznat kao odgovoran za štetu prouzrokovanu invazijom na Kuvajt. U skladu sa odredbom st. 16 ove rezolucije, Irak je odgovoran prema međunarodnom pravu za svaki direktan gubitak i štetu, uključujući štetu po

³³ James Harrison, „Significant International Environmental Law Cases: 2017–18“, *Journal of Environmental Law*, 30, 2018, 527–541.

³⁴ ICJ, *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Compensation Owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica)* (Certain Activities Case (Compensation)), Judgment of 2 February 2018, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/150/150-20180202-JUD-01-00-EN.pdf>, 29. 9. 2022.

³⁵ *Trail Smelter case* (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, United Nations, Reports of International Arbitral Awards (RIAA), Vol. III, 1905, 920.

životnu sredinu i iscrpljivanje prirodnih resursa.³⁶ Žalbe, uključujući i žalbe na štetu po životnu sredinu, rešavala je Komisija za obeštećenje UN, osnovana u skladu sa Rezolucijom 687 Saveta bezbednosti UN (1991). Šteta po životnu sredinu se nadoknađuje ako je direktna posledica invazije bez obzira na to da li je privremena ili trajna. Komisija je završila razmatranje svih pritužbi (od 168 pritužbi udovoljeno 109). Komisija je dodelila za isplatu kompenzaciju od samo 6 milijardi dolara iz posebno kreiranog fonda.³⁷

Kod procene štete pričinjene životnoj sredini usled ratnih neprijateljstava neophodno je poći od određenih teorijskih i metodoloških pretpostavki:

– da se šteta za životnu sredinu teško može kvantifikovati sa ekonomskog stanovišta, jer podrazumeva: a) direktne troškove zagađenja i b) troškove restauracije okruženja.

– da zagađenje životne sredine uzrokuje dugoročne i kratkoročne zdravstvene posledice, što rezultira mnogim metodološkim i etičkim pitanjima, kao što su: a) kolika je vrednost ljudskog života; b) kolika je vrednost izgubljenih plata u toku ljudskog života i izgubljenog doprinosa BDP-u; c) koliko su veliki troškovi obrazovanja, lečenja i drugih oblika socijalne zaštite.

Procena ekonomske štete vrši se primenom objektivno uslovljenih procena, koje se primenjuju tamo gde ne postoji precizna ekonomska procena specifičnih gubitaka; na primer, precizna tržišna cena određenih gubitaka. Stoga je jedno od ključnih pitanja koje se može postaviti, kako pristupiti troškovima povezanim sa biološkom raznolikošću, uništavanjem retkih biljnih vrsta i životinjskih vrsta, razaranjem nacionalnih parkova i drugih okruženja važnih za ljudski život, ali i za turizam i lokalnu ekonomiju.

Kada govorimo o sporovima pred Međunarodnim krivičnim sudom (u daljem tekstu: ICC) nesporno je da je njegova nadležnost ograničena na ozbiljne međunarodne zločine protiv mira (genocid, zločin protiv čovečnosti, ratni zločin, zločini protiv agresije). Čl. 6–8 Statuta Rima nudi sveobuhvatnu listu primenljivih akata.³⁸ Međutim, pitanje šta je „široko rasprostranjeno ili sistematično“ važno je za prepoznavanje *zločina protiv čovečnosti*. Ovaj element se obično vezuje za napad

³⁶ Resolution 687 (1991) adopted by Security Council at its 2981st. meeting on 3. April 1991, <https://www.un.org/Depts/unmovic/documents/687.pdf>, 28. 9. 2022.

³⁷ United Nations Compensation Commission, Post-Conflict Environmental Restoration: The UNCC Follow-Up Programme for Environmental Awards, 2013, 14, https://uncc.ch/sites/default/files/attachments/Publication_Final%20-%201523671_E_Web.pdf, 28. 9. 2022.

³⁸ Rome Statute of the International Criminal Court, International Criminal Court, 2011, Article 5, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>, 29. 9. 2022.

koji treba da bude ili široko rasprostranjen ili sistematski. Uslovi „široko rasprostranjeni“ ili „sistematski“ ne odnose se na pojedinačna dela – kao što su ubistvo ili progon – već na napad u celini. „Široko rasprostranjeni“ se odnosi na broj žrtava ili geografski obim. Treba da bude masovno, učestalo, ozbiljno sprovedeno i usmereno protiv mnoštva žrtava. Takođe, može značiti napad koji se vrši preko malog ili velikog geografskog područja, ali bilo koji način usmeren protiv velikog broja civila. Alternativno, „sistematski“ se odnosi na organizovanu prirodu nasilja i neverovatnost njegove slučajne pojave. Sistematska priroda napada se „često može izraziti kroz obrasce zločina, u smislu nečasnog ponavljanja sličnog krivičnog ponašanja na regularnoj osnovi“.

Ratni zločin je definisan kao ponašanje koje se sastoji u ozbiljnom kršenju zakona tokom rata – bilo da je reč o međunarodnom sukobu ili ne. Uključuje niz ponašanja, od mučenja i uzimanja taoca radi namernog pljačkanja, kao i napade na civile. Čl. 8. Rimskog statuta nudi sveobuhvatnu listu primenjivih akata. Iako zločin protiv životne sredine – ekocid nije regulisan kao poseban zločin u Rimskom statutu, spominje se u čl. 8 (2) (b) (iv) kao deo ratnog zločina.³⁹ Prema ovoj odredbi, zločin je „međunarodno pokretanje napada znajući da će takav napad izazvati slučajni gubitak života ili povrede civila ili oštećenja civilnih objekata ili široko rasprostranjeno, dugoročno i teško oštećenje prirodnog okruženja, koje bi bilo izrazito preterano u odnosu na konkretnu i direktnu sveukupnu vojnu prednost“.

Međutim, kritičari se raspravljaju oko toga da je ova odredba veoma teško primenjiva u praksi, pa određeni elementi i teret njihovog dokazivanja postaju veoma upitni.⁴⁰ Prvo, s obzirom na to da ne postoji definicija koja precizno određuje „rasprostranjenost, dugoročnost i ozbiljnost“ posledice, reč je o subjektivnom elementu. Takođe, ovaj kumulativni standard gotovo je nemoguće ispuniti. Drugo, postojanje ravnoteže između oštećenja životne sredine i predviđene vojne prednosti takođe je subjektivan element. Treće, bilo bi teško dokazati da je počinitelj nameiravao da ošteti životnu sredinu i da to nije bila kolateralna šteta. Četvrto, odredba se odnosi samo na međunarodne oružane sukobe, dok se većina krivičnih dela koja imaju elemente ekocida izvršavaju u toku mira (npr. industrijske aktivnosti).

³⁹ Gordana Petković, „Ekocid – pravni i moralni aspekti“, *Pravni život*, broj 9, Tom I, Beograd, 2012, 593–398. Elementi bića krivičnog dela ekocid detaljno su dati u predlozima za uvođenje petog krivičnog dela u Rimskom statutu. V. Polly Higgins, *Earth is Our Business: Changing the rules of the Game*, Shephard-Walwin, London, 2012, 160; Liana Georgieva Minkova, „The Fifth International Crime: Reflections of the definition ‘Ecocides’“, *Journal of Genocide Research*, 2021, 89.

⁴⁰ Jessica C. Lawrence, Kevin Jon Heller, „The limits of article 8(2)(b)(iv) of the Rome statute, The first ecocentric environmental war crime“, *Georgetown International Environmental Review*, Vol. 20, Washington, April 2007, 12–23.

Upravo iz tih razloga uvođenje ekocida kao petog krivičnog dela kroz izmene Rimskog statuta zahteva veliki napor međunarodne zajednice, naučno-stručne javnosti i država ka reformi međunarodnog sudskog sistema, koja bi u svojoj osnovi obuhvatala ne samo konsenzus u pogledu inkriminacije ekocida kao međunarodnog zločina već i reforme u pravcu osnivanja Međunarodnog suda za životnu sredinu, koji bi bio institucionalna potpora reforme pravosudnog sistema.

REFORMA PRAVOSUDNOG SISTEMA U FUNKCIJI EKOLOŠKE PRAVDE

Pored toga što postoje institucionalni mehanizmi za rešavanje sporova koji proizilaze iz međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine, sve češće se postavlja pitanje da li su oni dovoljni i efikasni. Postojeća sudska praksa sve više ukazuje na to da su nedovoljno razvijeni i neprimenjivi. Stoga ideja o osnivanju Međunarodnog suda za životnu sredinu nije nova i prati razvoj međunarodne svesti o pitanjima životne sredine, a naročito posledicama klimatskih promena na životnu sredinu i potrebu za efikasnijim međunarodnim i nacionalnim sistemima za rešavanje sporova u vezi sa životnom sredinom. Prva preporuka za osnivanje ovog suda potekla je na Međunarodnom kongresu o efikasnije međunarodnom pravu životne sredine i uspostavljanju Međunarodnog suda za životnu sredinu (Rim, Italija, 21–24. april 1989).⁴¹

Mnogo kasnije, ova ideja prećutno je istaknuta na Konferenciji Ujedinjenih nacija o održivom razvoju 2012. i izričito podržana na Svetskom kongresu o pravosuđu, upravljanju i pravu za održivost životne sredine 2012. godine.⁴²

U naučno-stručnoj javnosti ova ideja je dobila svoju potporu prilikom razmatranja potrebe i opravdanosti, kao i institucionalnog oblika, organizacije i funkcionisanja takvog suda.⁴³ Prema autorima Ričiz (Riches) i Brus (Bruce) evidentno je da na međunarodnom nivou ne postoji telo koje ima ekskluzivnu nadležnost ili

⁴¹ Amedeo Postiglione, „A More Efficient International Law on the Environment and Setting Up an International Court for the Environment Within the United Nations“, *Environmental Law*, Vol. 20. No. 2, Lewis & Clark Law School, 1990, 321.

⁴² Stephen Hockman, Stuart A. Bruce, „The call for an International Court for the Environment“, *Law and Development: In Focus*, Advocates for International Development – Lawyers Eradicating Poverty, Iss. 2, November 2012, 7.

⁴³ Philip Riches, Stuart A. Bruce, „Building an International Court for the Environment: A Conceptual Blueprint“, *Governance and Sustainability Issue*, Brief Series 7, Center for Governance and Sustainability John W. McCormack Graduate School of Policy and Global Studies University of Massachusetts Boston, February 2013, 2–5. www.umb.edu/cgs/, 30. 9. 2022.

subjekat specijalizovan za rešavanje sporova u oblasti zaštite životne sredine. Iako je 1993. godine ICJ formirao Komitet za pitanja životne sredine, on je prestao sa radom 2006. godine. U sistemu UN postoji samo specijalizovani Međunarodni tribunal za pravo mora, koji se bavi usko specijalizovanim sporovima iz te oblasti.

Jedan od problema jeste i neadekvatno naučno-stručno znanje sudova, odnosno tribunala u pitanjima zaštite životne sredine. Iako ICJ može da pozove naučnike i tehničke savetnike u rešavanju sporova, praksa tog suda je pokazala da je to propušteno u slučaju *Pulp Mills*. Takođe, pristup sudovima dozvoljen je samo državama članicama koje su nosioci međunarodnog pravnog subjektiviteta, ali nije dozvoljen drugim nedržavnim akterima, uključujući pravna i fizička lica koja doprinose globalnom zagađenju životne sredine (vazduh, voda, upravljanje otpadom), kao i predstavnike civilnog društva. Ovaj nedostatak je istaknut u sporu 1997. *Gabcikovo-Nagymaros*. Međutim, na regionalnom planu postoji napredak u okviru UNECE Arhuske konvencije koja uređuje i obezbeđuje pristup pravdi u pitanjima životne sredine u okviru regiona koji pokriva, odnosno članica te konvencije.⁴⁴

U osnovi ovaj sud bi mogao biti formiran kao neformalni tribunal ili formalno kao nezavisni i specijalizovani sud za rešavanje pitanja zaštite životne sredine. Ciljevi formiranja suda bili bi usmereni pre svega na: (1) pravno tumačenje i utvrđivanje pravnih obaveza strana u sporu, (2) olakšavanje harmonizacije i usklađivanja postojećih zakonodavnih i pravosudnih sistema, (3) omogućavanje pristupa pravosuđu širokom spektru aktera kroz otvorena stalna pravila, (4) obezbeđivanje delotvornih rešenja za moderne probleme životne sredine, (5) jačanje poverenja međunarodne zajednice u ekološku pravdu. Otvoreno je pitanje nadležnosti suda (ekskluzivna ili neekskluzivna), primene prava (međunarodno, regionalno, nacionalno ili kombinacija), prirode odluke suda (deklaracija, kazna i sankcija za restauraciju, odnosno sanaciju štete), finansiranja (države članice, UN kontribucije i grantovi korporacija), načina konstituisanja i funkcionisanja, o čemu države treba da postignu saglasnost.⁴⁵

Punu stručnu podršku osnivanju suda za životnu sredinu daje ICE Koalicija za uspostavljanje Međunarodnog suda za životnu sredinu (ICE Coalition for Creating the International Court for the Environment), koju čine eminentni stručnjaci u oblasti životne sredine, prava, biznisa, akademije i nevladinih organizacija.⁴⁶ Prema mišljenju ICE-la Stalni arbitražni sud za sada najbolje funkcioniše kada su

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ V. detaljnije: Coalition for Creating the International Court for the Environment. <http://www.icecoalition.org/>.

u pitanju sporovi u oblasti zaštite životne sredine, što zahteva detaljnu elaboraciju. Evropski sud za ljudska prava ima značajnu sudsku praksu sporova u oblasti životne sredine, ali u osnovi je regionalni sud za ljudska prava. Međunarodni krivični sud (ICC) predložen je kao idealno mesto za rešavanje zločina ekocida. Međutim, ICE Koalicija sumnja da će Međunarodni sud za životnu sredinu imati veći broj slučajeva ekocida nego ICC, ali smatra da bi, podjednako, ako ne i više, bio sposoban da se bavi slučajevima oštećenja životne sredine tako značajno dok ne postignu status ekocida.

ZAKLJUČAK

Prilikom ocene odnosa međunarodnog i nacionalnog prava životne sredine ključno pitanje je kakvi sistemi kontrole usaglašenosti na međunarodnom nivou postoje, da li je taj sistem takav da može oceniti usklađenost zakonodavno-pravnih mera za primenu međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine. Postojanje i uvećavanje tih sistema na međunarodnom planu ukazuje na metodološke teškoće ocene primene međunarodnih ugovora, koje zahtevaju dodatno istraživanje, a koje bi se mogle prevazići unapređivanjem postojećih mehanizama praćenja usklađenosti, posebno uvođenjem sinergije u implementaciji međunarodnih ugovora, ujednačavanjem izveštavanja i kreiranjem efikasnih međunarodnih institucionalnih aranžmana.

Pravosudni sistem je krucijalni partner u procesu odlučivanja u oblasti životne sredine, a naročito u tumačenju i primeni međunarodnih ugovora. Nezavisno sudstvo i sudski proces od vitalnog su značaja za implementaciju, razvoj i obezbeđenje poštovanja prava životne sredine. Stanje jurisprudencije međunarodnih sudova ukazuje na neznatan broj sudskih slučajeva, nedovoljno naučno-stručno znanje i razvijenu sudsku praksu pred Međunarodnim sudom pravde. Teorija i praksa pokazuju da je krivično gonjenje ekološke štete prouzrokovane tokom rata problematičnije nego krivično gonjenje ekološke štete prouzrokovane u miru. Rešavanje sporova u oblasti životne sredine pred Međunarodnim krivičnim sudom zahteva jasnu definiciju pojma ekocida uključivanjem ovog dela u Rimski statut, kao petog međunarodnog krivičnog dela. Međunarodno pravo ne poznaje pravilo o metodi utvrđivanja visine i obeštećenja za ekološku štetu, što je problem kod utvrđivanja ekološke štete usled ratnih neprijateljstava, bez adekvatne propisane metodologije.

Takođe, ne postoji međunarodni nezavisan i specijalizovan sud za sporove u oblasti životne sredine. S obzirom na to da su postojeći sudovi nedovoljno razvijeni i neefikasni za rešavanje sporova u oblasti životne sredine, nameće se potreba za

reformom pravosudnog sistema kroz razmatranje opravdanosti osnivanja takvog suda, prednosti i nedostataka njegovog osnivanja, nadležnosti, organizacije i funkcionisanja, a koja bi bila u funkciji ostvarivanja ekološke pravde kako na međunarodnom, tako i nacionalnom planu.

GORDANA PETKOVIĆ, LL.M.,
Agency for Environmental Consulting ECOLIBRA, Belgrade

IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL AGREEMENTS AND SETTLEMENT OF DISPUTES IN THE FIELD OF ENVIRONMENTAL PROTECTION

Summary

The subject of this paper is to consider key issues of monitoring the implementation of international environmental law through the monitoring of compliance mechanism with international environmental agreements. The focus of this research is on the existing judicial mechanisms for the implementation of international agreements in the field of environment, through the International Court of Justice and the International Criminal Court, and in particular the resolving compensation of environmental damage, both in peace and in war conditions. Special emphasis is given to the need to establish an international court for resolving of environmental protection global issues, consider the objectives whose exercise should ensure such a court, composition and application of the law, advantage and disadvantages of its establishment, as well as relations with other existing international courts. Research of the implementation of international environmental agreements, judicial practice in assesment of environmental damage, resulting in appropriate conclusions on the assessment of the situation, need to reform the judicial system through the establishment of a special international court for the environment, and thus provides a significant contribution to the development and functioning of the judicial system and achieving environmental justice.

Key words: Environment, International Agreements, settlement of disputes

Literatura

- Anderson W., „Domestic Programs for Implementing Multilateral Environmental Agreements: Establishing MEA Implementation Mechanisms“, Proceedings of the Sixth International Conference on Environmental Compliance and Enforcement, Vol. 1 (INECE 2002).
- Boyle E. A., „Saving the World? Implementation and Enforcement of International Environmental Law through International Institutions“, *Journal of Environmental Law*, Vol. 3, No. 2, 1992.
- Dunoff J., „Institutional Misfits: The GATT, the ICJ & Trade – Environment Disputes“, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 15, 1994, 1043.

- Environmental Rule of Law, First Global Report, UN Environment, January, 2019.
- Georgieva Minkova L., „The Fifth International Crime: Reflections of the definition ‘Ecocide’“, *Journal of Genocide Research*, 2021.
- Global Environmental Outlook GEO 6, Healthy Planet, Healthy People, United Nations Environment Programme, 2019.
- Harrison J., „Significant International Environmental Law Cases: 2017–18“, *Journal of Environmental Law*, 2018.
- Higgins P., *Earth is Our Business: Changing the rules of the Game*, Shephard-Walwin, London, 2012.
- Hockman S., Bruce A. S., „The call for an International Court for the Environment“, *Law and Development: In Focus*, Advocates for International Development – Lawyers Eradicating Poverty, Iss. 2, November 2012.
- Lawrence C. J., Heller J. K., „The limits of article 8(2)(b)(iv) of the Rome statute, The first ecocentric environmental war crime“, *Georgetown International Environmental Review*, Vol. 20, Washington, April 2007.
- Pauwelyn J., „Judicial mechanismst: Is there a need for World Environmental Court?“, *Reforming International Environmental Governance: From Institutional Limits to Inovative reforms*, United Nations University, New York 2005.
- Petković G., „Ekocid – pravni i moralni aspekti“, *Pravni život*, broj 9, Tom I, Beograd, 2012.
- Petković G., „Odgovornost za primenu propisa u oblasti zaštite životne sredine“, *Pravni život*, Beograd, broj 9, Tom I, 2011.
- Postiglione A., „A More Efficient International Law on the Environment and Setting Up an International Court for the Environment Within the United Nations“, *Environmental Law*, Lewis & Clark Law School, Vol. 20, No.2, 1990.
- Prunella C., „An international environmental law case study: The Trail Smelter Arbitration“, *International Pollution Issues*, New York, 2014.
- Rakhuyn K., „The emergent network structure of the multilateral environmental agreement system“, *Global Environmental Change*, 23(5), 2013.
- Raustalia K., „The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law“, *Making Law Work: Environmental Compliance & Sustainable Development*, Durwood Zaelke et al., Vol. 2, Cameron, May 2005.
- Register of International Treaties and Other Agreements in the field of Environment, United Nations Environment Programme, Nairobi, 2005.
- Riches P., Bruce A. S., „Building an International Court for the Environment: A Conceptual Blueprint“, *Governance and Sustainability Issue*, Brief Series 7, Center for Governance and Sustainability John W. McCormack Graduate School of Policy and Global Studies University of Massachusetts Boston, February 2013.
- Rose G., *Gaps in the Implementation of Environmental Law at the National, Regional and Global Level*, Kuala Lumpur, Malaysia, UNEP, 2001.

UNEP Governing Council's (GC) Decision on advancing justice, governance and law for environmental sustainability, 27/9, February 2013.

UNEP: Guidelines on Compliance with and Enforcement of Multilateral Environmental Agreements (Part 1), Nairobi 2003.

United Nations Compensation Commission, *Post-Conflict Environmental Restoration: The UNCC Follow-Up Programme for Environmental Awards*, 2013.

Vukasović V., *Zaštita i unapređenje čovekove sredine – međunarodnopravno regulisanje*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1980.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MIRJANA DRENOVAK-IVANOVIĆ

UTICAJ MIŠLJENJA EVROPSKE KOMISIJE U POSTUPCIMA POKRENUTIM ZBOG POVREDE PRAVA EVROPSKE UNIJE NA SPROVOĐENJE PRAVNIH TEKOVINA U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE U SRBIJI

*Značajan broj postupaka koje je Evropska komisija pokrenula zbog povrede prava EU tokom 2021. godine, odnosi se na oblast zaštite životne sredine i klimatskih promena. Kako bi postupak prenošenja ekološkog *acquis*-ja doveo do formiranja regulatornog okvira koji stvara osnovu za praktičnu primenu i izvršenje obaveza koje proizilaze iz članstva u EU, u pripremi nacрта propisa u oblasti životne sredine i klimatskih promena, čije je usvajanje planirano Nacionalnim programom za usvajanje pravnih tekovina EU za period 2022–2025, bi trebalo imati u vidu i obrazložena mišljenja Evropske komisije o nedostacima u prenošenju odredaba direktiva ili primeni rešenja za korigovanje mogućeg slučaja povrede prava EU. U radu se ukazuje na osnove obrazloženih mišljenja Evropske komisije u postupcima koje je Evropska komisija pokrenula tokom 2021. godine i njihov uticaj na sprovođenje pravnih tekovina EU u oblasti zaštite životne sredine i klimatskih promena.*

*Ključne reči: postupci zbog povrede prava EU, ekološki *acquis*, obrazložena mišljenja Evropske komisije*

U V O D

Oktobra 2022. godine, Evropska komisija je predstavila godišnji Izveštaj o napretku Srbije, sumirajući napredak u evropskim integracijama u periodu od juna 2021. godine do septembra 2022. godine. Saglasno revidiranoj metodologiji

Prof. dr Mirjana Drenovak-Ivanović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *Jean Monnet Chair in European Environmental Law*, e-mail: mirjana.drenovak@ius.bg.ac.rs.

proširenja EU (2020)¹ i principima pregovora o članstvu Srbije i EU (2021)² ovogodišnji izveštaj sadrži ocenu o napretku u evropskim integracijama u svakom od šest klastera i u 35 poglavlja o kojima se vode pregovori. U poređenju sa ostalim oblastima koje su predmet usaglašavanja prava Srbije sa pravom EU, izvori koji čine pravne tekovine EU u oblasti zaštite životne sredine (ekološki *acquis*) su najbrojniji. Stoga i Klaster IV Zelena agenda i održiva povezanost, kao okvir zelene tranzicije koji obuhvata pitanja od značaja za harmonizaciju sa pravnim tekovinama u oblasti zaštite životne sredini i klimatskim promenama (Poglavlje 27), energetike (Poglavlje 15), transporta (Poglavlje 14) i transevropskih mrežama (Poglavlje 21), po broju izvora u odnosu na koje se prati tok prenošenja i primene, značajno prevazilazi ostale klastere.

Predmet analize na osnovu koje se iznosi ocena u Izveštaju o napretku čini tok prenošenja ekološkog *acquis*-ja i tok njegove primene. Obaveza je država članica EU da domaće pravo usklađuju sa pravnim tekovinama Evropske unije. Saglasno Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju između EU i Srbije, Srbija je preuzela obavezu da unutrašnje zakonodavstvo usaglasi sa pravnim tekovinama EU kako bi u trenutku stupanja u članstvo EU celokupno zakonodavstvo EU stupilo na snagu. U oblasti zaštite životne sredine i klimatskih promena, usklađivanje podrazumeva, najpre, prenošenje ekološkog *acquis*-ja, usvajanjem ili izmenom zakona i podzakonskih akata. U prenošenju *acquis*-ja države članice i države kandidatkinje imaju diskreciono pravo da u prenošenju ekološkog *acquis*-ja odaberu institute unutrašnjeg prava kojima se vrši prenošenje.³ Diskreciono pravo je ograničeno opštim načelima prava EU. Usklađivanje, dalje, obuhvata praktičnu primenu ekološkog *acquis*-ja, što se postiže uspostavljanjem institucionalnog okvira sa adekvatnim administrativnim kapacitetom i stabilnog izvora finansiranja sprovođenja zakona i podzakonskih akata. Usklađivanje, najzad, obuhvata uspostavljanje sistema kontrole i pravne zaštite kako bi se obezbedila potpuna i pravilna primena ekološkog *acquis*-ja. U oblasti zaštite životne sredine i klimatskih promena uočavamo značajan broj Direktiva kojima se propisuju obaveze sa složenim tehničkim uputstvima i čija primena zahteva period upoznavanja, promenu tehnologije ili značajna ulaganja.⁴ Zbog toga nisu retki primeri u kojima dolazi do raskoraka između trenutka prenošenja

¹ A Credible Enlargement Perspective for and Enhanced EU Engagement with the Western Balkans, COM(2020) 57 final.

² Non-paper Implementation of the new methodology to Montenegro and Serbia, Brussel, March 2021.

³ Orla Kelleher, „Systemic climate change litigation, standing rules and the Aarhus Convention: a purposive approach“, *Journal of Environmental Law*, Vol. 34, No. 1, 2022, 107–134.

⁴ Sanja Bogojevic, M. Drenovak-Ivanovic, „Environmental Protection Through the Prism of Enlargement: Time for Reflection“, *Common Market Law Review*, Vol. 56, No. 4, 2019, 949–977.

i trenutka sprovođenja ekološkog *acquis*-ja.⁵ Takvo razilaženje može imati pravne posledice, najpre, po države članice. Ako prenošenje i sprovođenje nije izvršeno u okviru rokova propisanih Direktivom koja otvara mogućnost za prelazni period, ili ako nije izvršeno nakon stupanja na snagu Direktive koja takvu mogućnost ne propisuje, država članica čini povredu prava EU. U tom slučaju, Evropska Komisija i svaka država članica mogu protiv države članice koja ne postupa u skladu sa obavezama koje proizilaze iz prava EU da pokrene postupak zbog povrede prava EU (*infringement proceeding*). Analiza postupaka zbog povrede prava EU pokazuje da je značajan broj pokrenutih postupaka u vezi sa potencijalnom povredom ekološkog *acquis*-ja, kao i to da finansijske sankcije koje pogađaju državu članicu imaju najveće iznose u slučajevima koji se odnose na povredu ekološkog *acquis*-ja.⁶

Države kandidatkinje za članstvo u EU imaju obavezu da prenesu ekološki *acquis* i omoguće njegovu primenu u trenutku stupanja u članstvo EU. Specifičnost pregovaranja o članstvu u EU u oblasti zaštite životne sredine i klimatskih promena nalazimo i u mogućnosti da država kandidatkinja zatraži prelazni period, kao dodatni period od stupanja u članstvo u koji joj je ostavljen za praktičnu primenu i sprovođenje određenih, u pregovorima jasno definisanih, obaveza koje proizilaze iz Direktiva EU.⁷ Raskorak između prenošenja i sprovođenja pravnih tekovina EU u oblasti zaštite životne sredine po prvi put je uočen u Izveštaju o napretku iz 2012. godine. Tada je izneta ocena o tome da su osnove Direktive o proceni uticaja određenih javnih i privatnih projekata na životnu sredinu u potpunosti prenete kroz Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu, Zakon o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu i ostale izvore horizontalnog ekološkog prava i prateće podzakonske akte, ali da je potrebno posvetiti posebnu pažnju sprovođenju pravila o učešću javnosti i kvalitetu javnih rasprava u procesu donošenja odluka,⁸ kao i o primeni pravila od značaja za „procesu konsultacija javnosti i kvalitetu dijaloga sa NVO“.⁹

⁵ Melanie Smith, „Challenges in the implementation of EU Law at national level“, European Parliament, Brussels, 2018, 1–12, <https://data.europa.eu/doi/10.2861/192660>.

⁶ Melita Carević, „Caught on the Radar of the European Commission: Croatian Experiences with the Infringement Procedure“, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 17, No. 1, 2021, 279–305. „General Statistical overview, Accompanying the document Report from the Commission, Monitoring the application of European Union law“, *2021 Annual Report*, {COM(2022) 344 final}, 22.

⁷ Natalia Cuglešan, „Romania and Post-accession Compliance with EU Environmental Policy“, *Europeanization of Environmental Policies and their Limitations*, Springer, Cham, 2021, 151–164.

⁸ Izveštaj o napretku Republike Srbije za 2014. godinu, Brisel 8. oktobar 2014 SEC (2014) 332, 99.

⁹ Izveštaj o napretku Republike Srbije za 2012. godinu, Brisel 10. oktobar 2010 SEC (2012) 333, 78.

Deset godina kasnije, izostanak analize uzroka loše prakse i odlaganje izmene postojećih uz usvajanje novih zakona koji čine okvir za postupke u kojima se (zainteresovana) javnost uključuje u donošenje ekoloških odluka doveli su do toga da su nedostaci u sprovođenju pravnih tekovina EU uočljivi. U aktuelnom Izveštaju o napretku Srbije se ukazuje na to da zakonodavstvo u oblasti procene uticaja na životnu sredinu i strateške procene uticaja na životnu sredinu treba dalje usklađivati sa ekološkim *acquis*-jem, što podrazumeva praćenje dobrih i loših primera prakse kako bi se otklonili nedostaci u postojećim pravilima procesnog prava. Neusaglašenost zakona koji uređuju prostorno planiranje i izgradnju i zakona koji uređuje postupak procene uticaja na životnu sredinu nije prevaziđena, iako se na nju ukazuje još u analizama i ocenama koje su predstavljene u Izveštaju o napretku Srbije 2014. godine.¹⁰ Niz otvorenih pitanja vezuje se i za postupke strateške procene uticaja na životnu sredinu, imajući u vidu to da je uočena nedoslednost u postupcima strateške procene uticaja planova i programa koji predstavljaju okvir za aktivnosti navedene u Direktivi o proceni uticaja određenih javnih i privatnih projekata na životnu sredinu. Navedeni nedostaci u postupku konsultacija javnosti u više navrata su doveli do nekvalitetnog dijaloga sa NVO i neadekvatnog uključivanja javnosti u javne rasprave u procesu donošenja strateških i planskih dokumenata,¹¹ što je dovelo i do odluke Vlade Srbije da februara 2022. godine, nakon ekoloških protesta, ukine uredbu i prostorni plan područja posebne namene za realizaciju projekta eksploatacije i prerade minerala jadarit.¹²

Kako je reč o institutima kod čijeg prenošenja, primene i sprovođenja uočavamo različitu dinamiku, u radu ukazujemo na osnove postupaka u kojima se utvrđuje da li država članica EU ispunjava obaveze koje proizilaze iz prava EU ili ne. U drugom delu rada se analizira novija praksa Suda pravde Evropske unije (dalje: Evropskog suda) u vezi sa utvrđivanjem usaglašenosti prava država članica sa ekološkim *acquis*-jem. U zaključnom razmatranju se na osnovu iznetih analiza upućuju preporuke o toku prenošenja, primene i sprovođenja ekološkog *acquis*-ja koje bi trebalo da, još u vreme pristupnih pregovora, stvore stabilnu osnovu,

¹⁰ Izveštaj o napretku Republike Srbije za 2014. godinu, Brisel 8. oktobar 2014 SEC (2014) 332, 99-100.

¹¹ Izveštaj o napretku Republike Srbije za 2020. godinu, Brisel 6. oktobar 2020 SWD (2020) 352, 115-116. Mariolina Eliantonio, „The role of NGOs in environmental implementation conflicts: 'stuck in the middle' between infringement proceedings and preliminary rulings?“, *Journal of European Integration*, Vol. 40, No. 6, 2018, 753-767.

¹² Mirjana Drenovak-Ivanović, „Pravni okvir zaštite životne sredine u projektu 'Jadar 6'“, *Zbornik radova sa naučno-stručnog skupa Projekat 'Jadar' – šta je poznato?* (ur. V. Stevanović, B. Šolaja, V. Radmilović), Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd, 2021, 71-83.

te preduprede ili svedu na najmanji mogući broj postupke zbog povrede prava EU, nakon sticanja statusa države članice.

OSNOVE ZA UTVRĐIVANJE ODGOVORNOSTI DRŽAVE ČLANICE ZBOG POVREDE PRAVA EVROPSKE UNIJE

Države članice EU imaju obavezu da domaće zakonodavstvo usklade sa standardima EU i da uspostave pravni okvir koji pruža osnovu za primenu pravnih tekovina EU. Stoga do povrede prava EU može doći kako zbog toga što pravila Direktive nisu preneti u domaće pravo, tako i zbog toga što to nije učinjeno na pravilan način.¹³ Postupak je u nadležnosti Evropske Komisije koja, po sopstvenoj inicijativi ili pritužbi građana, pravnih lica ili druge države članice, inicijalno utvrđuje da li je došlo do povrede prava EU. U slučaju da utvrdi povredu, Evropska komisija pruža priliku državi članici da se o tome izjasni, nakon čega daje obrazloženo mišljenje o učinjenoj povredi i predlaže mere čija primena treba da dovede do prevazilaženja uočene povrede. Država članica je dužna da u ostavljenom roku, od najduže dva meseca, obavesti Evropsku komisiju o merama koje su preduzete. Reč je o postupku koji otvara mogućnost i za neformalnu komunikaciju između Evropske komisije i države članice i za fleksibilnost u pronalaženju načina na koji dolazi do primene prava EU, što dovodi do toga da se u najvećem broju slučajeva uspostavlja dobra saradnja.¹⁴ U ostalim slučajevima, Evropska komisija na raspolaganju ima mogućnost da predmet uputi Evropskom sudu. Evropska komisija, može da zatraži od Evropskog suda i da se odredi kazna za državu članicu koja Komisiju ne obavestava o tome da li su primenjene mere sprovođenja Direktive.

Utvrđi li da je do povrede prava EU došlo, Evropski sud u presudi nalaže mere za usklađivanje. U slučaju da država članica ne postupi ni po merama koje je odredio Evropski sud, Evropska komisija može da pokrene postupak pred Evropskim sudom sa zahtevom za određivanje novčane kazne. Kazna koju izriče Evropski sud obuhvata deo u paušalnom iznosu, a može da obuhvati i deo koji se utvrđuje kao kazna na dnevnom nivou, i računa za svaki dan perioda u kome postoji povreda prava EU.¹⁵ Za povredu ekološkog *acquis*-ja je posebno značajno to što se

¹³ Sanja Bogojević, „Judicial dialogue unpacked: Twenty years of preliminary references on environmental matters initiated by the Swedish judiciary“, *Journal of Environmental Law*, Vol. 29, No. 2, 2017, 263–283.

¹⁴ Andrew Jordan, Jale Tosun, „Policy implementation“, *Environmental Policy in the EU*, Routledge, 2012, 273–292.

¹⁵ „Communication from the Commission – Updating of data used to calculate lump sum and penalty payments to be proposed by the Commission to the Court of Justice of the European Union in infringement proceedings (2019/C 309/01)“, *OJ C 309*, 13. 9. 2019.

visina kazne utvrđuje na osnovu toga kakav efekat uočena povreda ima na opšte i posebne interese i koliko povreda traje. U obzir se uzima i mogućnost države članice da istu plati imajući u vidu svrhu koja se takvom kaznom postiže, što uključuje i procenu da li je država članica u prilici da istovremeno sa značajnim izdvajanjima za npr. sprovođenje infrastrukturnih projekata kojima se povreda može otkloniti izdvoji i sredstva za naplatu kazne.¹⁶

POVREDE PRAVA EU U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

U predmetima u kojima je Evropska komisija tokom 2021. i prvoj polovini 2022. godine pokrenula postupak zbog povrede prava EU u vezi sa životnom sredinom i klimatskim povredama nailazimo na oblasti i pitanja povodom kojih su i prethodnih godina vođeni postupci, ali i nova koja se otvaraju sa razvojem materijalnog ekološkog prava EU. U cilju boljeg prenošenja i primene ekološkog *acquis*-ja Evropska komisija je pripremila vodiče o primeni ekološkog *acquis*-ja u vezi sa postupkom procene uticaja na životnu sredinu,¹⁷ odgovornosti za štetu u životnoj sredini,¹⁸ mehanizmima finansijske podrške projektima u oblasti upravljanja kvalitetom voda,¹⁹ primeni pravnih tekovina u oblasti upravljanja otpadom i primeni Direktive o plastici za jednokratnu upotrebu,²⁰ zaštiti prirode,²¹ koji sa- drže i primere dobre prakse.

¹⁶ Upor. Yuanqing Chen, „Judicial Application of Punitive Damages for Ecological Environment Infringement in Civil Public Interest Litigation“, *Journal of Environmental and Public Health*, 2022, 1–9.

¹⁷ Commission notice regarding application of the Environmental Impact Assessment Directive (Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council, as amended by Directive 2014/52/EU) to changes and extension of projects – Annex I.24 and Annex II.13(a), including main concepts and principles related to these 2021/C 486/01, C/2021/8560, OJ C 486, 3 12. 2021, 1–19.

¹⁸ „Commission Notice Guidelines providing a common understanding of the term „environmental damage“ as defined in Article 2 of Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage 2021/C 118/01, C/2021/1860“, OJ C 118, 7. 4. 2021, 1–49.

¹⁹ Economic data related to the implementation of the Water Framework Directive and the Floods Directive and the financing of measures, Novembar 2021.

²⁰ „Commission notice – Commission guidelines on single-use plastic products in accordance with Directive (EU) 2019/904 of the European Parliament and of the Council on the reduction of the impact of certain plastic products on the environment“, OJ C 216, 7. 6. 2021, 1–46.

²¹ Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under Habitat Directive, Brussels, 12. 10. 2021, C(2021) 7301 final.

*Povreda prava EU u vezi sa postupkom procene uticaja
na životnu sredinu*

Evropska komisija je utvrdila niz nedostataka u litvanskom zakonodavstvu koja ukazuju na povredu obaveze prenošenja revidirane Direktive o proceni uticaja na životnu sredinu (Direktiva 2011/92/EU, revidirana 2014). Tim povodom je Litvaniji upućeno službeno obaveštenje, te ostavljen rok od dva meseca da se izjasni.²² Zahtev za daljim pojašnjenjima o izmenama i dopunama domaćeg zakonodavstva u cilju prenošenja revidirane Direktive 2011/92/EU upućen je i Estoniji koja je krajem 2020. godine izmenila Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu, postupajući saglasno primedbama koje je u ranije pokrenutom postupku zbog neusaglašenosti iznela Evropska komisija. No, nakon izmena i dopuna otvorena su nova pitanja u vezi sa prenošenjem te Direktive. To, naročito, kada je reč o proceni uticaja na životnu sredinu projekata u vezi sa korišćenjem neobrađenog zemljišta za intenzivne poljoprivredne svrhe. Saglasno Direktivi 2011/92/EU, za takve projekte se obavezno sprovodi prva faza postupka u kojoj se utvrđuje da li je potrebno sprovoditi ostale faze postupka procene uticaja na životnu sredinu ili ne. Nakon izmena i dopuna Zakona o proceni uticaja na životnu sredinu Estonije, minimalni kriterijumi koji se odnose na karakteristike projekata korišćenja neobrađenog zemljišta za intenzivne poljoprivredne svrhe su postavljeni tako da bi gotovo svi takvi projekti bili izuzeti od procene uticaja na životnu sredinu, zbog čega je Evropska komisija uputila dodatno službeno obaveštenje.²³

*Povreda prava EU u vezi sa pristupom pravnoj zaštiti povodom
nastanka ili opasnosti od štete prema životnoj sredini*

Imajući u vidu to da je Nacrt Zakona o šteti prema životnoj sredini u finalnoj verziji izrade, te da je nakon niza javnih konsultacija sprovedenih još od 2015. godine planirano usvajanje do kraja IV kvartala 2023. godine,²⁴ ukazujemo na obrazloženo mišljenje Evropske komisije koje sadrži poziv Švedskoj da osigura prenošenje Direktive 2004/35/EZ o odgovornosti za štetu prema životnoj sredini uređujući

²² Commission calls on Lithuania to fully transpose EU law, INFR(2022)2083.

²³ Commission calls on ESTONIA to improve its national rules The Commission is calling on Estonia, INFR(2022)5402.

²⁴ Nacionalni program za usvajanje pravnih tekovina EU (NPAA) za period 2022–2025., usvojen 21. jula 2022. god, https://www.mei.gov.rs/upload/documents/nacionalna_dokumenta/npaa/NPAA_2022-2025_002.pdf, 10. 10. 2022, 314.

„jasno i nedvosmisleno“ pravo svim kategorijama fizičkih i pravnih lica da dostave predstavke nadležnom organu i od istog zatraže preduzimanje odgovarajućih mera u slučaju da takva šteta nastane ili da postoji neposredna opasnost njenog nastanka. Evropska komisija je, polazeći od odluke Evropskog suda u predmetu C-529/15,²⁵ u kojoj je ukazano na osnovne elemente prava na obraćanje svih fizičkih i pravnih lica u vezi sa štetom prema životnoj sredini, iznela stav da u švedskom zakonodavstvu to pravo nije jasno određeno te da lica „koja će verovatno biti pogođena takvom štetom“ mogu ostati bez pravne zaštite.²⁶

Povreda prava EU u vezi sa zaštitom biološke raznolikosti

Stub Evropskog zelenog sporazuma čini očuvanje biološke raznolikosti i zaustavljanje trenda nepovratnog narušavanja ekosistema. Jednu od primarnih osnova zaštite biodiverziteta u EU nalazimo u Direktivi o staništima 92/43/EEC. Tokom 2021. godine, Evropska komisija je pokrenula postupak protiv Bugarske pred Evropskim sudom zbog povrede obaveza koje su propisane Direktivom. Reč je o obavezi država članica da u roku od šest godina od dana kada je određeno da neka od lokacija na njihovoj teritoriji predstavlja Mesto od posebnog značaja za zajednicu, to mesto odrede kao Područje posebne zaštite. To znači da država članica treba da odredi i ciljeve očuvanja koji polaze od karakteristika lokacije, te mere koje su neophodne da bi se zaštićene vrste i staništa održavali. U Bugarskoj je utvrđeno 229 lokaliteta koja se smatraju Mesto od posebnog značaja za zajednicu, od kojih je samo 35 dobilo status Područja posebne zaštite. Evropska komisija je Bugarskoj uputila službeno obraveštenje još početkom 2019. godine, a nakon izjašnjenja uputila obrazloženo mišljenje sredinom 2020. godine. Kako je postupanje Bugarske u tom slučaju ocenjeno kao „nezadovoljavajuće i nedovoljno“ pokrenut je postupak pred Evropskim sudom.²⁷ Povreda obaveza koje proizilaze iz Direktive o staništima, bila je povod da Evropska komisija pokrene postupak pred Evropskim sudom protiv Nemačke. Osnov za to pronađen je u propustu da se očuvaju travnjaci u područjima posebne zaštite koji čine osnov održivosti pčela, zbog čega su i zaštićene i prepoznate kao deo mreže Natura 2000.²⁸

²⁵ Predmet Folk, C-529/15, ECLI:EU:C:2017:419.

²⁶ Commission calls on SWEDEN to properly transpose EU legislation, INFR(2020)2114.

²⁷ Commission refers BULGARIA to the Court of Justice of the European Union for failing to protect and manage its Natura 2000 sites, November 12, 2021.

²⁸ Commission decides to refer GERMANY to the Court of Justice of the European Union over failure to sufficiently protect flower-rich grasslands in Natura 2000 sites, December 2, 2021.

Tokom 2022. godine, Evropska komisija je uputila poziva Irskoj da zaustavi vađenje treseta u okviru područja posebne zaštite namenjenih za očuvanje uzdignutih močvara u skladu sa Direktivom o staništima. Evropska komisija je Irskoj uputila dodatno obrazloženo mišljenje povodom rezultata sprovedenih analiza koje pokazuju da je po ranijem obrazloženom mišljenju Evropske komisije Irska preduzela mere za zaustavljanje seče treseta i travnjaka i odredila mere kompenzacije licima koja su time pogođena, ali da mere ne daju rezultate koji su kratkoročno očekivani. Uočen je i nedostatak u nedavno uspostavljenom sistemu kontrole koji jasno odvaja seču radi redovnog zadovoljavanja domaćih potreba od seče koja podleže restrikcijama. U obrazloženom mišljenju se posebno ukazuje na vezu između obaveza koje proizilaze iz Direktive o staništima i obaveza koje proizilaze iz obaveza u oblasti klimatskih promena. Ispunjenje obaveza iz Direktive o staništima čini osnovu za ispunjenje ciljeva usporavanja klimatskih promena, jer se održavanjem treseta smanjuje i njegova upotreba kao goriva, pri čemu se spaljivanjem oslobađa značajna količina CO₂.²⁹

Tokom 2022. godine nailazimo na nekoliko slučajeva u kojima je Komisija uočila povrede obaveza koje proizilaze iz Direktive o staništima. Među njima je i onaj u kome je Komisija uputila Austriji službeno obaveštenje zbog prekoračenja rokova za određivanje statusa i mera Područja posebne zaštite za lokalitete koji su proglašeni Mestom od posebnog značaja za zajednicu.³⁰ Komisija smatra da na mnogim lokalitetima na teritoriji Austrije nisu postavljeni ciljevi i mere očuvanja, a tamo gde je to učinjeno, zaštitne mere nisu adekvatno određene. Osim toga, uskraćen je i pristup informacijama od javnog značaja, jer organi javne vlasti nisu omogućili javnosti da izvrši uvid u mere i ciljeve zaštite navedenih područja.

Povreda prava EU u vezi sa kontrolom industrijskog zagađenja

Usklađivanje sa Direktivom 2010/75/EU o industrijskim emisijama otvorilo je niz pitanja o prenošenju obaveza koje se odnose na uspostavljanje pravnog okvira koji treba da omogući postepeno smanjenje i ograničavanje industrijskih emisija u vodu, vazduh i zemljište i sprečavanje stvaranja otpada. Evropska komisija

²⁹ Commission calls on IRELAND to halt peat-cutting activities in Natura 2000 sites and to restore these sites The Commission is calling on Ireland, INFR(2010)2161.

³⁰ Commission calls on AUSTRIA to improve its implementation of national legislation in line with EU nature laws, INFR(2022)2056.

je, smatrajući da Portugal nije ispravno preneo odredbe Direktive koje se odnose na obaveze operatera industrijskih postrojenja da u slučaju postojanja indicija o mogućoj nezgodi o tome hitno obaveste nadležni organ, uputila službeno obaveštenje.³¹

*Povreda prava EU u vezi sa zaštitom kvaliteta vazduha
i dostizanjem ciljeva smanjenja emisija sa efektom
staklene bašte*

Niz postupaka pokrenutim povodom povrede obaveza prenošenja i sprovođenja ekološkog *acquis*-ja u oblasti zaštite kvaliteta vazduha nastavljen je i 2022. godine.³² Evropska komisija je uočila nedostatke u prenošenju Direktive 2016/2284/EU o smanjenju nacionalnih emisija određenih atmosferskih zagađivača (NEC Direktiva). Reč je o Direktivi koja propisuje obaveze država članica koje se odnose na smanjenje emisija pet najvažnijih zagađivača (azot oksidi, nemetanska isparljiva organska jedinjenja, sumpor-dioksid, amonijak, fine čestice). Smatrajući da je Slovačka propustila da propiše kazne za povrede obaveza operatera koje proizilaze iz Direktive 2016/2284/EU, kao i da uredi sistem koji bi omogućio sistemsko širenje informacija o koncentracijama najvažnijih zagađivača u vazduhu i njihovo objavljivanje na određenim veb-stranicama, Evropska komisija je uputila službeno obaveštenje.³³

Još jedno od pitanja koja se odnose na zaštitu kvaliteta vazduha jeste i pitanje aktivne legitimacije ekoloških udruženja i organizacija i prava na pristup pravdi u vezi sa planovima za kvalitet vazduha. Saglasno Direktivi 2008/50/EZ o kvalitetu ambijentalnog vazduha, ako se prekorače utvrđene granične vrednosti koje ukazuju na prisustvo određenih čestica u vazduhu, države članice imaju obavezu da usvoje planove kvaliteta vazduha i utvrde odgovarajuće mere koje će dovesti do boljeg kvaliteta vazduha u što je moguće kraćem roku. Kako ekološka udruženja i organizacije u Poljskoj nemaju pravo da podnesu tužbu kojom bi osporili planove kvaliteta vazduha bilo zbog toga što mere koje su njime određene nisu dovoljne za poboljšanje kvaliteta vazduha ili zbog njegovog sadržaja, kao ni jasno određenu aktivnu legitimaciju u slučaju da plan kvaliteta vazduha nije ni izrađen, Evropska komisija je Poljskoj uputila obrazloženo mišljenje, tražeći da se izjasni

³¹ Industrial emissions: Commission calls on PORTUGAL to improve its national rules, INFR(2022)2085.

³² Annette Elisabeth Töller, „Driving bans for diesel cars in German cities: The role of ENGOs and Courts in producing an unlikely outcome“, *European Policy Analysis*, Vol. 7, No. 2, 2021, 486–507.

³³ Commission calls on SLOVAKIA to improve its rules against air pollution, INFR(2022)2084.

o preprekama u pristupu pravdi u vezi sa planovima kvaliteta vazduha prema Direktivi o kvalitetu ambijentalnog vazduha.³⁴

Povreda prava EU u vezi sa upravljanjem otpadom

U oblasti upravljanja otpadom nailazimo na nekoliko postupaka i obrazloženih mišljenja Evropske komisije. Najpre, reč je o primeni Direktive o deponijama (Direktiva 199/31/EZ) i Okvirne direktive o otpadu (Direktiva 2008/98/EZ), te obavezi država članica da preduzmu mere koje su potrebne kako bi se osiguralo da se na deponijama odlaže samo otpad koji je bio podvrgnut tretmanu. Kako je Evropska komisija utvrdila da se u Portugalu najmanje 59% komunalnog otpada odlaže na deponiju bez prethodnog tretmana, ukazano je na povredu obaveza koje proizilaze iz navedenih direktiva. U obrazloženom mišljenju se ukazuje da postojeći propisi ne prenose u potpunosti odredbe direktiva u oblasti upravljanja otpadom koje se odnose na prethodni tretman otpada. Ukazano je i na to da primena standarda upravljanja otpadom otvara potrebu za novom infrastrukturom upravljanja otpadom.³⁵

Novine u zakonodavstvu EU u oblasti upravljanja otpadom koje se odnose na smanjenje otpada nisu jednako prenete u zakonodavstva država članica. Tako je Evropska komisija pozvala Belgiju, Hrvatsku, Dansku, Estoniju, Francusku, Irsku, Latviju, Poljsku, Portugal, Sloveniju i Finsku da potpuno prenesu u nacionalno zakonodavstvo Direktivu 2019/904/EU o plastici za jednokratnu upotrebu. Reč je o Direktivi koja ima za cilj da spreči nastanak otpada od plastike za jednokratnu upotrebu i da smanji uticaj proizvoda od plastike koji se koriste kratko, a imaju veliki i dugoročni uticaj na životnu sredinu. U Direktivi 2019/904 su propisane mere za smanjenje potrošnje, ograničenje stavljanja određenih proizvoda na tržište i karakteristike koje određeni proizvodi moraju da zadovolje. Iako je Direktiva trebalo da bude preneti do kraja 2021. godine, iako ista čini osnov prelaska na cirkularnu ekonomiju, niz država članica kojima je upućeno službeno obrazloženje ni u 2022. godini nisu donele propise koji je u potpunosti prenose.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Nakon potpisivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između EU i Srbije započinje dinamičan proces prenošenja i praktične primene pravnih tekovina EU. Reč je o stvaranju regulatornog okvira koji će omogućiti sprovođenje

³⁴ Commission calls on POLAND to remove barriers to access to justice, INFR(2020)2105.

³⁵ Commission calls on PORTUGAL to improve its treatment of waste, INFR(2021)2258.

ekološkog *acquis*-ja u trenutku sticanja statusa države članice, uz odstupanja u precizno određenim rokovima ako u postupku pregovora dođe do sporazuma o prelaznim rokovima.

Klaster IV Zelena agenda i održiva povezanost otvoren je za pregovore krajem 2021. godine. Iako je Evropska komisija predložila da se pregovori o Poglavlju ekologija i klimatske promene otvori bez merila za otvaranje, nakon otvaranja pregovora o Klasteru IV, čiji je deo Poglavlje 27, određena su merila za zatvaranje pregovora o tom poglavlju. Među osam merila za zatvaranje nailazimo i na ona koja se odnose na punu transpoziciju direktiva horizontalnog zakonodavstva i implementaciju pravila o proceni uticaja na životnu sredinu i punu transpoziciju revidirane Direktive o smanjenju nacionalnih emisija određenih atmosferskih zagađujućih materija. Merila za zatvaranje obuhvataju i obavezu da se uspostavi program za prevenciju nastajanja otpada i pripremi plan upravljanja otpadom, što će u narednom periodu obuhvatiti i prenošenje Direktive o plastici za jednokratnu upotrebu. Imajući u vidu da je Evropska komisija u velikom broju predmeta uputila mišljenja sa obrazloženjem u kojima se upravo u oblastima u kojima su određena merila za zatvaranje iznosila stavove o tome da li je u prenošenju i primeni ekološkog *acquis*-ja došlo do povrede prava EU, potrebno je uspostaviti sistem praćenja postupaka zbog povrede pravila EU i mišljenja Evropske komisije kao i vodiča koje priprema Evropska komisija o pitanjima od posebnog značaja.

Izvedena analiza pokazuje da u pripremi nacrtu Zakona o proceni uticaja na životnu sredinu treba posebnu pažnju posvetiti utvrđivanju elemenata na osnovu kojih se utvrđuje potreba da se sprovedu sve tri faze procene uticaja, kao i elemenata na osnovu kojih se jedan projekat može podeliti na više celina za koje se može vršiti pojedinačna procena uticaja na životnu sredinu. Obrazložena mišljenja Evropske komisije upućuju na zaključak da se standardi pristupa pravdi u ekološkim stvarima primenjuju i kod naknade ekološke štete, te da prava fizičkih i pravnih lica u vezi sa štetom prema životnoj sredini, a naročito onih koji će verovatno biti pogođeni takvom štetom, treba da bude jasno određena. Posebnu pažnju treba posvetiti prenošenju Direktive o smanjenju nacionalnih emisija određenih atmosferskih zagađivača, te mišljenju Evropske komisije o aktivnoj stranačkoj legitimaciji i aktivnoj procesnoj legitimaciji u vezi sa obavezom izrade strategija kvaliteta vazduha i slučajevima u kojima je došlo do prekomernog zagađenja vazduha, a da plan kvaliteta vazduha nije izrađen ili je isti nepotpun i ne sadrži adekvatne mere. Mišljenja Evropske komisije daju osnov za dalju reformu zakonodavstva koje obuhvata novi pristup upravljanju otpadom. Mišljenja Evropske komisije o prenošenju Direktiva koje su postale

deo ekološkog *acquis*-ja nakon juna 2019. godine imaju važnu ulogu, posebno imajući u vidu to što pregovaračka pozicija ne obuhvata direktive donete nakon toga.

Prof. Dr. MIRJANA DRENOVAK-IVANOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

REASONED OPINIONS OF THE EUROPEAN COMMISSION
IN INFRINGEMENT PROCEDURES AND THEIR IMPACT ON THE
IMPLEMENTATION OF ENVIRONMENTAL ACQUIS

Summary

A significant number of infringement procedures initiated by the European Commission due to the violation of EU rights during 2021 relate to the area of environmental and climate change policy. Transposition of environmental *acquis* should provide a regulatory framework that creates the basis for the practical implementation and ensure that the law will be complied fully and properly. Draft laws in the field of environmental protection and climate change, prepared in accordance with the National Program for Adoption of *acquis* for the period 2022–2025, should also take into account the reasoned opinions of the European Commission and guidance to Member States on how to implement and apply EU legal instruments. The paper points out the basis of the European Commission's reasoned opinions in the infringement proceedings in 2021 and the first half of 2022 and their impact on the implementation of environmental *acquis*.

Key words: the European Union infringement procedures, environmental *acquis*, European Commission's reasoned opinion

Literatura

- Bogojevic, S. Drenovak-Ivanovic M., „Environmental Protection Through the Prism of Enlargement: Time for Reflection“, *Common Market Law Review*, Vol. 56, No. 4, 2019.
- Bogojević S., „Judicial dialogue unpacked: Twenty years of preliminary references on environmental matters initiated by the Swedish judiciary“, *Journal of Environmental Law*, Vol. 29, No. 2, 2017.
- Carević M., „Caught on the Radar of the European Commission: Croatian Experiences with the Infringement Procedure“, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 17, No. 1, 2021.
- „Communication from the Commission — Updating of data used to calculate lump sum and penalty payments to be proposed by the Commission to the Court of Justice of the European Union in infringement proceedings (2019/C 309/01)“, *OJ C 309*.

- Chen Y., „Judicial Application of Punitive Damages for Ecological Environment Infringement in Civil Public Interest Litigation“, *Journal of Environmental and Public Health*, 2022.
- „Commission notice regarding application of the Environmental Impact Assessment Directive (Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council, as amended by Directive 2014/52/EU) to changes and extension of projects – Annex I.24 and Annex II.13(a), including main concepts and principles related to these 2021/C 486/01, C/2021/8560“, *OJ C* 486.
- „Commission Notice Guidelines providing a common understanding of the term 'environmental damage' as defined in Article 2 of Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage 2021/C 118/01, C/2021/1860“, *OJ C* 118, 7. 4. 2021.
- „Commission notice – Commission guidelines on single-use plastic products in accordance with Directive (EU) 2019/904 of the European Parliament and of the Council on the reduction of the impact of certain plastic products on the environment“, *OJ C* 216, 7. 6. 2021.
- Cugleşan N., „Romania and Post-accession Compliance with EU Environmental Policy“, *Europeanization of Environmental Policies and their Limitations*, Springer Cham, 2021.
- Drenovak-Ivanović M., „Pravni okvir zaštite životne sredine u projektu 'Jadar'“, *Zbornik radova sa naučno-stručnog skupa Projekat 'Jadar' – šta je poznato?* (ur. V. Stevanović, B. Šolaja, V. Radmilović), Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd, 2021.
- Economic data related to the implementation of the Water Framework Directive and the Floods Directive and the financing of measures, Novembar 2021.
- Eliantonio M., „The role of NGOs in environmental implementation conflicts: 'stuck in the middle' between infringement proceedings and preliminary rulings?“, *Journal of European Integration*, Vol. 40, No. 6, 2018.
- „General Statistical overview, Accompanying the document Report from the Commission, Monitoring the application of European Union law“, *2021 Annual Report*, {COM(2022) 344 final}.
- Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under Habitat Directive, Brussels, 12. 10. 2021, C(2021) 7301 final.
- Jordan A., Tosun J., „Policy implementation“, *Environmental Policy in the EU*, Routledge, 2012.
- Kelleher O., „Systemic climate change litigation, standing rules and the Aarhus Convention: a purposive approach“, *Journal of Environmental Law*, Vol. 34, No. 1, 2022.
- Nacionalni program za usvajanje pravnih tekovina EU (NPAA) za period 2022–2025, usvojen 21. jula 2022.

Non-paper Implementation of the new methodology to Montenegro and Serbia, Brussel, March 2021.

Smith M., „Challenges in the implementation of EU Law at national level“, European Parliament, Brussel, 2018, <https://data.europa.eu/doi/10.2861/192660>.

Töller A. E., „Driving bans for diesel cars in German cities: The role of ENGOs and Courts in producing an unlikely outcome“, *European Policy Analysis*, Vol. 7, No. 2, 2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

PRAVDA I PRISTUP PRAVDI U PRAVU ŽIVOTNE SREDINE

Cilj rada je sagledavanje pravne utemeljenosti, sadržaja i karaktera pravde u savremenom pravu životne sredine kroz analizu prava na pristup pravdi u međunarodnom i unutrašnjem pravu. U uvodnom delu rada se ukazuje na početke razvoja i širi kontekst rasprave o pravdi u oblasti životne sredine. Daju se i opšte naznake o metodološkom pristupu. Centralni deo rada je posvećen analizi prava na pristup pravdi u međunarodnom i unutrašnjem pravu. Osnova analize su Konvencija o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine (Arhuska konvencija), kao i zakoni u oblasti životne sredine četiri države: Srbije, Hrvatske, Crne Gore i Bosne i Hercegovine. Razmatra se teza da je pristup pravdi formalno utemeljen u pravu životne sredine sve četiri države i da njegov sadržaj i karakter treba tumačiti u kontekstu međunarodnih obaveza i funkcionisanja celog pravnog sistema pojedinih država. U zaključku se konstatuje da je pravo na pristup pravdi prepoznatljiv element „pravde“ utemeljen u međunarodnim ugovorima i unutrašnjim propisima, a da razlike u pogledu sadržaja i karaktera ovog prava proističu iz specifičnosti pravnih sistema pojedinih država i dostignutog nivoa EU integracija.

Ključne reči: pravda u oblasti životne sredine, Arhuska konvencija, Srbija, Hrvatska, Crna Gora, Bosna i Hercegovina

Dr Dragoljub Todić, naučni savetnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, e-mail: d.todic@diplomacy.bg.ac.rs, dtodic@ymail.com. Rad je nastao u okviru naučnoistraživačkog projekta „Srbija i izazovi u međunarodnim odnosima 2022. godine“, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije, a realizuje Institut za međunarodnu politiku i privredu tokom 2022. godine.

TEORIJSKI OKVIR I METODOLOŠKE NAPOMENE

U širem smislu reči pravda u oblasti životne sredine razvija se kao društveni pokret i koncept kojim se naglašava potreba sprečavanja diskriminacije, poštovanja ljudskih prava i jačanja instrumenata sudske zaštite građanskih prava u slučajevima vezanim za zaštitu životne sredine.¹ Iako se pitanje pravde u oblasti životne sredine ponekad raspravlja i u kontekstu brojnih moralnih i/ili religijskih dilema povodom čovekovog odnosa prema prirodi i okruženju u celini, ono je često inicirano praktičnim postupcima nadležnih organa i reakcijom javnosti na njih. U tom smislu se prava i procedure u vezi sa eksploatacijom prirodnih resursa ponekad uzimaju kao neka vrsta početnog polazišta i povoda (razloga) koji doprinose nastanku unutrašnjih ili međunarodnih konflikata ili postojanju konfliktnih situacija u okviru kojih se pitanje pravde može postaviti u neobično izoštroj formi.² Uključenost različitih subjekata u procedure odobravanja i vođenja projekata u vezi sa životnom sredinom aktuelizuju pitanje potrebe za usaglašavanjem često oštro suprotstavljenih interesa. Pitanje pravednosti („pravednosti“) rešenja koja se primenjuju može postati predmet ozbiljnih rasprava naročito kada se realizacijom projekta utiče na delove populacija stanovništva i pripadnike zajednica koje imaju izvesne specifičnosti. U tom smislu Blue i dr. autori, pozivajući se na Venca konstatuju da je početno težište učenja o pravdi u oblasti životne sredine (posebno razvijen u SAD), definisao pravdu pomoću termina „distribucije“. To znači da je naglasak stavljen na ono što se distribuira (sadržajna dimenzija) i kako se distribuira (proceduralna dimenzija) u nekoj društvenoj zajednici. Distribucijski pristupi pravdi u oblasti životne sredine odnose se na raspodelu dobara i šteta u životnoj sredini, odnosno na ekonomske troškove i koristi. Rasprava u savremenoj političkoj teoriji usredsređuje se na pravdu kao „pravednost“, gde je pravda ono što definiše „prikladnu podelu društvenih prednosti.“³

¹ Za šire v. Stevan Lilić, „Instruments of Environmental Justice“, *Facta Universitatis Series: Law and Politics*, No 1, Vol. 9, Niš, 2011, 35–52.

² Za šire v. Bryce W. Reeder, Moises Arce, Adrian Siefkas, „Environmental justice organizations and the diffusion of conflicts over mining in Latin America“, *World Development*, Vol. 154, Elsevier LTD, 2022, 105883; Louise Nchet, Caitlynn Beckett, Kristina Sehlín MacNeil, „Framing extractive violence as environmental (in)justice: A cross-perspective from indigenous lands in Canada and Sweden“, *The Extractive Industries and Society*, 2021, 100949; Nicola Ulibarri, Omar Pérez Figueroa, Anastasia Grant, „Barriers and opportunities to incorporating environmental justice in the National Environmental Policy act“, *Environmental Impact Assessment Review*, Vol. 97, 2022, 106880.

³ Gwendolyn Blue, Kelly Bronson, Alana Lajoie-O'Malley, „Beyond distribution and participation: A scoping review to advance a comprehensive environmental justice framework for impact assessment“, *Environmental Impact Assessment Review*, Vol. 90, 2021, 2.

Poreklo i razvoj pojma „pravda u oblasti životne sredine“ Kramer vezuje za SAD i društvene nauke, a ne pravo i pravne nauke. Autor konstatuje da se koncept „ekološke pravde“ prvi put pojavio u Predsedničkoj izvršnoj uredbi 12898 iz 1994. godine, pod nazivom „savezne radnje za rešavanje ekološke pravde u manjinskim populacijama i populacijama s niskim prihodima“.⁴ Uredbom se od savezne administracije tražilo da se pozabavi uticajem mera u oblasti životne sredine na manjinsko stanovništvo i grupe s niskim prihodima, kao reakcija na činjenicu da su različite studije i izvještaji povezivale izgradnju postrojenja za otpad sa područjima naseljenim određenom rasom. Oni su pokazivali da su siromašni i obojeni ljudi u SAD nesrazmerno više izloženi riziku koji se povezuje sa posledicama određenih mera u oblasti životne sredine ili zagađenja. U vezi sa ovim su i veće poteškoće u pristupu informacijama, učestvovanju u donošenju odluka, kao i pristupu sudovima u pitanjima koja se tiču životne sredine.⁵ U raspravama obično postoji neka vrsta saglasnosti oko toga da je pokret za pravdu u oblasti životne sredine u SAD nastao ranih osamdesetih godina kada su zajednice nastanjene crnim stanovništvom počele da protestuju protiv (za njih) neprihvatljivih načina korišćenja zemljišta (za potrebe odlaganje otpada, otvaranje rudnika, izgradnju petrohemijskih postrojenja, termoelektrana i drugih industrijskih postrojenja).⁶ Yamamoto i dr. ističu da se većina naučnih tekstova o pravdi u oblasti životne sredine bavi sa dve vrste zadataka: (1) utvrđivanjem korena degradacije životne sredine s nerazmernim uticajima na rasne manjine i (2) traganjem za rešenjima koja bi doprinela pravednijoj preraspodeli opterećenja životne sredine. Kao posledica toga, utvrđeni okvir pravde u oblasti životne sredine konceptualizira „ekološki rasizam“ u smislu određivanja mesta opasnosti i povezanih zdravstvenih problema, fokusirajući se na proces donošenja odluka koji se nalazi u pozadini problema pri određivanju lokacije, kao i minimiziranja i otklanjanja štete usled neadekvatnog određivanja lokacije.⁷

⁴ <https://www.archives.gov/files/federal-register/executive-orders/pdf/12898.pdf> (12. 9. 2022). Za šire o pravdi u oblasti klime i životne sredine u SAD v.: J. Mijin Cha, Caroline Farrell, Dimitris Stevis, „Climate and Environmental Justice Policies in the First Year of the Biden Administration“, *Publius: The Journal of Federalism*, Vol. 52, No. 3, 2022, 408–427.

⁵ Ludwig Krämer, „Environmental justice in the European Court of Justice“, *Environmental Law and Justice in Context* (eds. J. Ebbesson & P. Okowa), Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 195–210.

⁶ David Pellow, „Environmental Justice“, *The Cambridge Handbook of Sociology: Speciality and Interdisciplinary Studies* (ed. K. Korgen), Cambridge University Press, Cambridge, 2027, 188–198.

⁷ Eric K. Yamamoto, Jen-L W. Lyman, „Racializing Environmental Justice“, *University of Colorado Law Review*, Vol. 72, No. 2, 2001, 314, 315.

Pozivajući se na praksu da su aktivisti nevladinih organizacija kritikovali propise koji su dopuštali da se industrije koje zagađuju životnu sredinu smeste u stambenim četvrtima manjinskog i siromašnijeg stanovništva, Scobie proširuje raspravu postavljajući pitanje da li su na globalnom nivou pitanja pravde deo multilateralnih sporazuma u oblasti životne sredine?⁸ Ovako posmatrano položaj ugroženih delova populacije manjinskih zajednica u međunarodnom pravu životne sredine zaslužuje posebnu pažnju pa bi u detaljnijoj analizi trebalo uzeti u obzir postojeća rešenja i perspektive razvoja u ovoj oblasti prava.⁹ Koncept ljudskih prava ima ambicije da postane najpodesniji okvir „pravde“ u oblasti životne sredine mada pravo na (zdravu) životnu sredinu još uvek traži svoje mesto u arhitekturi ljudskih prava.¹⁰ U daljem proširivanju koncepta „pravde“ globalni odnosi u međunarodnoj zajednici postaju predmet posebnih rasprava. Okereke pitanje moralnih osnova pravde u oblasti životne sredine i klimatskih promena razmatra u okviru okolnosti vezanih za (ne)pravdu u odnosima između Svera i Juga, razvijenih i nerazvijenih delova Planete,¹¹ a Petrić je razume kao globalno, unutrašnje (unutar EU) i regionalno pitanje.¹² I Program UN za razvoj (UNDP) pitanje pravde u oblasti životne sredine postavlja na šire temelje. Pravda u oblasti životne sredine (environmental justice) se „konceptualizira“ kao cilj koji se sastoji u „unapređenju pravde i odgovornosti u oblasti životne sredine, s fokusom na poštovanje, zaštitu i ispunjenje „ekoloških“ prava, te unapređenje vladavine prava u oblasti životne sredine.“¹³ Takvo shvatanje pravde se razmatra u kontekstu trostruke planetarne krize

⁸ Michelle Scobie, „Treaty Preambles and The Environmental Justice Gap“, *Glob. Policy*, Vol. 12, No. 3, 2021, 273.

⁹ V. Benedict Kingsbury, „Indigenous Peoples, Rights, and the Environment“, In D. Anton & D. Shelton, *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 545–665; Deborah McGregor, „Indigenous Environmental Justice and Sustainability“. *The Cambridge Handbook of Environmental Justice and Sustainable Development* (eds. S. Atapattu, C. Gonzalez, & S. Seck), Cambridge Law Handbooks, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 58–71; *State of the Worlds Indigenous Peoples, Right to Lands, Territories and Resources*, United Nations, New York, 2021.

¹⁰ Za šire v. UNGA, *Human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, Report of the Special Rapporteur, A/77/284, 10 August 2022.

¹¹ Chukwumerije Okereke, „Moral Foundations for Global Environmental and Climate Justice“, *Royal Institute of Philosophy Supplement*, Vol. 69, 2011, 117–135.

¹² Davor Petrić, „Environmental Justice in the European Union: A Critical Reassessment“, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 15, No. 1, Zagreb, 2019, 221 i dalje.

¹³ UNDP, *Environmental Justice – Securing our right to a clean, healthy and sustainable environment*, UNDP, New York, 2022, 5.

(klimatskih promena, zagađivanja životne sredine i gubitka prirode), i uticaja krize na ljudska prava.

U ovom radu se raspravlja o elementima „pravde“ u oblasti prava životne sredine pre svega kroz sagledavanje međunarodnih ugovora u oblasti životne sredine i unutrašnjih propisa (zakona) kojima se reguliše oblast zaštite životne sredine i to sa stanovišta prava na pristup pravdi. Analiziraju se odredbe Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine (u daljem tekstu: Arhuska konvencija) i unutrašnjih propisa četiri države u regionu (Srbije, Hrvatske, Crne Gore i Bosne i Hercegovine). Značaj sagledavanja normi Arhuske konvencije proističe iz činjenice da se radi o međunarodnom ugovoru zaključenom u okviru Ekonomske komisije UN za Evropu,¹⁴ regionu kojem pripadaju sve četiri države čiji zakoni se analiziraju. Praksa u primeni pojedinih normi od značaja za pristup pravdi dodatno naglašava potrebu da se o rešenjima koja sadrži ovaj međunarodni ugovor vodi računa kao o normama čija dosledna primena zaslužuje detaljniju elaboraciju u unutrašnjim propisima.¹⁵ Zbog ograničenog prostora van analize se ostavljaju i propisi EU, iako se sve države regiona nalaze u nekoj od faza (obavezne) transpozicije propisa EU u unutrašnje pravne sisteme (od punopravnog članstva u EU, do države kandidata za članstvo u EU).¹⁶ Analizom unutrašnjih propisa četiri države (Hrvatske, Srbije, Crne Gore i Bosne i

¹⁴ Sličan međunarodni ugovor zaključen je 2018. godine u regionu Latinske Amerike i Kariba koji je stupio na snagu 2021. godine. Ugovorom su obuhvaćene 24 države među kojima su 13 država članice ugovora. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-18&chapter=27&clang=_en, 22. 9. 2022. Za šire v. Olmos Giupponi, B., „Fostering environmental democracy in Latin America and the Caribbean: An analysis of the Regional Agreement on Environmental Access Rights“, *RECIEL*, Vol. 28, No. 2, 2019, 136– 151, <https://doi.org/10.1111/reel.12274>.

¹⁵ Ovdje se interesantnim čini sagledavanje prakse Komiteta za usaglašenost koji se formiran u okviru Arhuske konvencije i u okviru kojeg je već razvijena određena praksa. Za šire v. <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/compliance-committee>, 12. 9. 2022. Van ove analize ostaju mehanizmi zaštite prava u oblasti životne sredine razvijeni u okviru Evropske konvencije o ljudskim pravima i drugih međunarodnih ugovora. Za šire v. Rodoljub Etinski, „Međusobni odnos Evropske konvencije o ljudskim pravima i Arhuske konvencije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Vol. 52, No. 1, Novi Sad, 2018, 1–15.

¹⁶ Za šire v. Charles Poncelet, „Access to Justice in Environmental Matters – Does the European Union Comply with its Obligations?“, *Journal of Environmental Law*, Vol. 24, No. 2, 2012, 287–309; Giulia Claudia Leonelli, „Access to the EU Courts in Environmental and Public Health Cases and the Reform of the Aarhus Regulation: Systemic Vision, Pragmatism, and a Happy Ending“, *Yearbook of European Law*, Vol. 40, 2021, 230–264.

Hercegovine) obuhvaćene su samo norme osnovnih zakona u oblasti životne sredine i to sa stanovišta načina kako ovi propisi regulišu pitanje pristupa pravdi. Zbog ograničenog prostora, analizom nisu obuhvaćene norme kojima se regulišu postupci zaštite pojedinačnih prava u okviru ovih zakona, kao i norme drugih zakona u oblasti životne sredine.

PRAVO NA PRISTUP PRAVDI U MEĐUNARODNOM PRAVU

Iako, jedan broj međunarodnih ugovora na različite načine upućuje na značaj pitanja pristupa pravdi u pitanjima koja se odnose na životnu sredinu, najjasniju sistemsku vezu između prava na (odgovarajuću) životnu sredinu i prava na pristup pravdi ustanovljava Arhuska konvencija¹⁷ kroz formulisanje posebnih standarda zaštite građana u odnosu na nekoliko različitih okolnosti. U najširem smislu reči oni su sistematizovani u tri velike grupe koji su (prema slovu prvog člana Konvencije) stavljeni u funkciju prava na (odgovarajuću) životnu sredinu. Svrhom obaveze država da garantuju pravo na pravnu zaštitu (zbog povreda prava na dostupnost informacija, pravo na osporavanje odluka koje se odnose na pravo učešća javnosti u donošenju odluka i pravo na zaštitu radi osporavanja postupaka ili propusta suprotnih odredbama nacionalnog zakonodavstva o životnoj sredini), proglašava se „davanje doprinosa zaštiti prava svakog pojedinca sadašnjih i budućih generacija na život u životnoj sredini adekvatnoj njegovom zdravlju i blagostanju“.

Dakle, tri grupe prava obuhvaćene su pravom na pristup pravdi i one uključuju sledeće: 1) pravo na pravnu zaštitu zbog povreda prava na dostupnost informacija, što uključuje pravnu zaštitu pred redovnim sudom ili nekim drugim nezavisnim i nepristrasnim telom, mogućnost pokretanja „ekspeditivne procedure“ ponovnog razmatranja zahteva i pravila o obaveznosti konačne odluke; 2) pravo na osporavanje legaliteta odluka koje se odnose na ostvarivanje prava u pogledu učešća javnosti u donošenju odluka, što uključuje pravo na sudsku ili drugu nezavisnu ili nepristrasnu proceduru, privilegovan položaj nevladinih organizacija, neisključivanje mogućnosti pokretanja prethodnog postupka pred upravnim vlastima¹⁸

¹⁷ <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/text>, 22. 9. 2022. Za tekst v. i: *Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori*, br. 38/09.

¹⁸ Pitanje učešća javnosti u donošenju odluka koje se tiču životne sredine se uzima za jedno od centralnih pitanja procesa demokratizacije savremene politike i prava u oblasti životne sredine, a pristup informacijama prethodnim pitanjem. Za jedan osvrt na ovo pravo v. Leslie-Anne Duvic-Paoli, „The Status of the Right to Public Participation in International Environmental

i 3) pravo na zaštitu radi osporavanja postupaka ili propusta suprotnih odredbama nacionalnog zakonodavstva o životnoj sredini. Za sve tri grupe prava propisani su minimalni standardi procedura preispitivanja odluka uključujući: odgovarajuće i efektivne pravne lekove, sudske privremene mere kada je to potrebno, pravično, pravovremeno i pošteno izvođenje procedura, troškovi koji neće ometati procedure i donošenje odluka u pisanoj formi uz obezbeđivanje njihove javnosti. Posebnim pravilima se utvrđuju određeni standardi relevantni za dostupnost informacija o mogućnosti pokretanja upravnih i sudskih procedura i uspostavljanje mehanizama za pružanje pravne pomoći.¹⁹

PRAVO NA PRISTUP PRAVDI U UNUTRAŠNJEM PRAVU

Pitanje odnosa unutrašnjeg prava prema pitanju „pravde“ i pristupa pravdi mogao bi se posmatrati kroz nekoliko kriterijuma. Opšti kontekst je uslovljen činjenicom da sistem unutrašnjih propisa kojima se regulišu različita pitanja u oblasti životne sredine u četiri države (Hrvatska, Srbija, Crna Gora i Bosna i Hercegovina) čini veliki broj zakona i podzakonskih propisa. Skoro da se smatra uobičajenim da se u središtu tog sistema obično nalazi jedan zakon kojim se uređuju systemska pitanja od značaja za funkcionisanje celine normi. Takav je slučaj i u četiri države u regionu, što delimično olakšava analizu, ali ne oslobađa potrebe da se imaju u vidu elementi sistema i rešenja u pojedinačnim zakonima i podzakonskim propisima kojima se konkretnije regulišu pojedina pitanja (upravljanje vodama, zaštita vazduha, zaštita prirode, upravljanje otpadom, itd.).²⁰ Osim toga, jedno od pitanja koje ne bi smelo da se ignoriše je opšte pitanje članstva država u relevantnim međunarodnim ugovorima,²¹ a najznačajnijim se može smatrati činjenica da su sve četiri države, čiji propisi se ovde sagledavaju, članice Arhuske konvencije.²²

Law: An Analysis of the Jurisprudence“, *Yearbook of International Environmental Law*, Vol. 23, No. 1, 2012, 80–105.

¹⁹ Sva ova pitanja zaslužuju znatno detaljniju analizu, koja u ovom članku nije moguća zbog ograničenog prostora.

²⁰ Međutim, analiza sektorskih zakona prevazilazi zadate okvire ove analize.

²¹ Za šire v. Dragoljub Todić, „Multilateral Environmental Agreements and EU Integration of Western Balkan States (Status of Bosnia and Herzegovina, Montenegro, Serbia and Croatia in Multilateral Environmental Agreements)“, *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. 28, No. 1, February 2019, 17–27.

²² Hrvatska od 2007. godine, Bosna i Hercegovina od 2008., i Srbija i Crna Gora od 2009. godine. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27&clang=en, 22. 9. 2022.

Zakoni u oblasti životne sredine četiri države i „pravo na pravdu“

„Načelo zaštite prava na zdravu životnu sredinu i pristupa pravosuđu“ predstavlja jedno od jedanaest načela zaštite životne sredine iz člana 9 Zakona o zaštiti životne sredine Republike Srbije, (*Službeni glasnik RS*, br. 135/04, 36/09, 36/09 – dr. zakon, 72/09 – dr. zakon, 43/11 – US, 14/16, 76/18, 95/18 – dr. zakon), koji proklamuje da se ono (od strane građana, grupe građana, udruženja i profesionalnih ili drugih organizacija) „ostvaruje“ pred nadležnim organom, odnosno sudom. „Pravo na pravdu“ je Zakonom garantovano „zainteresovanoj javnosti“ i vezuje se za postupak ostvarivanja prava na zdravu životnu sredinu (član 81a). Iako bi se mogla postaviti određena pitanja u vezi sa ovakvom formulacijom, Zakonom je definisan i sadržaj prava koji obuhvata pravo da se „pokreće postupak preispitivanja odluke pred nadležnim organom, odnosno, sudom...“. Formulacija jasno upućuje na „pravo na zdravu životnu sredinu“ kao neku vrstu opšteg okvira, s jedne strane, odnosno „zainteresovanu javnost“ kao nosioca prava, s druge strane,²³ a kontekst tumačenja je određen i činjenicom da član 81a predstavlja deo V poglavlja Zakona naslovljenog sa „Informisanje i učešće javnosti“.

Slično kao i u Srbiji, jedno od načela koje Zakon o zaštiti okoliša (NN, br. 80/13, 153/13, 78/15, 12/18, 118/18) propisuje je i „načelo prava na pristup pravosuđu“ (čl. 19). Ovim načelom je napravljena razlika između prava da se ostvari pravo na pristup informacijama u pitanjima koja se tiču životne sredine (koje se garantuje „svakoj osobi“) i prava da se osporava procesna i materijalna zakonitost „odluka, čina i propusta tijela javne vlasti“ (koje se garantuje osobi koja učini verovatnim svoj pravni interes i osobi koja zbog lokacije zahvata i/ili prirode i/ili uticaja zahvata može dokazati da joj je trajno narušeno pravo). U drugom slučaju je svrha propisanih prava „zaštita prava na zdrav život i održiv okoliš“. Osim u delu koji se odnosi na načela, pristup pravdi je regulisan kroz šest posebnih članova Zakona. Najpre je regulisano pitanje priznavanja pravnog interesa zainteresovanoj javnosti (čl. 167. i 168), a zatim je regulisano pitanje osporavanja odluka, radnji i propusta tela javne vlasti te delovanja ili propuštanja delovanja pravnih i fizičkih osoba u pitanjima zaštite životne sredine (čl. 169–172).

I u slučaju Crne Gore, jedan od principa zaštite životne sredine (prema Zakonu o životnoj sredini, *Službeni list Crne Gore*, br. 052/16, 073/19, 073/19) jeste princip „zaštite prava na zdravu životnu sredinu i pristup pravosuđu“ (čl. 5). On obuhvata „mogućnost“ da građani ili grupe građana, njihova udruženja, profesionalne ili druge organizacije „utiču prilikom odlučivanja o pitanjima od značaja

²³ Za šire o propisima RS u oblasti životne sredine v. Vid Vukasović, Dragoljub Todić, *Environmental Law in Serbia*, Kluwer Law International, 2021.

za životnu sredinu i pravnu zaštitu kod nadležnih organa pred sudom“. Pravo da se pokrene postupak „preispitivanja odluke pred nadležnim organima, odnosno sudom u skladu sa zakonom“ ima „zainteresovana javnost u postupku odlučivanja u pitanjima životne sredine“ (čl. 73). To uključuje pravo podnošenja žalbe protiv odluke nadležnog organa za poslove zaštite životne sredine i pravo podnošenja tužbe nadležnom sudu u skladu sa posebnim propisima.²⁴

Sva tri zakona kojima se uređuje oblasti zaštite životne sredine u Bosni i Hercegovini (BiH) sadrže odredbe koje se odnose na pravo pristupa pravosuđu.²⁵ Zakon o zaštiti okoliša Federacije BiH (*Službene novine F BiH*, br. 15/21) u članu 43. (koji je naslovljen sa „Pristup pravosuđu“) garantuje „predstavnicima javnosti“ pravo da „pokrenu postupak zaštite svojih prava pred nadležnim sudom“, pored prava učešća u postupcima izdavanja dozvola i procene uticaja na životnu sredinu. Dakle, pravo na pristup pravosuđu se garantuje „predstavnicima javnosti“ i stavlja se u kontekst prava učešća u postupcima izdavanja dozvola i procene uticaja na životnu sredinu.²⁶ Posebno se garantuje „pravo žalbe“ koje imaju „predstavnicima javnosti koji su učestvovali kao stranka u prvostepenom postupku“ i koje obuhvata žalbu protiv akata donesenih u upravnom postupku (čl. 42). To uključuje i pravo na pokretanje upravnog spora, „ako nema drugostepenog organa“. Zakon posebno propisuje pravo „podnosioca zahteva za pristup informacijama“ da pokrene postupak pred drugostepenim organom ili da pokrene upravni spor, ako njegov zahtev nije razmatran, ako je odbijen ili ako je na njega nepotpuno ili delimično odgovoreno od strane nadležnog organa.²⁷

Zakon o zaštiti životne sredine Republike Srpske (*Službeni glasnik RS*, br. 71/2012, 79/2015, 70/2020) garantuje „pravo na zaštitu u upravnim i sudskim postupcima“ „svakom zainteresovanom licu“, ako ono smatra da mu povređena prava da učestvuje u „postupcima koji se vode u skladu sa ovim zakonom ili drugim propisima“ (čl. 12). „Predstavnicima zainteresovane javnosti“, isto kao

²⁴ Za šire o propisima Crne Gore u oblasti životne sredine v. D. Todić, „Montenegro“, *International Encyclopaedia of Laws: Environmental Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, NL, 2018.

²⁵ Materija koja se odnosi na životnu sredinu nije u nadležnosti centralnih vlasti već „entiteta“. Za šire o propisima Bosne i Hercegovine u oblasti životne sredine v. Dragoljub Todić, Mladenka Ignjatić, Vid Vukasović, *Bosnia and Herzegovina, IEL Environmental Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019.

²⁶ Ciljevi ovog Zakona su, između ostalog, i: „poboljšanje uslova okoliša, zaštita ljudskog zdravlja, uključujući pravo na zdrav život“, čl. 1, st. 2.

²⁷ Pravo na „zdrav i ekološki prihvatljiv okoliš“, proglašava se osnovnim ljudskim pravom čemu korespondira „opšta dužnost zaštite i poboljšanja okoliša za dobrobit sadašnjih i budućih generacija“, čl. 3.

i zainteresovanim stranama ili organima koji su učestvovali u postupku odlučivanja...“ daje se „mogućnost“ da „koriste pravna sredstva protiv donesene odluke“ (čl. 42).²⁸ Poslednjim izmenama Zakona pravo da koriste „pravna sredstva protiv donesene odluke“ posebno se garantuje „udruženjima i fondacijama koje promovišu zaštitu životne sredine, kao predstavnicima zainteresovane javnosti.“²⁹ Zakonom o zaštiti životne sredine Brčko Distrikta BiH (24/04, 01/05, 19/07, 09/09) pravo podnošenja žalbe se garantuje svakom licu koje smatra da njegov zahtev za informacijama nije razmotren, da je neosnovano odbijen ili da na njega nije odgovorno „u potpunosti ili pravilno“ (čl. 37).³⁰

ZAKLJUČAK

Pristup pravdi i zaštita prava u vezi sa pristupom informacijama i učešćem javnosti u odlučivanju regulisani su na najjasniji način u kontekstu prava čoveka na (odgovarajuću) životnu sredinu. Kroz norme Arhuske konvencije sadržaj pravila koja se odnose na ova pitanja sistematizovan je do nivoa na opšti način prepoznatljivih pravila, bez obzira na izvesna otvorena pitanja. U odnosu na inicijalno razumevanje pravde u oblasti životne sredine (kroz vezivanje za položaj na specifičan način ugroženih manjinskih zajednica) Arhuska konvencija pristup pravdi proširuje dajući mu elemente univerzalnog. Norme unutrašnjeg prava četiri države, čiji su zakoni koji regulišu oblast životne sredine analizirani, prate i dodatno pojašnjavaju osnovna rešenja iz Arhuske konvencije. Jasno se uočava da sva četiri zakona sadrže norme koje se odnose na pristup pravdi i to na način koji pokazuje određene zajedničke elemente, ali i razlike. Zajedničkim elementom se može smatrati upućivanje na ljudska prava kroz pozivanje na pravo čoveka na (zdravu) životnu sredinu, regulisanje pitanja pristupa informacijama i zaštita prava na učešće u odlučivanju, a razlike se ogledaju u nivou detaljnosti u regulisanju pojedinih pitanja u samom postupku zaštite prava garantovanih propisima iz oblasti životne sredine.

²⁸ A član 39. propisuje obavezu nadležnih organa da obezbede učešće javnosti u vezi sa procenom uticaja na životnu sredinu i postupcima izdavanja ekoloških dozvola.

²⁹ Pravo na „zdravu životnu sredinu“ se garantuje svakome (čl. 3. Zakona), kao život u životnoj sredini podobnoj za zdravlje i blagostanje istovremeno, obaveza zaštite i poboljšanja životne sredine je definisana kao „kolektivna“ i ona treba da obezbedi „dobrobit sadašnjih i budućih generacija“ (st. 2).

³⁰ Inače, pravo na „pravo na zdravu i ekološki prihvatljivu životnu sredinu“ propisano je članom 3. i garantuje se „svakom ljudskom biću“ na sličan način kako je to učinjeno u slučaju zakona o zaštiti životne sredine Republike Srpske, odnosno Federacije BiH (st. 2).

Dr. DRAGOLJUB TODIĆ
Professorial Fellow, Institute of International
Politics and Economic, Belgrade

JUSTICE AND ACCESS TO JUSTICE IN ENVIRONMENTAL LAW

Summary

The aim of the paper is to assess the legal foundation, content, and character of justice in contemporary environmental law through the analysis of the right to access to justice in international and domestic law. The introductory part of the paper emphasises the roots of development and the broader context of the discussion on justice in the field of environment. General indications about the methodological approach are also provided. The central part of the paper is devoted to the analysis of the right to access to justice in international and domestic law. The analysis is based on the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (the Aarhus Convention), as well as the environmental laws of four countries: Serbia, Croatia, Montenegro and Bosnia and Herzegovina. The thesis is considered that the approach to justice is formally based in the environmental laws of all four states and that its content and character should be interpreted in the context of the functioning of the legal systems of individual states. In conclusion, it is stated that the right to access to justice is a recognisable element of „justice“ based on international agreements and internal regulations, and that the differences regarding the content and character of this right stem from the specificities of legal systems and the level of the achieved EU integration.

Key words: environmental justice, Aarhus Convention, Serbia, Croatia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina

Literatura

- Blue G., Bronson K., Lajoie-OMalley A., „Beyond distribution and participation: A scoping review to advance a comprehensive environmental justice framework for impact assessment“, *Environmental Impact Assessment Review*, Vol. 90, Elsevier B. V., 2021.
- Cha J. M., Farrell C., Stevis D., „Climate and Environmental Justice Policies in the First Year of the Biden Administration“, *Publius: The Journal of Federalism*, Vol. 52, No. 3, 2022.
- Duvic-Paoli L. A., „The Status of the Right to Public Participation in International Environmental Law: An Analysis of the Jurisprudence“, *Yearbook of International Environmental Law*, Vol. 23, No. 1, 2012.
- Etinski R., „Međusobni odnos Evropske konvencije o ljudskim pravima i Arhuske konvencije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, br. 1, Novi Sad, 2018.
- Giupponi O. B., „Fostering environmental democracy in Latin America and the Caribbean: An analysis of the Regional Agreement on Environmental Access Rights“, *RECIEL*, Vol. 28, No. 2, 2019.
- Kingsbury B., „Indigenous Peoples, Rights, and the Environment“, in D. Anton & D. Shelton, *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

- Krämer L., „Environmental justice in the European Court of Justice“, *Environmental Law and Justice in Context* (eds J. Ebbesson & P. Okowa), Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Leonelli G. C., „Access to the EU Courts in Environmental and Public Health Cases and the Reform of the Aarhus Regulation: Systemic Vision, Pragmatism, and a Happy Ending“, *Yearbook of European Law*, Vol. 40, 2021.
- Lilić S., „Instruments of Environmental Justice“, *Facta Universitatis Series: Law and Politics*, Vol. 9, No. 1, Niš, 2011.
- McGregor D., „Indigenous Environmental Justice and Sustainability“, *The Cambridge Handbook of Environmental Justice and Sustainable Development* (eds. S. Atapattu, C. Gonzalez, & S. Seck), Cambridge Law Handbooks, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- Nachet L., Beckett C., MacNeil K. S., „Framing extractive violence as environmental (in)justice: A cross-perspective from indigenous lands in Canada and Sweden“, *The Extractive Industries and Society*, Guildford, 2021, <https://doi.org/10.1016/j.exis.2021.100949>.
- Okereke C., „Moral Foundations for Global Environmental and Climate Justice“, *Royal Institute of Philosophy Supplement*, Vol. 69, 2011, doi:10.1017/S1358246111000245.
- Pellow D., „Environmental Justice“, *The Cambridge Handbook of Sociology: Specialty and Interdisciplinary Studies* (ed. K. Korgen), Cambridge University Press, Cambridge, 2017. doi:10.1017/9781316418369.020.
- Petrić D., „Environmental Justice in the European Union: A Critical Reassessment“, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 15, No. 1, Zagreb, 2019, <https://doi.org/10.3935/cyelp.15.2019.360>.
- Poncelet C., „Access to Justice in Environmental Matters – Does the European Union Comply with its Obligations?“, *Journal of Environmental Law*, Vol. 24, No. 2, Oxford, 2012.
- Reeder B. W., Arce M., Siefkas A., „Environmental justice organizations and the diffusion of conflicts over mining in Latin America“, *World Development*, Vol. 154, Elsevier LTD, 2022, 105883, <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2022.105883>.
- Scobie M., „Treaty Preambles and The Environmental Justice Gap“, *Glob. Policy*, Vol. 12, No. 3, Wiley, 2021.
- Todić D., Ignjatić, M., Vukasović, V., *Bosnia and Herzegovina, IEL Environmental Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019.
- Todić D., „Multilateral Environmental Agreements and EU Integration of Western Balkan States (Status of Bosnia and Herzegovina, Montenegro, Serbia and Croatia in Multilateral Environmental Agreements)“, *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. 28, No. 1, 2019.
- Todić D., „Montenegro“, *International Encyclopaedia of Laws: Environmental Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, NL, 2018.

- Ulibarri N., Figueroa, O. P., Grant, A., „Barriers and opportunities to incorporating environmental justice in the National Environmental Policy act“, *Environmental Impact Assessment Review*, Vol. 97, 2022, 106880, <https://doi.org/10.1016/j.eiar.2022.106880>.
- UN, *State of the Worlds Indigenous Peoples, Right to Lands, Territories and Resources*, United Nations, New York, 2021.
- UNDP, *Environmental Justice – Securing our right to a clean, healthy and sustainable environment*, UNDP, New York, 2022.
- UNGA, „Human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment“, Report of the Special Rapporteur, A/77/284, United Nations, 10 August 2022.
- Vukasović V., Todić D., *Environmental Law in Serbia*, Kluwer Law International, 2021.
- Yamamoto E. K., Lyman J. W., „Racializing Environmental Justice“, *University of Colorado Law Review*, Vol. 72, No. 2, Colorado, 2001.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

NIKOLA PAUNOVIĆ

EKOCID KAO PETI ZLOČIN U RIMSKOM STATUTU IZMEĐU MITA I REALNOSTI

U današnje vreme u kojim privredni razvoj i tehnološka dostignuća definišu dinamiku i način našeg života, jedno od pitanja koje neretko biva zapostavljeno jeste da li smo svesni u kojoj meri odsustvo prepoznavanja i blagovremenog tretiranja ekoloških problema može negativno uticati na kvalitet životne sredine. Da li je potrebno da nastupi nepovratna šteta u životnoj sredini koja bi neminovno vodila do uskraćivanja mogućnosti da zadovoljimo sve naše svakodnevne potrebe, u najblažoj varijanti na način na koji smo do sada to činili, da bismo se osvestili i shvatili da je došlo krajnje vreme da se proaktivno ekološki nastupa. Upravo razmere posledica koje slučajevi zagađenja životne sredine mogu prouzrokovati uticale su na to da se u poslednje vreme na globalnom nivou sve više diskutuje o potrebi prepoznavanja ekocida kao petog zločina u Rimskom statutu. S tim u vezi, u radu se analiziraju pravne mogućnosti za ostvarenje ovog cilja, dosadašnja dostignuća realizovana na nacionalnom planu, kao i potencijalne prepreke koje mogu iskrsnuti na ovom putu. U zaključnim razmatranjima se ističe da inkriminisanje ovog zločina, iako pravno izvodljivo, deluje praktično teško ostvarljivo u periodu pred nama zbog čitavog niza prepreka koje stoje na tom putu.

Ključne reči: ekocid, životna sredina, Rimski statut, peti zločin, ekološka svest

U V O D

Svedoci smo sve učestalijih rasprava u stručnim i naučnim krugovima o štetnim posledicama zagađenja životne sredine širom sveta koje prouzrokuju čitav

Nikola Paunović, treći sekretar u Ministarstvu spoljnih poslova Republike Srbije, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: dzoni925@gmail.com.

spektar negativnih implikacija ne samo sadašnjim, nego i budućim generacijama. Iako je primarni cilj ovih rasprava podizanje ekološke svesti svih nas o potrebi ulaganja u zdravu životnu sredinu, ostaje gorak utisak da svi apeli usmereni ka poboljšanju kvaliteta životne sredine koja nas okružuje ostaju bez adekvatne reakcije šire javnosti. O navedenom svedoče svakodnevni podaci o emisijama zagađujućih materija koje ugrožavaju kvalitet i opstanak prirodnih vrednosti. Koliko puta smo do sada čuli o razmerama štetnih posledica koje ostavlja primera radi uništavanje šumskih površina, flore i faune ili ispuštanje zagađujućih materija u vazduh, vodu ili zemljište ili nepropisno odlaganje plastičnog i drugog otpada. Ovo nisu usamljeni primeri narušavanja kvaliteta životne sredine, budući da postoji čitav niz drugih obrazaca putem kojih dolazi do njenog zagađenja.

Činjenica da većina slučajeva zagađenja životne sredine poseduje kapacitet da dovede do ekološke katastrofe čije se razmere ne mogu ni zamisliti uticala je na to da se sve više govori o potrebi osavremenjivanja postojećih zakonodavnih okvira iz ekološke oblasti. U prilog navedenom kazuje i podatak da se ne samo na globalnom, već i na regionalnom i lokalnom nivou pristupa preispitivanju efikasnosti postojećih pravnih okvira, uz paralelno traženje odgovora na nove izazove sa kojima se suočava čovečanstvo u borbi protiv eksploatacije životne sredine i njenih kapaciteta koji podrazumeva se, nisu neograničeni. S tim u vezi, jedan od najnovijih predloga koji sve glasnije postaje sastavni deo ovih diskusija jeste i pitanje prepoznavanja i normiranja ekocida kao međunarodnog zločina. Štaviše, sve su učestalije rasprave o tome da se ekocid uvrsti kao peti zločin za koji bi bio nadležan Međunarodni krivični sud. Upravo iz navedenog razloga u radu se nakon izlaganja o istorijatu rasprave o ekocidu kao međunarodnom zločinu, analiziraju predloženi elementi bića ovog krivičnog dela, pravne mogućnosti za ostvarenje ovog cilja, potencijalne prepreke koje mogu iskrsnuti na ovom putu, kao i dosadašnja dostignuća realizovana na nacionalnom planu.

ISTORIJAT RASPRAVE O EKOCIDU KAO MEĐUNARODNOM ZLOČINU

Iako se na prvi pogled stvara utisak da su diskusije o normiranju ekocida u Rimski statut relativno nove, to u suštini nije sasvim tačno. Naime, ova tema je dobila na značaju od sedamdesetih godina prošlog veka kada je američki biolog Artur Galston prvi skovao termin ekocid 1970. godine na Konferenciji o ratu i nacionalnoj odgovornosti u Vašingtonu, zalažući se za usvajanje novog međunarodnog sporazuma o zabrani ekocida.¹ Ubrzo nakon toga, na međunarodnoj konferenciji

¹ *Ecocide law – History*, <https://ecocidelaw.com/history/>, 30. 9. 2022.

u Stokholmu, koja je održana u kontekstu usvajanja Stokholmske deklaracije ponovo je bilo reči o ekocidu. Tom prilikom je švedski premijer Ulof Palme događaje u Vijetnamskom ratu okarakterisao kao ekocid.² Međutim, u Stokholmskoj deklaraciji ovo krivično delo nije pomenuto, čime je propuštena prva prilika da se ekocid prepozna kao međunarodni zločin. Ipak, rasprave o potrebi sankcionisanja ekocida ne samo što nisu ovde zaustavljene, već su intenzivirane u narednim godinama i to kako u naučnim, tako i u stručnim krugovima.

U prilog navedenom svedoči i zalaganje profesora Ričarda Falka koji je, prateći trendove prethodnika, predložio usvajanje Međunarodne konvencije o zločinu ekocida, skicirajući među prvima obrise potencijalne definicije ekocida.³ Takođe, treba spomenuti i doprinos koji je u ovom kontekstu pružila Potkomisija UN za prevenciju diskriminacije i zaštitu manjina predlažući da se Konvencija o genocidu dopuni inkriminisanjem ekocida.⁴ O navedenom pitanju se raspravljalo takođe i prilikom pripremnih radova na izradi nacrtu Rimskog statuta, ali se od toga na kraju ponovo odustalo.⁵ Novi talas diskusija o potrebi prepoznavanja ekocida kao međunarodnog zločina u Rimskom statutu započeo je pokret Stop Ecocide International čiji eksperti su doprineli postizanju konsenzusa o nacrtu amandmana u vezi sa uključivanjem ovog krivičnog dela u listu zločina u nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda.⁶ Posebna vrednost ove poslednje inicijative za usvajanja ekocida kao petog zločina u Rimskom statutu, prepoznaje se u tome što su njeni eksperti uspeali da predlože elemente bića ovog krivičnog dela, čime su otišli korak dalje u odnosu na dotadašnje predloge koji su se, kako je ova analiza pokazala, ograničavali na ukazivanje na značaj donošenja međunarodnog dokumenta koji bi zabranio ovaj zločin. Iz tog razloga, potrebno je u daljim redovima analizirati predložene elemente bića ekocida, kako bi se uvideli dometi ove inicijative.

² Heather Alberro, Luigi Daniele, „Ecocide: why establishing a new international crime would be a step towards interspecies justice“, <https://theconversation.com/ecocide-why-establishing-a-new-international-crime-would-be-a-step-towards-interspecies-justice-162059>, 30. 9. 2022.

³ Michael Karnavas, „Ecocide: Environmental Crime of Crimes or Ill-Conceived Concept?“, <http://opiniojuris.org/2021/07/29/ecocide-environmental-crime-of-crimes-or-ill-conceived-concept/>, 30. 9. 2022.

⁴ Ecocide law – History, op. cit., 30. 9. 2022.

⁵ Haroon Siddique, „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>, 30. 9. 2022.

⁶ Stop Ecocide International, „Legal Definition Of Ecocide – An historic moment – June 2021“, <https://www.stopecocide.earth/legal-definition>, 30. 9. 2022.

PREDLOŽENI ELEMENTI BIČA POKRETA STOP ECOCIDE INTERNATIONAL
U VEZI SA NORMIRANJEM EKOCIDA KAO PETOG ZLOČINA
U RIMSKOM STATUTU

Pokret Stop Ecocide International je nakon intenzivnog rada došao do zaključka da bi se pod krivičnim delom ekocida za potrebe Rimskog statuta trebalo podvesti nezakonite ili bezobzirne radnje koje su učinjena sa znanjem da postoji značajna verovatnoća nastupanja ozbiljne i bilo široko rasprostranjene ili dugoročne štete po životnu sredinu izazvana tim radnjama.⁷ Kako se može primetiti iz izloženog određenja ekocida odustalo se od ideje iscrpnog određivanja radnji koje bi uz prisustvo navedene posledice vodile krivičnoj odgovornosti za ovo krivično delo. Umesto toga, pristupilo se definisanju ekocida na jedan uopšten način putem odabira posledične radnje. Imajući u vidu da predložena definicije ekocida obiluje pojmovima (bezobzirna radnja, ozbiljna, široko rasprostranjena ili dugoročna šteta) koji zahtevaju detaljnije objašnjenje tvorci ovog predloga su nastojali da pojašne koja ponašanja se pod njima podrazumevaju. Tako, prema njihovom shvatanju, bezobzirno ponašanje podrazumeva preduzimanje radnji uz nepromišljeno, obեսno zanemarivanje štete koja bi bila očigledno prevelika u poređenju sa očekivanim društvenim i ekonomskim koristima koje bi postojale u slučaju izbegavanja njenog nastupanja. Ozbiljna šteta po životnu sredinu označava štetu koja stvara veoma teške negativne promene, uzrokujući poremećaj ili štetu za bilo koji element životne sredine, uključujući ozbiljne uticaje na život ljudi odnosno prirodne, kulturne ili ekonomske resurse. Široko rasprostranjena šteta po životnu sredinu označava štetu koja se proteže izvan ograničenog geografskog područja, prelazeći državne granice, kao i ona šteta od koje bi patio ceo ekosistem ili neke vrste ili veliki broj ljudi. Dugotrajna šteta po životnu sredinu označava štetu koja je nepovratna ili koja se ne može nadoknaditi prirodnim oporavkom u razumnom vremenskom periodu.⁸

Iz predložene definicije se uočava da su zagovornici ove ideje postojanje krivične odgovornosti za ekocid trostruko limitirali. S jedne strane potrebno je da se radi o nezakonitim ili bezobzirnim radnjama. Navedeni kvalifikativi koje radnje treba da ispune da bi uz prisutnost ostalih uslova postojala odgovornost za ekocid su tvorci ove inicijative posebno naveli usled toga što svako nastupanje ozbiljne i bilo široko rasprostranjene ili dugoročne štete po životnu sredinu ne mora biti

⁷ Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide Commentary and Core Text, June 2021, 5, <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>, 30. 9. 2022.

⁸ *Ibidem*.

izazvano nezakonitim ili bezobzirnim radnjama. S druge strane, potrebno je da preduzete radnje dovode do značajne verovatnoće nastupanja štete u životnoj sredini. Dakle, to nisu radnje čiji kapaciteti su takvi da stvaraju minimalni rizik od nastupanja štete u životnoj sredini, već naprotiv samo one radnje koje imaju takvu snagu da prouzrokuju značajnu verovatnoću da će do štete i doći.

S druge strane, to je samo potreban, ali ne i dovoljan uslov, budući da je uz njega za postojanje krivične odgovornosti u ovom slučaju neophodno da postoji značajna verovatnoća nastupanja ozbiljne i bilo široko rasprostranjene ili dugoročne štete po životnu sredinu. Iz navedenog proizilazi da su podnosioci predloga došli do konsenzusa da je neophodno da u svakom slučaju preduzete radnje dovedu do značajne verovatnoće nastupanja ozbiljne štete po životnu sredinu dok je alternativnost ostavljena za druga dva elementa i to široku rasprostranjenost i dugoročnost štetnih posledica.⁹ Na subjektivnom planu, kako se može uočiti, zagovornici ovog predloga su u definiciji ekocida istakli da učinilac nezakonite ili bezobzirne radnje treba da preduzme sa znanjem da postoji značajna verovatnoća nastupanja ozbiljne i bilo široko rasprostranjene ili dugoročne štete po životnu sredinu. Ovakva formulacija ostavlja otvoreno pitanje da li se pod ekocidom u smislu iznete definicije misli samo na radnje koje su preduzete sa direktnim umišljajem na način da je učinilac bio svestan svog dela i hteo njegovo izvršenje ili bi ovde mogle da se podvedu i radnje koje su preduzete sa eventualnim umišljajem tako da je učinilac svestan da može učiniti delo pa je na to pristao, uključujući čak i one akte koju su preduzeti iz nehata. Ipak, čini se da bi izneta opcija predstavljala preterano proširivanje zone kažnjivosti kod ovog krivičnog dela kod koga bi trebalo oglasiti krivim samo one učinioce koji su postupali sa umišljajem, čime bi se krivična odgovornost vezivala samo za najteže slučajeve.

Osim iznetih otvorenih pitanja od čijeg rešavanja zavisi odgovor kako će biće ekocida biti formulisano, u kontekstu ideje o prihvatanju ovog krivičnog dela u Rimskom statutu kao petog zločina u nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda od značaja je razmotriti i pravne mogućnosti za realizaciju ove ideje.

PRAVNE MOGUĆNOSTI ZA INKRIMINISANJE EKOCIDA KAO PETOG ZLOČINA U RIMSKOM STATUTU

Međunarodni krivični sud je shodno članu 5 Rimskog statuta nadležan za vođenje krivičnog postupka povodom najtežih krivičnih dela, koja su za takva proglašena od strane celokupne međunarodne zajednice. To su sledeća četiri zločina:

⁹ Stop Ecocide Foundation, op. cit., 7–10.

a) genocid; b) zločini protiv čovečnosti; c) ratni zločini; i d) agresija.¹⁰ Iz navedenog se jasno uočava da ekocid nije za sada u nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda. Od krivičnih dela u nadležnosti Suda ekocid bi najpre mogao da se jednim širim tumačenjem elemenata bića ovog krivičnog dela podvede pod zločine protiv čovečnosti pod uslovom da preduzete radnje izvršenja predstavljaju deo šireg ili sistematskog napada uperenog protiv civilnog stanovništva, kao takvog.¹¹ Stoga bi usvajanje ekocida kao petog zločina zahtevalo pokretanje pravnih mehanizama predviđenih Rimskim statutom. Drugim rečima da bi do toga došlo, potrebno je da se izvrši revizija Statuta zbog čega se postavlja pitanje pod kojim uslovima i ko je ovlašćen da traži njegovu reviziju. U skladu sa članom 121 Rimskog statuta svaka država članica može da predloži amandmane na Statut. Skupština država članica će na narednoj sednici, koja ne može biti zakazana pre isteka tri meseca od datuma obaveštenja, većinom glasova prisutnih glasača, odlučiti o tome da li da prihvati predložene amandmane. Skupština može sama da razmatra predložene amandmane ili da sazove konferenciju na kojoj će biti razmotreni predloženi amandmani ako za ovu vrstu konferencije postoji potreba s obzirom na prirodu predloženih amandmana. Usvajanje amandmana na sednici Skupštine država članica ili na konferenciji na kojoj ne može da se postigne konsenzus, podrazumeva najmanje dvotrećinsku većinu glasova država članica (trenutno 82/123). Amandman stupa na snagu sa dejstvom na sve države članice, godinu dana pošto su instrumenti ratifikacije ili prihvatanja deponovani kod Generalnog sekretara UN od strane 7/8 država članica, dok svaka država članica koja ga nije prihvatila može da istupi iz Statuta odmah. Iz izloženog proizilazi da se postupak za sprovođenje revizije Statuta sastoji od četiri sukcesivne faze i to: 1) podnošenja predloga amandmana; 2) odlučivanja na Skupštini država članica odnosno posebnoj konferenciji o prihvatljivosti predloženog amandmana; 3) usvajanja amandmana; i 4) ratifikacije usvojenih amandmana.¹²

POTENCIJALNE PREPREKE NORMIRANJU EKOCIDA KAO PETOG ZLOČINA U RIMSKOM STATUTU

Iako je prethodna analiza pokazala da su u pogledu inkriminisanja ekocida kao međunarodnog zločina učinjeni značajni pomaci postizanjem konsenzusa

¹⁰ International Criminal Court, Rome Statute of the International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>, 30. 9. 2022.

¹¹ Jérôme de Hemptinne, „Ecocide: an Ambiguous Crime?“, <https://www.ejiltalk.org/ecocide-an-ambiguous-crime/>, 30. 9. 2022.

¹² How Do We Make Ecocide An International Crime?, Stop Ecocide International, <https://www.stopecocide.earth/making-ecocide-a-crime>, 30. 9. 2022.

o elementima bića ovog krivičnog dela, što uz prisustvo procesnih mogućnosti predviđenih Rimskim statutom otvara vrata ka njegovom usvajanju kao petog zločina u nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda, deluje da niz potencijalnih prepreka put kao ovom cilju čini teško ostvarivim u bliskoj budućnosti. Jedna od ključnih prepreka normiranju ekocida kao međunarodnog zločina, odnosi se na potrebu da predložena definicija koja je nastala kao rezultat ekspertskega rada dobije podršku međunarodne zajednice, što podrazumeva da bude prihvaćena od strane većine zemalja. Imajući u vidu da se svaka zemlja rukovodi svojim interesima, te da danas u tehnološkom društvu ekonomski interesi moćnih kompanija ostvaruju značajan uticaj na donosiocima odluka po pitanjima od značaja za ekološku problematiku, jasno je koliko je težak zadatak normirati u nacionalnim okvirima ekocid kao krivično delo.

Međutim, upravo iz navedene prepreke proizilazi i druga koja se tiče nemogućnosti da multinacionalni subjekti prema Rimskom statutu budu pozivani na krivičnu odgovornost. U skladu sa članom 25 stav 1 Rimskog statuta Sud je, u skladu sa ovim Statutom, nadležan za vođenje krivičnog postupka isključivo protiv fizičkih lica, što bi značilo da bi postupci pred Međunarodnim krivičnim sudom mogli da budu pokrenuti samo protiv odgovornih pojedinaca iz multinacionalnih kompanija.¹³

U svakom slučaju, uprkos tome što deluje da je ova prepreka lako otklonjiva, problem ostaje vezan za postizanje konsenzusa država oko objektivnih i subjektivnih elemenata bića ekocida. S tim u vezi, sasvim je realno zamisliti da će pojedine zemlje biti za to da se ekocid inkriminiše na krajnje uopšten način putem posledične radnje, tako da bi svaka preduzeta radnja koja je podobna da dovede do normirane posledice mogla da se podvede pod ovo krivično delo. Nasuprot tome, moguće je pretpostaviti da će druge zemlje biti za to da se u cilju izbegavanja neodređenosti i potencijalnog kršenja načela zakonitosti u delu *lex certa* ekocid normira putem propisivanja iscrpne liste ekoloških krivičnih dela čije bi izvršenje uz ispunjenost drugih postavljenih uslova vodilo postojanju odgovornosti za ekocid.

Ipak, ovde se javljaju nove prepreke za postizanje saglasnosti oko objektivnih elemenata ekocida. Drugim rečima, postavlja se kao ključno pitanje kako postaviti potreban prag koji će napraviti jasnu razliku između postojanja odgovornosti za obično krivično delo zagađenja životne sredine od odgovornosti za ekocid kao najtežeg zločina protiv životne sredine.¹⁴ Upravo na ovom mestu postoji najveći broj

¹³ Emma O'Brien, „An international crime of 'ecocide': what's the story?“, <https://www.ejiltalk.org/an-international-crime-of-ecocide-whats-the-story/>, 30. 9. 2022.

¹⁴ *Ibidem*.

mogućnosti za razmimoilaženje stavova i gledišta država. Dok je za pretpostaviti da će jedne zahtevati da je potrebno da su preduzete radnje dovele do kumulativno ozbiljnih, široko rasprostranjenih i dugoročnih štetnih ekoloških posledica, druge će insistirati na tome da je dovoljno da su preduzete radnje dovele do alternativnog nastupanja izloženih posledica (ozbiljno *ili* široko rasprostranjeno *ili* dugoročno). Dodatno, usložnjavanju predmetne prepreke doprinosi i potencijalni problem različitih tumačenja pojmova ozbiljno, široko rasprostranjeno i dugoročno, što može otvoriti širom vrata za pravnu nesigurnost, budući da bi isto ponašanje u jednoj zemlji vodilo zasnivanju krivične odgovornosti za ekocid, dok to ne bi bio slučaj u drugoj zemlji. Dakle, iz izloženog jedino je nesporno, čini se, da prag odgovornosti za ekocid mora biti postavljen visoko jer se radi o najtežem krivičnom delu protiv životne sredine, dok sva ostala pitanja od značaja za konkretizaciju obima, dometa i granica ovog praga ostaju otvorena za dalje diskusije.

Ako se čini da su sve dileme iscrpljene sa izloženim preprekama koje se odnose na objektivne elemente ekocida, to nije tako budući da otvorena pitanja za različita tumačenja postoje i u pogledu subjektivnih obeležja ovog krivičnog dela. U pogledu subjektivne strane odgovornosti Rimski statut u članu 30 zahteva da je učinilac prilikom izvršenja krivičnog dela postupao svesno i voljno i to u odnosu na: a) radnju izvršenja – lice želi izvršenje krivičnog dela; i b) posledicu – lice želi nastupanje posledice krivičnog dela ili je svesno da usled njegovog činjenja ili nečinjenja zabranjena posledica može nastupiti, pa pristaje na njeno nastupanje.

Iz navedenog se uočava da Rimski statut osnov vinosti temelji na umišljaju. Kada se izložena odredba dovede u kontekst radnji izvršenja ekocida u odnosu na koje treba primetiti da se zahteva da su podobne da dovedu do uništavanja životne sredine onda postaje jasno da bi pojedine zemlje insistirale na sužavanju zone ka-žnjivosti za ovo krivično delo samo na one slučajeve koji bi bili izvršeni sa umišljajem, dok bi druge verovatno bile protiv tog predloga rukovođene argumentom da ekološke katastrofe uglavnom nastaju kao rezultat svesnog nehata. S druge strane, zemlje koje bi bile protiv ovog argumenta verovatno bi pravdale svoje stav time da bi uvrščivanje odgovornosti i za nehat predstavljalo neopravdano proširivanje dometa postojećih zahteva u pogledu oblika vinosti koji propisuje član 30 Rimskog statuta.¹⁵ Izložene nedoumice u pogledu objektivnih i subjektivnih elemenata bića ovog krivičnog dela koje mogu predstavljati potencijalne prepreke budućem prihvatanju ekocida najbolje je sagledati analizom postojećih rešenja u nacionalnim pravnim okvirima, kako bi se prepoznao pravac u kome se kreću zakonodavci prilikom njegovog normiranja.

¹⁵ *Ibidem.*

EKOCID U NACIONALNIM KRIVIČNIM ZAKONODAVSTVIMA

Iako ekocid još uvek nije prihvaćen i prepoznat kao međunarodni zločin na svetskom nivou, postoje pojedina zakonodavstva koja su ovo krivično delo inkriminisala u svoje nacionalne okvire. U ta zakonodavstva se ubrajaju Belorusija, Gruzija, Jermenija, Kazahstan, Kirgistan, Moldavija, Ruska Federacija, Tadžikistan i Ukrajina. Ove zemlje su u svoja krivična zakonodavstva inkorporisala ekocid kao samostalno krivično delo. Zajednička karakteristika ovih zakonodavstva je da pod radnjama izvršenja ekocida podrazumevaju preduzimanje onih radnji putem kojih dolazi do masovnog uništenja prirodnih vrednosti u životnoj sredini ili opasnosti od nastupanje ekološke katastrofe. Druga zajednička karakteristika se odnosi na prilično strogo postavljeni kako zakonski minimum, tako i maksimum predviđene kazne za ekocid, što i ne treba da iznenađuje budući da ovo krivično delo spada u najteže krivično delo protiv životne sredine.

Konačno, zanimljivo je primetiti da sve gorenavedene zemlje koje inkriminišu ekocid kao krivično delo pripadaju geografski posmatrano državama istočne Evrope odnosno Evroazije. U Belorusiji je ekocid normiran članom 131 Krivičnog zakonika kao namerno masovno uništavanje flore ili faune, ili zagađenje atmosferskog vazduha ili vodnih resursa, ili preduzimanje drugih radnji koje mogu izazvati ekološku katastrofu (ekocid). Za ovo delo se kažnjava zatvorom od deset do petnaest godina.¹⁶ U Gruziji se pod ekocidom predviđenim članom 409 Krivičnog zakonika podrazumeva zagađenje atmosfere, zemljišta, vodnih resursa, masovno uništavanje faune ili flore ili bilo koje drugo delo koje može dovesti do ekološke katastrofe. Za ovo delo se kažnjava zatvorom od dvanaest do dvadeset godina. Ipak, ako je isto delo učinjeno tokom oružanih sukoba, učinilac će se kazniti zatvorom od četrnaest do dvadeset godina ili kaznom doživotnog zatvora.¹⁷ U Jermeniji je ekocid inkriminisan članom 394 Krivičnog zakonika kao masovno uništavanje flore ili faune, zagađenje životne sredine, zemljišta ili vodnih resursa, kao i preduzimanje drugih radnji koje izazivaju ekološku katastrofu, za koje se kažnjava zatvorom od 10 do 15 godina.¹⁸ U Kazahstanu se za ekocid predviđen članom 161 Krivičnog zakonika kažnjava istom kaznom zatvora od deset do petnaest godina učinilac koji masovno uništava flore ili faune, zagađuje atmosferu, zemljište ili vodne resurse, kao i ako izvršava druge radnje koje su izazvale ili mogu izazvati ekološku

¹⁶ Krivični zakonik Belorusije br. 275-Z od 9. jula 1999. godine, <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=hk9900275>, 30. 9. 2022.

¹⁷ Krivični zakonik Gruzije od 22. jula 1999. godine, <https://www.matsne.gov.ge/>, 30. 9. 2022.

¹⁸ Krivični zakonik Jermenije od 18. aprila 2003. godine, <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1349&lang=eng>, 30. 9. 2022.

katastrofu.¹⁹ U Kirgistanu ekocid je sankcionisan članom 409 Krivičnog zakonika kao masovno uništavanje životinjskog ili biljnog carstva, zagađenje atmosfere ili vodnih resursa, kao i činjenje drugih radnji koje mogu izazvati ekološku katastrofu, za koje će se učinilac kazniti zatvorom od 12 do 20 godina.²⁰ U Moldaviji je ekocid prepoznat članom 136 Krivičnog zakonika kao namerno masovno uništavanje biljnog i životinjskog sveta, zagađenje atmosfere ili vodnih resursa i izvršenje drugih radnji koje mogu izazvati ili prouzrokovati ekološku katastrofu, za koje se učinilac kažnjava zatvorom od 10 do 15 godina.²¹ U Ruskoj Federaciji članom 358 Krivičnog zakonika je inkriminisan ekocid kao masovno uništavanje životinjskog ili biljnog carstva, zagađenje atmosfere ili vodnih resursa, kao i činjenje drugih radnji koje mogu izazvati ekološku katastrofu, za koje se kažnjava zatvorom od 12 do 20 godina.²² U Tadžikistanu, članom 400 Krivičnog zakonika ovo krivično delo je predviđeno kao masovno uništavanje flore i faune, zagađenje atmosfere ili vodnih resursa, kao i činjenje drugih radnji koje mogu izazvati ekološku katastrofu, za koje je zaprećena kazna zatvora od 15 do 20 godina.²³ U Ukrajini je članom 441 ekocid određen kao masovno uništavanje flore i faune, zagađenje vazdušnih ili vodnih resursa, kao i druge radnje koje mogu izazvati ekološku katastrofu, za koje se kažnjava zatvorom od osam do petnaest godina.²⁴

S druge strane, iako još uvek zapadne zemlje nisu masovno kriminalizovale ekocid kao krivično delo u svojim zakonodavstvima čini se da se prvi koraci po ovom pitanju intenzivno preduzimaju. Tako je primera radi u Francuskoj prošle godine usvojen Zakon o borbi protiv klimatskih promena i izgradnji otpornosti na njihove efekte koji je uveo i ekocid kao krivično delo za koje se strogo kažnjava. Ovaj zakon uvodi kazne do 10 godina zatvora i novčanu kaznu do 4,5 miliona evra.²⁵

¹⁹ Krivični zakonik Kazahstana br. 167 od 16. jula 1997. godine, https://adilet.zan.kz/eng/docs/K970000167_#:~:text=A%20crime%20committed%20in%20the,of%20the%20Republic%20of%20Kazakhstan, 30. 9. 2022.

²⁰ Krivični zakonik Kirgistanu br. 127 od 28. oktobra 2021. godine, <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/112309>, 30. 9. 2022.

²¹ Krivični zakonik Moldavije br. 985 od 18. aprila 2002. godine, https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=109495&lang=ro, 30. 9. 2022.

²² Krivični zakonik Ruske Federacije br. 63-FZ od 13. juna 1996. godine, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/, 30. 9. 2022.

²³ Krivični zakonik Tadžikistana br. 574 od 21. maja 1998. godine, http://minfin.tj/downloads/008%20ugol_kod__rus.pdf, 30. 9. 2022.

²⁴ Krivični zakonik Ukrajine br. 2341-III od 5. aprila 2001. godine, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30418109&pos=518;-52#pos=518;-52, 30. 9. 2022.

²⁵ Zakon o borbi protiv klimatskih promena i izgradnji otpornosti na njihove efekte br. 2021-1104 od 22. avgusta 2021. godine, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043956924>, 30. 9. 2022.

Predmetni francuski zakon pod ekocidom shodno članu 231 stav 3 podrazumeva preduzimanje radnji putem kojih se umišljajno kršeći propise ispušta u vazduh ili u površinske, podzemne ili u morske vode jedna ili više supstanci čije delovanje ili reakcije izazivaju ozbiljne i trajne štetne posledice po zdravlje, floru, životinjski svet ili ozbiljne promene u normalnom režimu vodosnabdevanja. Takođe, ovo krivično delo postoji u slučaju umišljajnog odlaganja otpada bez ispunjenja zahteva koji se odnose na karakteristike, količine, tehničke uslove za upravljanje otpadom i primenjene procese tretmana, kada ove radnje prouzrokuju ozbiljnu i trajnu degradaciju faune i flore ili kvaliteta vazduha, zemljišta ili vode. Trajni štetni efekti na zdravlje ili oštećenje flore ili faune su prema ovom zakonu oni za koje se pretpostavlja da će trajati najmanje sedam godina. Dodatna vrednost ovog zakona, osim prepoznavanja ekocida u nacionalnim okvirima, normirana je članom 296 shodno kojem je predviđena pravna osnova za priznavanje ekocida kao krivičnog dela za koje se može suditi pred međunarodnim krivičnim sudom. Prateći dostignuća predmetnog francuskog zakona i u Belgiji se intenzivno deluje u pravcu inkriminisanja ekocida u nacionalnim i međunarodnim okvirima, o čemu svedoči i s tim u vezi podneta prošlogodišnja Rezolucija zelenih stranaka.²⁶ Takođe, pozivi i apeli na kriminalizaciju ekocida postoje i u Švedskoj, Velikoj Britaniji, Portugalu, Holandiji i Kanadi, ali i drugim zemljama.²⁷

Činjenica koja u ovom trenutku svakako doprinosi tome što sve zemlje članice Evropske unije nisu još uvek normirale ekocid kao krivično delo u nacionalnim okvirima jeste ta da unutar same Evropske unije nije postignut konsenzus o potrebi njenog prepoznavanja kao samostalnog ekološkog zločina. O navedenom posebno svedoči podatak da u trenutku u kojem su napori Evropske unije bili usmereni na sačinjavanje predloga nove Direktive o zaštiti životne sredine putem krivičnog prava do čega je i došlo krajem prošle godine, ekocid nije uvršćen u inoviranu listu ekoloških krivičnih dela koja bi trebalo da budu sankcionisana od strane zemalja članica. Ekocid se u inoviranom predlogu teksta predmetne Direktive pominje samo u uvodnom delu teksta i to kao jedna od potencijalnih otežavajućih okolnosti inkriminiranih ekoloških krivičnih dela u slučaju kada je nastala značajna i nepovratna ili dugotrajna šteta celom ekosistemu.²⁸ U obraćanju Komisije Evropskom

²⁶ Predlog rezolucije kojom se poziva na uključivanje zločina ekocida u međunarodno krivično pravo, <https://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=fr&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbn.cfm?lang=F&legislat=55&dossierID=1429>, 30. 9. 2022.

²⁷ E. O'Brien, op. cit., 30. 9. 2022.

²⁸ Predlog Direktiva Evropskog Parlamenta i Saveta o zaštiti životne sredine putem krivičnog prava i zameni Direktive 2008/99/EC, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_179760_prop_dir_env_en.pdf, 30. 9. 2022.

parlamentu i Savetu o jačanju borbe protiv ekološkog kriminala koje je učinjeno paralelno sa objavljivanjem predloga predmetne Direktive Evropska komisija je istakla da će u pogledu budućeg postavljanja prema inkriminaciji ekocida pomno pratiti dalja međunarodna dešavanja u vezi sa definicijom i mogućim odgovorima na ovo krivično delo.²⁹

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Uprkos tome što u ovom trenutku nije u potpunosti sazrela svest i potreba o prepoznavanju ekocida kao međunarodnog zločina za koji bi bio nadležan Međunarodni krivični sud, ohrabruje činjenica da se u stručnim i naučnim krugovima intenziviraju rasprave o daljim koracima za ostvarenje ovog cilja. Iako raduje činjenica da je prošlogodišnjim objavljivanjem potencijalne definicije ekocida kao petog zločina u Rimskom statutu učinjen značajan iskorak ka stvaranju uslova za njegovo prihvatanje kao međunarodnog zločina, put do tog cilja je i dalje prilično nedostižan. Ovo stoga što je dostignuće ostvareno objavljivanjem definicije ekocida rezultat ekspertske aktivnosti koje tek treba da budu predmet političkih rasprava u međunarodnoj zajednici, a da bi do toga uopšte i došlo neophodan je ključan preduslov za to, koji se ispoljava u postojanju političke volje. Premda ne može da se ospori da politička volja postoji, o čemu svedoče kako nacionalna zakonodavstva koja su već inkriminirala ekocid kao krivično delo, tako i ona u čijim se zemljama sve učestalije zagovara potreba njegovog normiranja, ostaje upadljivo trenutno odsustvo šireg konsenzusa država o potrebi normiranja ekocida kao međunarodnog zločina. Upravo iz navedenog razloga čini se da je nakon objavljivanja predložene definicije ekocida od strane pokreta Stop Ecocide International nastao pravi momentum da se i među državama intenziviraju rasprave o potrebi usvajanja ovog krivičnog dela kao međunarodnog zločina. U ovim raspravama ključno mesto treba da zauzme diskusija o ujednačavanju potrebnih objektivnih i subjektivnih elemenata bića ekocida.

Kod objektivnih elemenata fokus budućih rasprava treba usmeriti ka postizanju konsenzusa u vezi sa tumačenjem pojmova bezobzirnog i nezakonitog postupanja, odnosno značajne verovatnoće od nastupanja ozbiljne i bilo široko rasprostranjene ili dugoročne štete. Pod bezobzirnim postupanjem treba razumeti one radnje koje se izvršavaju na jedan obestan način, uz odsustvo adekvatnog vaganja između koristi od njihovog preduzimanja i verovatnoće nastupanja štete. Nezakonito postupanje podrazumeva preduzimanje radnji u suprotnosti sa onim ponašanjem koje je zabranjeno.

²⁹ Obračanje Komisije Evropskom parlamentu i Savetu o jačanju borbe protiv ekološkog kriminala https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_5_179778_comm_env_en.pdf, 30. 9. 2022.

Ipak, kod ekocida poseban problem u ovom pogledu predstavlja činjenica da ovo krivično delo nije univerzalno prepoznato i sankcionisano ni u nacionalnim ni u međunarodnim okvirima, zbog čega u onim zemljama koje još uvek ne poznaju ekocid kao krivično delo nema ni nezakonitosti. Iz tog razloga ovaj kvalifikativ treba tumačiti u jednom budućem kontekstu kada ekocid bude inkriminisan i u međunarodnim i u nacionalnim okvirima. Odrednicu značajna verovatnoća treba vezivati za slučajeve u kojima se na osnovu okolnosti slučaja može pretpostaviti da opasnost od nastupanja štete neposredno predstoji, što bi ukazivalo da bi gotovo izvesno do toga i došlo. Dakle, u ovom kontekstu potrebno je isključiti one situacije u kojima postoji neka udaljena opasnost za koju je malo verovatno da može prouzrokovati nastupanje štete. Pojmove ozbiljna, široko rasprostranjena ili dugoročna šteta treba dovesti u kontekst kvalitativnog i kvantitativnog okvira posmatranja. U tom smislu, ozbiljnost štete treba razumeti kao kvalitativni kvalifikativ, dok široku rasprostranjenost i dugoročnost štete treba shvatiti kao kvantitativni prostorni i vremenski kvalifikativ. Pojam ozbiljne štete treba da obuhvati sve one radnje kojima se nanosi znatna šteta prirodnim vrednostima. Drugim rečima, u kontekstu ovog kvalifikativa fokus je na težini nastupele štete, u smislu da ona ostavlja snažne i teške posledice.

Kada je reč o širokoj rasprostranjenosti, pitanje koje se na ovom mestu otvara odnosi se na to da li je za postojanje ove odrednice potrebno zahtevati da je šteta nastupila na području čija je površina tačno precizirana ili je dovoljno da se ona okvirno opiše. Deluje je da merilo ispunjenosti odrednice široke rasprostranjenosti nije potrebno vezivati samo za površine čija je veličina precizno omeđena primera radi prostorom od nekoliko stotina ili hiljada kvadratnih kilometara. Široku rasprostranjenost treba naprotiv tumačiti u kontekstu obima štete koja je nastupila na određenom području. To nekada može i da bude područje manje površine, ali ako šteta pogađa veliki broj ljudi, ili značajan broj predstavnika određene vrste ili ceo ekosistem koji je na njemu nastanjen onda će svakako biti ispunjen uslov široke rasprostranjenosti. Kod dugoročnosti glavno pitanje se odnosi na to koliko je potrebno vremena da protekne da bi moglo da se kaže da je predmetni kvalifikativ ispunjen. Da li to vreme treba meriti na nivou nekoliko dana ili meseci ili je potrebno obračunavati u godinama ili čak decenijama. Čini se da u slučaju ovog krivičnog dela, neopredeljivanje ni za jednu od izloženih opcija ne bi previše pomoglo budući da će u smislu ekocida vremenski okvir potreban da bi moglo da se konstatuje da je dugoročnost štete nastupila zavisiti od okolnosti konkretnog slučaja. Međutim, ne treba se izričito opredeliti ni za jednu opciju jer ona neće moći da bude primenljiva na sve buduće slučajeve. Iz tog razloga je značajno što su se tvorcima predložene definicije ekocida opredelili za razuman vremenski period jer je ova odrednica primenljiva na svaki konkretni slučaj.

Na kraju treba skrenuti pažnju da će osim teškoća u vezi sa samim tumačenjem predmetnih odrednica iz predložene definicije ekocida, posebne probleme zadavati odgovor na pitanje da li one treba da budu prihvaćene alternativno ili kumulativno. S tim u vezi, jedino je nesporno da je za postojanje odgovornosti za ekocid neophodno u svakom slučaju da je ispunjen kvalitativni kvalifikativ koji se ispoljava u ozbiljnosti štete. S druge strane, od toga da li će se za postojanje odgovornosti za ekocid zahtevati stroži ili blaži uslovi zavisice i to da li će se uz ozbiljnost štete tražiti da je ona kumulativno ili alternativno prouzrokovala široko rasprostranjene i dugoročne posledice. Opređenje za alternativnost vodilo bi manjem broju uslova potrebnim za postojanje odgovornosti za ekocid, jer bi osim ozbiljnosti štete bilo dovoljno utvrditi da je ona prouzrokovala bilo široko rasprostranjene ili dugoročne posledice. Nasuprot tome, kumulativnost bi zahtevala da se odgovornost za ekocid veže za one slučajeve u kojima bi sve tri odrednice bile prisutne.

Što se tiče subjektivnog elementa potrebnog za postojanje odgovornosti za ekocid čini se da uključivanje i nehata pored umišljaja ne bi odgovaralo suštini i prirodi ovog krivičnog dela. Ovo stoga što bi kroz ovo krivično delo trebalo da se sankcionišu samo one posledične radnje koje, zbog toga što su podobne da dovedu do ozbiljnih, široko rasprostranjenih i dugoročnih posledica, mogu biti učinjene samo sa umišljajem direktnim ili eventualnim, ali ne i sa nehatom. Suprotno razmišljanje ne samo da nije na linijama Rimskog statuta koji osnov vinosti bazira na umišljajnom postupanju, nego je i teško logički prihvatiti zasnivanje odgovornosti kod ekocida na nivou svesnog nehata kada se kod ovog krivičnog dela zahteva da učinilac postupa sa znanjem da radnje koje preduzima mogu dovesti do nastupanja ozbiljnih, široko rasprostranjenih i dugoročnih posledica. Ovo stoga što je za ekocid karakteristično umišljajno postupanje uz prisustvo ciljanog delanja u pravcu prouzrokovanja navedene posledice, što isključuje slučajeve olakog držanja da do toga neće doći ili da će to moći sprečiti. Otud ne bi trebalo dozvoliti da se odgovornost širi i na svesni nehat, tim pre jer bi to vodilo novim problemima u vezi sa razgraničenjem sa eventualnim umišljajem. S druge strane, proširivanje odgovornosti za ekocid u slučaju nesvesnog nehata bi tek stvorilo probleme na dokaznom planu, budući da bi tada trebalo utvrditi da učinilac iako nije bio svestan da svojom radnjom može učiniti predmetno delo prema okolnostima pod kojima je ono učinjeno i prema svojim ličnim svojstvima to je bio dužan ili je mogao biti svestan te mogućnosti. Na osnovu priloženog, očigledno je da zonu kažnjivosti kod ekocida treba svesti samo na slučajeve umišljajnog postupanja.

Nezavisno od svih prepreka, naposljetku treba konstatovati da bi usvajanje ekocida kao međunarodnog zločina za koji bi bio nadležan Međunarodni krivični sud poslalo jasan signal svim potencijalnim zagađivačima da preduzimanje radnji

koje su podobne da dovedu do ekoloških katastrofa neće ostati nekažnjene, čime bi imperativ zaštite životne sredine, koji svi mi treba da sledimo, dobio na posebnom značaju. Da li će do toga zaista i doći pokazaće vreme pred nama, a to će zavisiti pre svega od postojanja političke volje država da prihvate mogućnost da fizičkim licima u slučajevima ekocida sudi Međunarodni krivični sud.

NIKOLA PAUNOVIĆ

Third Secretary at the Ministry of Foreign
Affairs of the Republic of Serbia
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

ECOCIDE AS THE FIFTH CRIME IN THE ROME STATUTE BETWEEN MYTH AND REALITY

Summary

In these times in which economic development and technological achievements define the dynamics and way of our life one of the issues that is often neglected is whether we are aware to what extent the absence of recognition and timely treatment of environmental problems can negatively affect the quality of the environment. Is it necessary to cause irreversible damage to the environment that would inevitably lead to the denial of the possibility to satisfy all our daily needs, in the way we have done it until now, in order for us to realize that the time has come to act proactively in an environmentally friendly manner. Precisely, the scale of consequences that cases of environmental pollution can cause have contributed to an increasing discussion at the global level about the recognition of ecocide as the fifth crime in the Rome Statute. In this regard, the paper analyzes the legal possibilities for achieving this goal, the achievements so far realized on the national level, as well as the potential obstacles that may arise on this path. In the concluding remarks, it is pointed out that the criminalization of this crime, although legally feasible, seems practically idealistic and pretentious in the forthcoming period due to the numerous obstacles that stand in that way.

Key words: ecocide, environment, Rome Statute, fifth crime, environmental awareness

Literatura

Alberro H., Daniele L., „Ecocide: why establishing a new international crime would be a step towards interspecies justice“, <https://theconversation.com/ecocide-why-establishing-a-new-international-crime-would-be-a-step-towards-interspecies-justice-162059>.

Ecocide Law – History, <https://ecocidelaw.com/history/>.

Hemptinne de J., „Ecocide: an Ambiguous Crime?“, <https://www.ejiltalk.org/ecocide-an-ambiguous-crime/>.

- „How Do We Make Ecocide An International Crime?“, *Stop Ecocide International*, <https://www.stopecocide.earth/making-ecocide-a-crime>.
- Karnavas M., „Ecocide: Environmental Crime of Crimes or Ill-Conceived Concept?“, <http://opiniojuris.org/2021/07/29/ecocide-environmental-crime-of-crimes-or-ill-conceived-concept/>.
- „Legal Definition Of Ecocide – An historic moment – June 2021“, *Stop Ecocide International*.
- O’Brien E., „An international crime of ‘ecocide’: what’s the story?“, <https://www.ejiltalk.org/an-international-crime-of-ecocide-whats-the-story/>.
- Siddique H., „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>.
- Stop Ecocide Foundation, „Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide Commentary and Core Text“, June 2021, <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>.

PREGLEDNI RAD

TINA JANJATOVIĆ
MIRKO POPOVIĆ

PРАВНА ЗАШТИТА I УЧЕШЋЕ ЈАВНОСТИ U ИЗРАДИ ПЛАНСКИХ ДОКУМЕНАТА КОЈИ SE ОДНОСЕ НА ЖИВОТНУ СРЕДИНУ U РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

U radu su razmotreni pojam i značaj usvajanja Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine (Arhuska konvencija) i analizirane odredbe čl. 9 Arhuske konvencije koji reguliše pravo na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine. Učinjen je prikaz pravnog okvira za učešće javnosti u izradi planskih dokumenata koji se odnose na životnu sredinu u Republici Srbiji. Pored toga, izloženi su slučajevi učešća javnosti i pravne zaštite u izradi planskih dokumenata koji se odnose na životnu sredinu. Najzad, autori su podvukli glavne izazove i potrebu za unapređenjem procedura učešća javnosti i pravne zaštite u izradi planskih dokumenata.

Ključne reči: pravna zaštita, učešće javnosti, Arhuska konvencija, planski dokumenti, prostorni plan

ARHUSKA KONVENCIJA

Najznačajniji međunarodni ugovor u oblasti zaštite i demokratizacije životne sredine nesumnjivo je Arhuska konvencija. Arhuska konvencija je, argumentovano, najistaknutiji međunarodni pravni instrument demokratizacije životne

Tina Janjatović, master prava, Ministarstvo zaštite životne sredine Republike Srbije, samostalni savetnik, e-mail: tjanjatovic@gmail.com.

Mirko Popović, programski direktor, Regulatorni institut za obnovljivu energiju i životnu sredinu, Beograd, e-mail: mirko.popovic@reri.org.rs.

sredine¹ koji predstavlja uspešno ostvarenje povezivanja dve različite grupe prava – ljudskih prava i prava zaštite životne sredine.² Arhuska konvencija³ je usvojena 25. juna 1998. godine na četvrtoj ministarskoj konferenciji Životna sredina za Evropu (u gradu Arhusu u Danskoj), u okviru aktivnosti Ekonomske komisije Ujedinjenih nacija za Evropu, a stupila je na snagu 30. oktobra 2001. godine.⁴ Arhuska konvencija utvrđuje posebne obaveze država članica u pogledu tri grupe pitanja:

- dostupnost informacija o životnoj sredini;
- učešće javnosti u donošenju odluka koje se tiču životne sredine, i
- prava na pravnu zaštitu u oblasti životne sredine,

što čini tri stuba Arhuske konvencije. U Arhuskoj konvenciji prvi put pravo svake osobe „da živi u životnoj sredini koja odgovara njenom zdravlju i blagostanju“ postaje ljudsko pravo.⁵ Čl. 1 Arhuske konvencije uspostavlja vezu između ljudskih prava i učešća javnosti. Postavljanje pitanja životne sredine na čvrstim osnovama individualnih prava dugogodišnji je cilj mnogih zaštitnika životne sredine, a posebno sposobnost ljudskih prava da direktno zaštite životnu sredinu.⁶ Veze između zaštite životne sredine i ljudskih prava predstavljaju ključnu dimenziju pravila Arhuske konvencije. U preambuli Konvencije to se eksplicitno konstatuje formulacijom da je „adekvatna zaštita životne sredine od osnovne važnosti po ljudsku dobrobit i uživanje osnovnih ljudskih prava, uključujući i samo pravo na život“, a u članu 1. Konvencije „zaštita prava svakog pojedinca sadašnjih i budućih generacija na život u životnoj sredini adekvatnoj njegovom zdravlju i blagostanju“, odnosno „garantovanje prava na dostupnost informacija, učešće javnosti u donošenju odluka i pravo na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine“, proglašavaju se ciljevima ovog međunarodnog ugovora.⁷

¹ Jeremy Wates, „The Aarhus Convention: A Driving Force for Environmental Democracy“, *Journal of European Environmental and Planning Law*, Iss. 1, 2005, 2.

² Luc Lavrysen, „The Aarhus Convention: Between Environmental Protection and Human Rights, in: Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme“, *Liber amicorum Michel Melchior*, Anthemis, 2010, 653.

³ Konvencija o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine (Arhus, 1998).

⁴ Zakon o potvrđivanju konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine (Arhuska konvencija), *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 38/2009).

⁵ Tina Janjatić, „Donošenje uredbe o učešću javnosti u izradi određenih planova i programa u oblasti zaštite životne sredine“, *Pravni život*, br. 9, Tom I, Beograd, 2019, 402.

⁶ Jane Holder, Maria Lee, *Environmental Protection, Law and Policy*, Cambridge University Press, New York, 2007, 105.

⁷ Mirjana Drenovak-Ivanović, „Vanredno ukidanje rešenja: odnos javnog interesa i interesa zaštite životne sredine“, *Analni Pravni fakulteta u Beogradu*, br. 2, 2014, 133–145.

Arhuska konvencija je pravni dokument koji je usvojen sa ciljem da se građanima dodeli pravo na pristup informacijama o životnoj sredini kako bi se povećala svest javnosti o pitanjima životne sredine i unapredila transparentnost nacionalnih administracija i institucija EU. Dalje, njen cilj je proširenje učešća javnosti u procesu donošenja odluka, što bi povećalo odobravanje javnosti za aktivnosti koje utiču na životnu sredinu. Što je najvažnije, pojedincima i ekološkim organizacijama treba omogućiti da osporavaju ove odluke efikasnim pravnim sredstvima.⁸

PRAVNA ZAŠTITA U PITANJIMA ŽIVOTNE SREDINE

Pravna zaštita u pitanjima životne sredine najkompleksniji je i može se reći najteže implementiran stub Arhuske konvencije u državama članicama, regulisan čl. 9. Obaveze trećeg stuba Arhuske konvencije nisu u potpunosti prenete na nivo EU, jer je usvajanje Direktive o pravnoj zaštiti⁹ 2003. godine bilo neuspešno i Direktiva je ostala u fazi predloga, ostavljajući državama članicama da na nivou nacionalnih pravnih sistema usklade svoje pravne sisteme sa odredbama Arhuske konvencije.

Pravo na pravnu zaštitu u skladu sa Arhuskom konvencijom sastoji se iz sledećih komponentata:

- postupci za preispitivanje odluka u vezi sa zahtevom za dobijanje informacija;
- postupci za preispitivanje u vezi sa učešćem javnosti;
- postupci za javno preispitivanje postupaka i propusta fizičkih i pravnih lica ili organa javne vlasti;
- minimum standarda koji se odnose na postupke ostvarivanja prava na pravnu zaštitu, odluke i pravne lekove; i
- olakšavanje efikasnog ostvarivanja prava na pravnu zaštitu uz pomoć informacija o dostupnosti upravnih i sudskih postupaka preispitivanja i uspostavljanje odgovarajućih mehanizama pružanja pomoći za uklanjanje ili smanjenje finansijskih i drugih prepreka vezanih za pravo na pravnu zaštitu.¹⁰

Čl. 9 Arhuske konvencije se sastoji od pet stavova, od kojih svaki propisuje posebna prava u okviru prava na pravnu zaštitu u oblasti životne sredine.

⁸ Eric C. Poncelet, „Case Study – Access to Justice in Environmental Matters: Recent Development“, *International Community Law Review*, br. 14, 2012, 179.

⁹ Council Directive 2003/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes.

¹⁰ Slavko Bogdanović, Anđelka Mihajlov, Dragoljub Todić, Ivan Jarić „Strategija za primenu Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine – Arhuska konvencija“, *Službeni glasnik RS*, br. 103/2011, Beograd, 2011, 44.

Čl. 9. st. 1 Arhuske konvencije propisuje da svako lice koje smatra da je njegov zahtev za pristup informacijama o životnoj sredini ignorisan ili neosnovano odbijen ima pravo pristupa postupku preispitivanja pred sudom ili nekim drugim zakonom ustanovljenim nezavisnim i nepristrasnim telom. Ovaj stav je u našem pravnom sistemu uređen Zakonom o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja.¹¹ Kada postoji osnov za preispitivanje odluke, lice koja se obraća sudu ili nekom drugom nezavisnom i nepristrasnom telu ima pravo da se njegov predmet rešava po ubrzanom postupku koji je besplatna ili jeftina.

Čl. 9. st. 2 Arhuske konvencije predviđa da predstavnici zainteresovane javnosti imaju pravo na postupak preispitivanja pred sudom i/ili drugim nezavisnim i nepristrasnim telom ustanovljenim zakonom, sa ciljem pobijanja materijalne i procesne zakonitosti bilo koje odluke, činjenja ili propuštanja činjenja u skladu sa odredbama čl. 6 Arhuske konvencije. Čl. 6 Arhuske konvencije uređuje učešće javnosti u donošenju odluka o posebnim aktivnostima navedenim u Aneksu 1, a koje se odnose na najveće zagađivače životne sredine kao što su rafinerije nafte i gasa, termoelektrane, nuklearne elektrane, mineralna, hemijska industrija i dr.

Pravo pripadnika javnosti da imaju pristup upravnim i sudskim postupcima kojima se osporava činjenje ili propusti koje su učinila fizička lica ili organi javne vlasti, a koja su u suprotnosti sa odredbama njihovog nacionalnog zakonodavstva koje se odnosi na životnu sredinu propisano je čl. 9. st. 3 Arhuske konvencije.

Arhuska konvencija zahteva od država potpisnica da obezbede adekvatne i efikasne pravne lekove, uključujući i privremene mere, koje su poštene, pravične, blagovremene i nisu praćene previsokim troškovima koji otežavaju njihovo korišćenje. Odluke koje se donose treba da budu u pisanoj formi i javno dostupne.¹²

Čl. 9. st. 5 Arhuske konvencije propisuje da će svaka strana obezbediti da javnosti budu dostupne informacije o mogućnosti pokretanja upravnih i sudskih postupaka za preispitivanje, a razmotriće mogućnost ustanovljenja odgovarajućih mehanizama pružanja pravne pomoći za uklanjanje ili smanjenje finansijskih i drugih prepreka pravne zaštite.

PRAVNI OKVIR ZA UČEŠĆE JAVNOSTI U IZRADI PLANSKIH DOKUMENATA KOJI SE ODOSE NA ŽIVOTNU SREDINU U REPUBLICI SRBIJI

Prema odredbama čl. 81 Zakona o zaštiti životne sredine (ZZŽS),¹³ učešće javnosti u pogledu strateške procene uticaja obezbeđuje se u okviru izlaganja prostornog

¹¹ *Službeni glasnik RS*, br. 120/04, 54/07, 104/09, 36/10 i 105/21.

¹² Čl. 9. st. 4 Arhuske konvencije.

¹³ *Službeni glasnik RS*, br. 135/04, 36/09, 72/09, 43/11, 14/16, 76/18 i 95/18.

i urbanističkog plana, odnosno drugog plana ili programa iz čl. 35 ovog zakona na javni uvid. Strateška procena uticaja na životnu sredinu vrši se za strategije planove, programe i osnove u oblasti prostornog i urbanističkog planiranja ili korišćenja zemljišta, poljoprivrede, šumarstva, ribarstva, lovstva, energetike, industrije, saobraćaja, upravljanja otpadom, upravljanja vodama, telekomunikacija, turizma, infrastrukturnih sistema, zaštite prirodnih i kulturnih dobara, biljnog i životinjskog sveta i njihovih staništa i dr., i sastavni je deo plana, odnosno programa ili osnove (čl. 35 ZZŽS). Strateška procena uticaja na životnu sredinu mora biti usklađena sa drugim procenama uticaja na životnu sredinu, kao i sa planovima i programima zaštite životne sredine i vrši se u skladu sa postupkom propisanim posebnim zakonom. Autonomna pokrajina, odnosno jedinica lokalne samouprave, u okviru svojih prava i dužnosti, određuje vrste planova i programa za koje se izrađuje strateška procena uticaja. Prema odredbama čl. 19 Zakona o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu¹⁴ (ZSPUŽS) učešće javnosti je sastavni deo postupka odlučivanja. Pre upućivanja zahteva za dobijanje saglasnosti na izveštaj o strateškoj proceni, organ nadležan za pripremu plana i programa obezbeđuje učešće javnosti u razmatranju izveštaja o strateškoj proceni. Javnost razmatra izveštaj u okviru izlaganja plana i programa na javni uvid i održavanja javne rasprave, ako zakonom nije drukčije određeno. Organ nadležan za pripremu plana i programa obaveštava javnost o načinu i rokovima uvida u sadržinu izveštaja i dostavljanje mišljenja, kao i vremenu i mestu održavanja javne rasprave u skladu sa zakonom kojim se uređuje postupak donošenja plana i programa. Organ nadležan za pripremu plana i programa izrađuje izveštaj o učešću zainteresovanih organa i organizacija i javnosti koji sadrži sva mišljenja iz čl. 18. st. 2¹⁵ ovog zakona, kao i mišljenja izjavljena u toku javnog uvida i javne rasprave o planu ili programu, odnosno o izveštaju o strateškoj proceni iz čl. 19¹⁶ ovog zakona. Izveštaj se izrađuje u roku od 30 dana od dana

¹⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 135/04 i 88/10.

¹⁵ Organ nadležan za pripremu plana i programa dostavlja organu nadležnom za zaštitu životne sredine, zainteresovanim organima i organizacijama na mišljenje izveštaj o strateškoj proceni iz čl. 12 ovog zakona.

Zainteresovani organi i organizacije dužni su da dostave mišljenje u roku od 30 dana od dana prijema zahteva iz st. 1 ovog člana (čl. 18. st. 2 ZSPUŽS).

¹⁶ Pre upućivanja zahteva za dobijanje saglasnosti na izveštaj o strateškoj proceni, organ nadležan za pripremu plana i programa obavezno obezbeđuje učešće javnosti u razmatranju izveštaja o strateškoj proceni.

Organ nadležan za pripremu plana i programa obaveštava javnost iz st. 1 ovog člana o načinu i rokovima uvida u sadržinu izveštaja i dostavljanje mišljenja, kao i vremenu i mestu održavanja javne rasprave.

Javni uvid i javna rasprava iz st. 2 ovog člana organizuje se, po pravilu, u okviru izlaganja plana i programa na javni uvid i održavanja javne rasprave u skladu sa zakonom kojim se uređuje

završetka javne rasprave i sadrži obrazloženje o svim prihvaćenim ili neprihvaćenim mišljenjima (čl. 20). Prema odredbi čl. 22, na osnovu ocene iz čl. 21 ovog zakona organ nadležan za poslove zaštite životne sredine daje saglasnost na izveštaj o strateškoj proceni ili odbija zahtev za davanje saglasnosti. Rok za odlučivanje o davanju saglasnosti je 30 dana od dana prijema zahteva organa nadležnog za pripremu plana i programa. Organ nadležan za pripremu plana ili programa ne može uputiti plan ili program u dalju proceduru usvajanja bez saglasnosti na izveštaj o strateškoj proceni od organa nadležnog za zaštitu životne sredine.

Zakon o planiranju i izgradnji¹⁷ (ZPI) predviđa da strateška procena uticaja na životnu sredinu predstavlja sastavni deo dokumentacione osnove prostornih planova, dok se u slučaju urbanističkih planova sprovodi postupak odlučivanja o potrebi izrade izveštaja o strateškoj proceni uticaja. Kada su u pitanju prostorni i urbanistički planovi zakonodavac se opredelio da utvrdi obavezu izrade izveštaja o strateškoj proceni uticaja za prostorne planove, dok ZPI ne utvrđuje ovu obavezu za urbanističke planove. Međutim, odredbe ZSPUŽS su jasne u tom pogledu, gde je čl. 5 ovog zakona utvrđeno da se strateška procena vrši za planove u oblasti prostornog i urbanističkog planiranja.

Odluka o izradi planskih dokumenata sadrži i odluku o obavezi izrade ili nepristupanju izradi strateške procene uticaja na životnu sredinu (čl. 46). ZPI je propisano da se za urbanističke i prostorne planove učešće javnosti sprovodi u toku sprovođenja postupka javne rasprave, tako da se istovremeno razmatra i izveštaj o SPU. Čl. 41 je predviđeno da planski dokumenti sa priložima moraju biti dostupni na uvid javnosti u toku važenja dokumenta u sedištu donosioca osim posebnog priloga koji se odnosi na posebne mere uređenja i pripreme teritorije za potrebe odbrane zemlje. Izlaganje planskog dokumenta na javni uvid vrši se posle izvršene stručne kontrole i oglašava se u dnevnom i lokalnom listu i traje 30 dana od dana oglašavanja (čl. 50). U slučaju da nadležni organ donese odluku o ponavljanju javnog uvida za deo nacrtu planskog dokumenta, javni uvid ne može da traje kraće od 15 dana od dana oglašavanja. O izlaganju planskog dokumenta na javni uvid stara se ministarstvo nadležno za poslove prostornog planiranja, odnosno organ jedinice lokalne samouprave nadležan za poslove prostornog i urbanističkog planiranja. O izvršenom javnom uvidu planskog dokumenta, nadležni organ, odnosno komisija

postupak donošenja plana i programa. Ako zakonom kojim se uređuje postupak donošenja plana i programa nisu predviđeni javni uvid i javna rasprava o planu i programu, organ nadležan za pripremu plana i programa odlukom o donošenju plana i programa ili posebnom odlukom određuje javni uvid i održavanje javne rasprave iz st. 2 ovog člana (čl. 19 ZSPUŽS).

¹⁷ *Službeni glasnik RS*, br. 72/09, 81/09, 64/10, 24/11, 121/12, 42/13, 50/13, 98/13, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19, 37/19, 9/20 i 52/21.

za planove sačinjava izveštaj koji sadrži podatke o izvršenom javnom uvidu, sa svim primedbama i odlukama po svakoj primedbi. Izveštaj se dostavlja nosiocu izrade planskog dokumenta, koji ima obavezu da u roku od 30 dana od dana dostavljanja izveštaja postupi po odlukama. Osim toga, u slučaju da nakon javnog uvida nacrt planskog dokumenta nadležni organ, odnosno komisija za planove utvrdi da usvojene primedbe suštinski menjaju planski dokument, donosi odluku kojom se nosiocu izrade nalaže da izradi novi nacrt planskog dokumenta, u roku koji ne može biti duži od 60 dana od dana donošenja odluke (čl. 51).¹⁸

SLUČAJEVI UČEŠĆA JAVNOSTI I PRAVNE ZAŠTITE U IZRADI PLANSKIH DOKUMENATA KOJI SE ODOSE NA ŽIVOTNU SREDINU

Prostorni plan područja posebne namene za realizaciju projekta eksploatacije i prerade minerala jadarita „Jadar“

Prostorni plan područja posebne namene za realizaciju projekta eksploatacije i prerade minerala jadarita „Jadar“ (u daljem tekstu: Prostorni plan) pripremljen je u skladu sa Odlukom o izradi Prostornog plana područja posebne namene za realizaciju projekta eksploatacije i prerade minerala jadarita „Jadar“.¹⁹ Sadržaj i osnovna rešenja Prostornog plana usklađeni su sa odredbama ZPI, Zakona o Prostornom planu Republike Srbije od 2010. do 2020. godine²⁰ i Pravilnika o sadržini, načinu i postupku izrade dokumenata prostornog i urbanističkog planiranja²¹ (u daljem tekstu: Pravilnik), kao i sa drugim propisima. Uporedo sa izradom Prostornog plana urađen je Izveštaj o strateškoj proceni uticaja Prostornog plana na životnu sredinu, prema Odluci o izradi Strateške procene uticaja Prostornog plana.²²

Inicijativa za izradu Prostornog plana podneta je Ministarstvu građevinarstva, saobraćaja i infrastrukture u decembru 2016. godine od strane privrednog društva Rio Sava Exploration d. o. o. Beograd iz Beograda, kompanije koja posluje u okviru globalne rudarske korporacije Rio Tinto, a koja je u Republici Srbiji registrovana i posluje od 2001. godine. Početku izrade Prostornog plana prethodila su višegodišnja istraživanja minerala jadarita (natrijum–litijum–borosilikat), koji su

¹⁸ Izveštaj o sprovođenju Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine – Arhuska konvencija (Zaključak 05 Broj: 337-3663/2021), 75–77.

¹⁹ *Službeni glasnik RS*, broj 60/17.

²⁰ *Službeni glasnik RS*, broj 88/10.

²¹ *Službeni glasnik RS*, broj 32/19.

²² *Službeni glasnik RS*, broj 36/17.

geolozi Rio Sava Exploration d. o. o. Beograd pronašli u slivu reke Jadar, po kojem je ovaj jedinstveni mineral i dobio ime. Sredstva za izradu Prostornog plana obezbedio je Rio Sava Exploration d. o. o. Beograd iz Beograda, a nosilac izrade Prostornog plana je Ministarstvo građevinarstva, saobraćaja i infrastrukture, u skladu sa čl. 47. st. 1 ZPI. Stručni obrađivač i nosilac sinteze Prostornog plana je Institut za arhitekturu i urbanizam Srbije u saradnji sa Saobraćajnim institutom CIP iz Beograda. Prostorni plan je urađen u skladu sa studijama i dokumentacijom dobijenom od Rio Sava Exploration d. o. o. Beograd. Prostorni plan predstavlja planski osnov za realizaciju Projekta eksploatacije i prerade minerala jadarita „Jadar“ (razvoj rudnika, industrijskog postrojenja i neophodne infrastrukture), kao i za zaštitu, korišćenje i uređenje prostora posebne namene. Prostorni plan predstavlja planski osnov za izdavanje lokacijskih uslova, utvrđivanje javnog interesa, sprovođenje postupka eksproprijacije, kao i izradu projekata parcelacije i preparcelacije za prostore u obuhvatu detaljne regulacione razrade.²³ Ministarstvo građevinarstva, saobraćaja i infrastrukture je u skladu sa čl. 50 ZPI, čl. 19 ZSPUŽS i čl. 55–68 Pravilnika oglasilo javni uvid u Nacrt prostornog plana i Izveštaj o strateškoj proceni uticaja Prostornog plana, u periodu od 25. novembra do 24. decembra 2019. godine u trajanju od 30 dana, u sedištu jedinica lokalne samouprave, u gradu Loznica i gradu Krupanj, kao i na internet stranici Ministarstva građevinarstva, saobraćaja i infrastrukture (<http://www.mgsi.gov.rs>). Javna prezentacija planskog dokumenta je održana 11. decembra 2019. godine u Skupštini grada Loznice. Javna sednica komisije za javni uvid održana je po završetku javnog uvida, 13. januara 2020. godine, u Skupštini grada Loznice. Fizička lica i predstavnici pravnih lica koja su u toku trajanja javnog uvida podnela primedbe u pisanom obliku, mogla su prisustvovati javnoj sednici i usmeno ih obrazložiti.

Na osnovu čl. 35. st. 2 ZPI i čl. 42. st. 1 Zakona o Vladi,²⁴ Vlada RS je 13. marta 2020. godine donela Uredbu o utvrđivanju Prostornog plana područja posebne namene za realizaciju projekta eksploatacije i prerade minerala jadarita „Jadar“.²⁵

U decembru 2021. ekološke organizacije širom Srbije organizovale su blokade puteva u znak protesta protiv eksploatacije litijuma i projekta Jadar kompanije Rio Tinto. Kao odgovor na ove proteste Vlada je donela Uredbu o prestanku važenja Uredbe o utvrđivanju Prostornog plana područja posebne namene za

²³ Prostorni plan područja posebne namene za realizaciju Projekta eksploatacije i prerade minerala jadarita „Jadar“ – Rani javni uvid, https://www.mgsi.gov.rs/sites/default/files/PPPN%20Jadar%20RJU%20171107_0.pdf, 29. 9. 2022.

²⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 55/05, 71/05, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12, 72/12, 7/14, 44/14 i 30/18.

²⁵ *Službeni glasnik RS*, broj 26/20.

realizaciju projekta eksploatacije i prerade minerala jadarita „Jadar“.²⁶ Danom stupanja na snagu ove uredbe, nadležni organi su dužni da bez odlaganja stave van snage pojedinačne akte donete radi realizacije Uredbe o utvrđivanju Prostornog plana područja posebne namene za realizaciju projekta eksploatacije i prerade minerala jadarita „Jadar“ i da bez odlaganja obustave sve postupke koji su započeti na osnovu ove uredbe.

Plan detaljne regulacije dela Makiškog polja

Skupština grada Beograda je na sednici održanoj 26. januara 2017. godine, na osnovu čl. 46 ZPI i čl. 31 Statuta grada Beograda,²⁷ donela Odluku o izradi Plana detaljne regulacije dela Makiškog polja.²⁸ Nacrt plana detaljne regulacije dela Makiškog polja (u daljem tekstu: Nacrt PDR dela Makiškog polja) izlagan je na ranom javnom uvidu u periodu od 13. do 27. septembra 2017. godine i Komisija za planove Skupštine grada Beograda usvojila je Izveštaj o ranom javnom uvidu u Plan na sednici održanoj 17. oktobra 2017. godine. Javni uvid u Nacrt PDR dela Makiškog polja, sa Izveštajem o strateškoj proceni uticaja Plana na životnu sredinu, održan je u periodu od 26. oktobra do 27. novembra 2020. godine. Javna sednica Komisije za planove Skupštine grada Beograda održana je 15. decembra 2020. godine. U toku javne sednice, svim fizičkim i pravnim licima koja su podnela primedbe u vezi sa Nacrtom plana u pisanom obliku trebalo je omogućiti da obrazlože primedbe pred Komisijom za planove. Radi sprečavanja širenja pandemije prouzrokovane kovidom 19, na javnoj sednici Komisije za planove uskraćen je pristup velikom broju okupljenih građana koji su prethodnim slanjem komentara na Nacrt plana stekli uslov da prisustvuju. Prilikom održavanja javne sednice ograničen je pristup javnosti samo na predstavnike javnosti koji su podneli primedbe, i to na jednog predstavnika svake organizacije. Prethodno je Sekretarijat za urbanizam i građevinske poslove grada Beograda, u subotu 12. decembra 2020. godine, objavio Proceduru održavanja javnih uvida i javnih sednica za vreme pandemije.²⁹ Prema ovoj proceduri „po svakom podnetom podnesku na javnoj sednici može da učestvuje samo jedan (izabrani) predstavnik grupe potpisanih građana“. Ovako utvrđena procedura nema utemeljenje u važećim propisima Republike Srbije, a suprotna je i odredbama Arhuske konvencije. Posebno je nejasno zašto je gradski Sekretarijat odlučio

²⁶ Službeni glasnik RS, broj 8/22.

²⁷ Službeni list grada Beograda, br. 39/08, 6/10, 23/13 i 17/16.

²⁸ Službeni list grada Beograda, br. 3/17.

²⁹ Dostupno na: *Процедура одржавања јавних увида и јавних седница за време пандемије / Град Београд (beograd.rs)*.

da uređuje procedure učešća grupa građana, kao da samo grupe građana podnose primedbe, i kako je zamišljena procedura izbora jednog predstavnika grupa građana. Skrećemo pažnju na stav Komiteta za poštovanje usklađenosti sa Arhuskom konvencijom, koji je usvojen 2. septembra 2020. godine, u kome je Komitet zauzeo jasan stav da se „ni u slučaju kriza kao što je pandemija kovida 19, kao ni u fazi ekonomskog oporavka, garantovana prava koja su utvrđena Konvencijom ne mogu umanjiti ili uskratiti“.³⁰

Predstavnici nevladinih organizacija smatraju da intenzivna izgradnja na Makiškom polju u neposrednoj zoni zaštite vodoizvorišta Beograda predstavlja izrazit ekološki rizik i pretil narušavanju javnog zdravlja i kvaliteta života u Beogradu. U samom izveštaju o strateškoj proceni uticaja Plana detaljne regulacije dela Makiškog polja, u delu koji se odnosi na zagađenje zemljišta i podzemnih voda (str. 79), navedeno je da je „u ovom delu procene uticaj sagledan kao neizvestan, moguć negativan i sa nepoznatim posledicama“.

ZSPUŽS utvrđena je obaveza organizovanja javnog uvida i javne rasprave u postupku odobravanja Izveštaja o strateškoj proceni uticaja, a predstavnici nevladinih organizacija smatraju da je Izveštaj o strateškoj proceni uticaja Nacrta PDR dela Makiškog polja izrađen ispod zakonskog minimuma, ne predočava posledice planirane izgradnje, i u skladu s tim mora se odbaciti. Predstavnici organizacija civilnog društva smatraju da za sprovođenje javne rasprave nije dovoljno obezbediti samo minimalan broj učesnika, već se u uslovima pandemije, kada je desetine hiljada građana usled narušenog zdravlja sprečeno da učestvuje u javnoj raspravi, ona ne može ni održavati, a da prisustvo minimalnog broja predstavnika organizacija civilnog društva predstavlja kršenje koncepta javne rasprave i principa učešća javnosti, i svodi ih na puku formu. Predstavnici nevladinih organizacija takođe navode da nije održana javna prezentaciju Izveštaja o strateškoj proceni uticaja za PDR dela Makiškog polja, iako je to izričita obaveza utvrđena ZSPUŽS, a da javna sednica Komisije za planove, koja se održava nakon javnog uvida, nije isto što i javna prezentacija.³¹

Skupština grada Beograda je na sednici održanoj 29. decembra 2020. godine, na osnovu čl. 35 ZPI i čl. 31 Statuta grada Beograda, donela PDR dela Makiškog

³⁰ Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, Compliance Committee, Statement on the application of the Aarhus Convention during the COVID-19 pandemic and the economic recovery phase, *ECE/MP.PP/C.1/2020/5/Add.1*, 6. 10. 2022.

³¹ Regulatorni institut za obnovljivu energiju i životnu sredinu, <https://www.reri.org.rs/grad-beograd-najgrublje-krsi-gradanska-prava-u-nastojanju-da-bez-ucesca-javnosti-ozakoni-stetni-i-protivzakoniti-projekat-izgradnje-stambeno-poslovnog-kompleksa-na-makiskom-polju/>, 30. 9. 2022.

polja.³² Zanimljivo je to što je grad Beograd za održavanje sednice gradske skupštine na kojoj je usvojen plan obezbedio alternativne prostorije u zgradi Sava centra, kako bi gradski odbornici mogli da se okupe, dok za održavanje javne sednice Komisije za planove nije ni pokušao da pronađe odgovarajući prostor koji bi mogao da primi zainteresovane učesnike javne sednice.

Prostorni plan opštine Bačka Palanka

Na zahtev ekološkog udruženja „Da sačuvamo Vojvodinu“ izvršen je vanredni inspeksijski nadzor postupka izrade i donošenja Prostornog plana opštine Bačka Palanka.³³ Na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja u postupku kontrole je utvrđeno da postupak izrade i donošenja Prostornog plana opštine Bačka Palanka nije u potpunosti realizovan u skladu sa zakonom tako da je urbanistički inspektor Pokrajinskog sekretarijata za urbanizam, graditeljstvo i zaštitu životne sredine predložio Ministru nadležnom za poslove prostornog planiranja i urbanizma da donese rešenje o zabrani primene planskog dokumenta do njegovog usklađivanja sa zakonom. Predlogom Ministarstva građevinarstva, saobraćaja i infrastrukture pokrenut je pred Ustavnim sudom postupak za ocenu zakonitosti Prostornog plana opštine Bačka Palanka. U predlogu se navodi da je u postupku inspeksijskog nadzora, uviđom u Prostorni plan opštine Bačka Palanka i plansku dokumentaciju, pokrajinski urbanistički inspektor utvrdio, između ostalog, da je u postupku donošenja Prostornog plana opštine Bačka Palanka povređen ZPI, jer izlaganje planskog dokumenta na javni uvid nije oglašeno u dnevnom i lokalnom listu, već samo u lokalnom nedeljniku, čime bi ostala javnost, a ne samo građani opštine Bačka Palanka, bila informisana o vremenu i mestu održavanja javne rasprave, a svim zainteresovanim licima bi bilo omogućeno da izvrše uvid u nacrt planskog dokumenta i podnesu primedbe na njega. Takođe je utvrđeno i da nadležni organ nije objavio podatke o vremenu i mestu održavanja javne sednice komisije nadležne za javni uvid, nije organizovana javna prezentacija nacrta plana i nije objavljeno obaveštenje da zainteresovana javnost može podneti primedbe na plan u toku trajanja javnog uvida u pisanom obliku.³⁴ Ustavni sud je na sednici održanoj 9. maja 2019. godine, doneo je Odluku broj: IUo-175/2015 kojom se utvrđuje da Prostorni plan opštine Bačka Palanka nije u saglasnosti sa zakonom. Na osnovu odredbe čl. 168. st. 3 Ustava RS,³⁵ Prostorni plan

³² *Službeni list grada Beograda*, broj 153/20.

³³ *Službeni list opštine Bačka Palanka*, broj 20/12.

³⁴ Obrazloženje Odluke Ustavnog suda broj: IUo-175/15 od 09.05.2015.

³⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 98/06 i 115/21.

opštine Bačka Palanka, naveden u izreci, prestaje da važi danom objavljivanja Odluke Ustavnog suda u „Službenom glasniku Republike Srbije“. Ustavni sud Republike Srbije je istog dana 9. maja 2019. godine doneo Rešenje, kojim se odlaže objavljivanje Odluke broj: IUo-175/2015 od 9. maja 2019. godine u „Službenom glasniku Republike Srbije“ za šest meseci od dana njenog donošenja. S obzirom na to da opšti pravni akt koji nije saglasan Ustavu ili zakonu, kao što je to slučaj sa Prostornim planom opštine Bačka Palanka, prestaje da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda u službenom glasilu, te imajući u vidu pravne posledice prestanka važenja osporenog Prostornog plana Opštine Bačka Palanka, Ustavni sud je ocenio da je opravdano da se donese rešenje o odlaganju objavljivanje Odluke IUo-175/2015 od 9. maja 2019. godine u „Službenom listu Republike Srbije“ za šest meseci od dana njenog donošenja, kako bi se opštini Bačka Palanka pružila mogućnost da, u tom roku od šest meseci, postupak donošenja planskog dokumenta sprovede saglasno zakonu.

GLAVNI IZAZOVI I POTREBE ZA UNAPREĐENJEM PROCEDURA
UČEŠĆA JAVNOSTI I PRAVNE ZAŠTITE U IZRADI PLANSKIH DOKUMENATA
KOJI SE ODNOSU NA ŽIVOTNU SREDINU

Jedini pravni lek protiv odluke o usvajanju planskog dokumenta jeste pokretanje postupka za ocenu ustavnosti ili zakonitosti planskog dokumenta pred Ustavnim sudom. Međutim, važno je napomenuti da je postupak pred Ustavnim sudom dugotrajan proces i iz navedenog razloga je neophodno unaprediti nacionalno zakonodavstvo koje reguliše pravnu zaštitu prilikom donošenja planskih dokumenata.

Potrebno je poboljšati kvalitet izveštaja o strateškoj proceni uticaja u smislu da izveštaj realno sagledava uticaje na životnu sredinu i predočava posledice realizacije plana. Neophodno je da, u skladu sa zahtevima Arhuske konvencije, nadležni organi uzimaju u obzir ishode učešće javnosti prilikom donošenja odluka.

U uslovima pandemije kovida 19 predstavnici organizacija civilnog društva smatraju da za sprovođenje javne rasprave nije dovoljno obezbediti samo minimalan broj učesnika, već kako je većina građana sprečena da učestvuje u javnoj raspravi, ona se ne može ni održavati iz razloga što prisustvo minimalnog broja predstavnika organizacija civilnog društva predstavlja kršenje koncepta javne rasprave i principa učešća javnosti. Tokom pandemije kovida 19 u Srbiji su održavane sednice Narodne skupštine, koja broji 250 poslanika, te su argumenti u prilog ograničavanju broja učesnika na javnim uvidima u praksi obesmišljeni.

Potrebno je izvršiti usaglašenost sektorskih propisa na osnovu kojih se planovi i programi donose sa ZSPUŽS. Kako se strateška procena uticaja radi za planove

i programe iz različitih sektora, a ne samo za one koji se odnose na prostorno i urbanističko planiranje, javlja se problem sa učešćem javnosti za one sektorske planove i programe za koje nije propisana procedura učešća javnosti u okviru sektorskih zakona na osnovu kojih se ti planovi i programi donose. Neophodno je usvojiti podzakonski akt kojim se uređuju postupak javnog uvida, javne prezentacije i rasprave o izveštaju o strateškoj proceni uticaja, kako bi se obezbedila dosledna primena odredbi Arhuske konvencije.

Postoji smanjena mogućnost zaštite prava u upravnom i sudskom postupku jer se javnost uključuje tek u trećoj fazi (I faza je pripremna faza, II faza je izrada mišljenja i III faza je odlučivanje o izveštaju o strateškoj proceni).³⁶

Na osnovu analize predloženih slučajeva iz prakse može se zaključiti da postoji potreba za razmenom regulative, iskustava i dobrih praksi uporednih zakonodavstava koji regulišu pravnu zaštitu prilikom donošenja planskih dokumenata sa drugim zemljama. U tom cilju je, pored unapređenja nacionalnog zakonodavstva, neophodna organizacija obuka i podizanje svesti o regulativi učešća javnosti i pravne zaštite u izradi planskih dokumenata koji se odnose na životnu sredinu.

TINA JANJATOVIĆ, LL.M.

Senior Adviser, Ministry of Environmental Protection
of the Republic of Serbia

MIRKO POPOVIĆ

Programme Director
Renewables and Environmental Regulatory Institute
Belgrade

ACCESS TO JUSTICE AND PUBLIC PARTICIPATION IN THE PREPARATION OF PLANNING DOCUMENTS RELATING TO THE ENVIRONMENT IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The paper states the concept and importance of the adoption of the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and the Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention). The provisions of Article 9 of the Aarhus Convention, which regulates Access to Justice in Environmental Matters, are specified. The legal framework for public participation in the development of planning documents related to the environment in the

³⁶ Izveštaj o sprovođenju Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine – Arhuska konvencija (Zaključak 05 Broj: 337-3663/2021), 78–79.

Republic of Serbia is presented. Cases of Public Participation and Access to Justice in the preparation of planning documents related to the environment are presented. An assessment of the main challenges and needs for improvement of public participation procedures and access to justice in the preparation of planning documents is given.

Key words: access to justice, public participation, Aarhus Convention, planning documents, space plan

Literatura

- Bogdanović S., Mihajlov A., Todić D., Jarić I., „Strategija za primenu Konvencije o dostupnosti informacija, učešću javnosti u donošenju odluka i pravu na pravnu zaštitu u pitanjima životne sredine – Arhuska konvencija“, *Službeni glasnik RS*, br. 103/2011, Beograd, 2011.
- Drenovak-Ivanović M., „Vanredno ukidanje rešenja: odnos javnog interesa i interesa zaštite životne sredine“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, 2014.
- Holder J., Lee M., *Environmental Protection, Law and Policy*, Cambridge University Press, New York, 2007.
- Janjatović T., „Donošenje uredbe o učešću javnosti u izradi određenih planova i programa u oblasti zaštite životne sredine“, *Pravni život*, br. 9, Tom I, Beograd, 2019.
- Lavrysen L., „The Aarhus Convention: Between Environmental Protection and Human Rights“, *Liège, Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l’homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Anthemis, 2010.
- Poncelet C., „Case Study – Access to Justice in Environmental Matters: Recent Development“, *International Community Law Review*, br. 14, 2012.
- Wates J., „The Aarhus Convention: A Driving Force for Environmental Democracy“, *Journal of European Environmental and Planning Law*, Iss. 1, 2005.

STRUČNI RAD

EDITA KASTRATOVIĆ

MILAN DRAGIĆ

PRAVO SPORTISTA NA SLOBODU UČESTVOVANJA NA MEĐUNARODNIM TAKMIČENJIMA

Rad je posvećen analizi prava i odgovornosti sportista na međunarodnim takmičenjima. Promenom dimenzije i doživljaja sporta menjali su se i motivi samih sportista, što je u radu i analizirano. Dati su primeri reagovanja Međunarodnog olimpijskog komiteta (MOK) i Svetske antidoping agencije (WADA) u slučaju povrede pravila definisanih u Deklaraciji o pravima i odgovornostima sportista. Predstavljen je odnos odluka međunarodnih sportskih organizacija i komiteta i proizašlih posledica po sportiste i sport uopšte. Učinjen je osvrt na aktuelna dešavanja u Ukrajini u kontekstu diskvalifikacije sportista sa velikih međunarodnih takmičenja.

Ključne reči: pravo i odgovornost sportista, vrednosti fer-pleja, motivi, doping, diskvalifikacija

U V O D

Sport predstavlja jednu od značajnijih oblasti društvenog delovanja. Ispoljava se u različitim oblicima igara kretanja i telesnih vežbanja, koja su obeležena velikim emocionalnim zadovoljstvom i takmičenjima između pojedinih lica ili timova.¹

Prof. dr Edita Kastratović, redovni profesor Fakulteta za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo, Beograd, e-mail: kastratovice@yahoo.com.

Doc. dr Milan Dragić, docent Fakulteta za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo, Beograd, e-mail: milan.dragic79@gmail.com.

¹ Nenad Đurđević, „Međunarodnopravni aspekti odnosa sporta i zdravlja“, *Glasnik prava*, godina 1, broj 3, Kragujevac, 2010, 45.

Definiše se i kao područje u kome čovek na specifičan način ispoljava svoje stvaralačke, kretne i motoričke sposobnosti.² Uloga sporta je zbližavanje ljudi u cilju promocije zdravog načina života. Sport ima svoja pravila i od učesnika se očekuje poštovanje tih pravila. Upravo zbog postojanja primera povrede pravila kako proceduralnih, tako i u okviru takmičenja, međunarodne organizacije su donele pravilnike i deklaracije o pravima ali i obavezama sportista kako bi se sportsko takmičenje odvijalo u tonu fer-pleja. Doping afere, politizacija sporta, interesne grupe i lobiranja predstavljaju sastavni deo savremenog sporta, a samim tim i Olimpijskih igara. Nekada su u prvom planu bili sportska dostignuća i podvizi a danas afere i incidenti. Dekadencija društva u pogledu moralne dimenzije i duhovnih vrednosti, koje su se promovisale tokom Olimpijskih igara na samom početku, predstavljaju glavni problem savremenog sporta.

MOTIVI SPORTISTA

Sa razvojem društva, sport je dobio drugu dimenziju i poprimio oblik „biznisa“. Nekada su sportisti bili motivisani osećajem zadovoljstva jer učestvuju na tako velikim međunarodnim takmičenjima. Sportisti iz doba Stare Grčke imali su motiv da se pre svega kvalifikuju za Olimpijske igre. Glavni moto je bio „važno je učestvovati“. Kada sportista postavi rekord, osvoji poen ili postigne pogodak, on nije pobedio protivnika već je nadmašio suparnika. Termini koji se koriste u sportu su vremenom promenjeni, pa su čak u pojedinim slučajevima i kontradiktorni sa osnovnim načelima fer-pleja i duha olimpizma. Često se u novijoj istoriji koristi termin „pobednik“, „osvajач“, „savladan“, „nepobediv“, „nedodirljiv“, „poražen“, „mašina“ i dr. Ovi termini suprotno fer-pleju i duhu olimpizma naglasak stavljaju na pojedinca, isključivo rezultat ili osećaj moći. Sportisti nisu mašine i imaju svoje emocije. U njima se od malena razvija ratnički, a ne sportski duh. Postizanje rekorda, ličnog, evropskog, svetskog ili olimpijskog treba da bude samo u cilju izazova i motiva mladih da se bave sportom. Nažalost, savremeni sport unapred definiše ciljeve sportistima i oni upadaju u zamku kapitalističkog pogleda na sport i rezultate. Milionske nagrade, zlatne poluge ili skupoceni automobili za sportistu koji obori rekord ili ostvari unapred definisan cilj potpuno izbacuju sportiste i sportska takmičenja iz dimenzije fer-pleja.

Ovakvi motivi i ciljevi nisu deo ličnosti sportiste, već sponzora koji kreiraju svest i afinitete sportista, mladih koji prate sport, medija i svih ostalih učesnika sportskih događaja. Olimpijske igre u Staroj Grčkoj u 8. veku pre nove ere nisu zasnovane na pomenutim ciljevima i idejama. Naprotiv, u doba njihovog nastajanja,

² Julijan Malacko, *Osnove sportskog treninga*, Sportska akademija, Beograd, 2000, 2.

osnovni motivi su bili „zdrav duh, solidarnost, etički kodeks, ponos, lepota pokreta, svestranost i slično“. O kulturološkoj i duhovnoj snazi sporta u to vreme svedoči i činjenica da su u vreme održavanja tih sportskih nadmetanja prekidani svi sukobi, pa i ratovi među zajednicama. Upravo u tom kontekstu treba posmatrati sadašnja međunarodna takmičenja. Sport je poprimio karakteristike biznisa. Sportisti se profesionalno bave sportom i od toga obezbeđuju svoju i egzistenciju svoje porodice. Novac i rezultat su glavni motivi većine profesionalnih sportista, a naročito onih koji se bave najkomercijalnijim i najplaćenijim sportovima (fudbal, košarka, američki fudbal, formula 1 i sl.).

Kada je jedini prihvatljivi cilj biti prvi, pobediti, savladati, osvojiti, poraziti, i kada je novac glavni motiv za profesionalno bavljenje sportom, tada je sasvim očekivano da će mnogi sportisti uraditi sve što je dozvoljeno i što nije dozvoljeno kako bi ostvarili te ciljeve. Veoma je teško sportisti u usponu objasniti zašto on mora na pošten i fer-plej način da dođe do rezultata kada pored njega mnogi sportisti bivaju podstaknuti na korišćenje dopinga i drugih nedozvoljenih sredstava. Značajno veće iskušenje u vezi korišćenja nedozvoljenih supstanci jeste pred mladim sportistima modernog doba, kojima treneri, mediji, društvene mreže, često i roditelji govore da postoji samo nekoliko šansi u sportskoj karijeri koje moraju iskoristiti. Jedan od načina borbe Međunarodnog olimpijskog komiteta protiv nepoželjnih oblika ponašanja u sportu jeste promocija fer-pleja kroz Deklaraciju o pravima i odgovornostima sportista.

DEKLARACIJA O PRAVIMA I ODGOVORNOSTIMA SPORTISTA

Međunarodni olimpijski komitet je u cilju promocije fer-plej sporta usvojio Deklaraciju o pravima i odgovornostima sportista, koja je predstavljena i usvojena na 133. sednici MOK u Buenos Ajresu u ime Olimpijskog pokreta.

Deklaracija o pravima sportista nastoji da promovise sposobnosti i mogućnosti sportista kroz bavljenje sportom i takmičenje bez diskriminacije na osnovu rase, boje kože, vere, starosti, pola, seksualne orijentacije, invaliditeta, jezika, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porekla, imovine, rođenja ili drugog nepromenljivog statusa. Motivise ih da budu deo transparentnog, fer i čistog sportskog okruženja, posebno onog koje se bori protiv dopinga i manipulacije takmičenja, i obezbeđuje transparentno suđenje, proces selekcije i kvalifikacija, kao i odgovarajuće rasporede takmičenja, uključujući rasporede treninga na takvim takmičenjima.

Pristup opštim informacijama o sportistima i pitanjima vezanim za takmičenje mora biti blagovremen i dat na jasan način, kao i pristup obrazovanju o pitanjima vezanim za sport, mogućnost rada ili učenja uz aktivno treniranje i takmičenje,

ako sportista odluči da tako radi. Važan je i pristup informacijama o mogućnostima za ostvarivanje prihoda u vezi izabrane sportske karijere uz priznavanje intelektualne svojine ili drugih prava, pravila događaja i sportskih organizacija, kao i Olimpijske povelje. Deklaracija o pravima sportista promoviše i pravednu i jednaku zastupljenost polova, zaštitu mentalnog i fizičkog zdravlja, uključujući bezbedno okruženje za takmičenje i trening i zaštitu od zlostavljanja i uznemiravanja, slobodu izražavanja, pravilan proces, uključujući pravo na pravičnu raspravu u razumnom roku od strane nezavisnog i nepristrasnog veća, pravo da se zahteva javna rasprava i pravo na delotvoran pravni lek.³

Deklaracija o odgovornostima sportista podstiče sportiste da se pridržavaju osnovnih principa olimpizma, da poštuju integritet sporta i takmiče se kao čisti sportisti, bez dopinga i bilo kakve manipulacije na takmičenjima, da postupaju u skladu sa Etičkim kodeksom MOK i budu podstaknuti da prijave neetičko ponašanje, uključujući slučajeve dopinga, manipulacije konkurencijom, zabranjenu diskriminaciju, zlostavljanje i uznemiravanje. Da poštuju važeće nacionalne zakone i pravila kvalifikacionih procesa i takmičenja, sporta i relevantne sportske organizacije, kao i Olimpijsku povelju, kao i prava i dobrobit drugih sportista, njihovu pratnju, volontere i sve ostale u sportskom okruženju. Deklaracija o odgovornostima sportista promoviše i uzdržavanje od političkih demonstracija na takmičenjima, mestima takmičenja i ceremonijama, poštovanje principa solidarnosti Olimpijskog pokreta, koji omogućava pružanje pomoći i podrške među sportistima i članovima Olimpijskog pokreta.⁴

Sportisti i njihovi treneri su upućeni u prava i obaveze sportista u pogledu nastupa na takmičenjima. U slučaju kršenja prava sportista, oni imaju mogućnost ostvarivanja svojih prava u okviru sudskih postupaka pred nadležnim sudovima. U slučaju kršenja jasno definisanih odgovornosti sportista, MOK ima pravo da diskvalifikuje sportistu ili grupu sportista uz primenu širokog arsenala odluka.

Vrednosti fer-pleja

Prema Rolandu Rensonu fer-plej ili „poštena igra“ nije samo suštinski element sporta, već je postao i opštija filozofija poštovanja drugih i poštovanja pravila, kako na sportskom terenu, tako i u poslovnom ili drugim takmičarskim poduhvatima.⁵

³ Više u: Athletes declaration: <https://olympics.com/athlete365/who-we-are/athletes-declaration/>, 28. 9. 2022.

⁴ *Ibidem*.

⁵ International Convention against Doping in Sport, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000188405>, 28. 9. 2022.

Reč je o pozitivnom i celovitom konceptu koji obuhvata primenu sledećih vrednosti: pošteno takmičenje, poštovanje, prijateljstvo, timski duh, jednakost, sport bez dopinga, poštovanje pisanih i nepisanih pravila kao što su integritet, solidarnost, tolerancija, briga, izvrsnost i radost.⁶ Te vrednosti se unose u sport, ali i stiču kroz sport.

Takmičenje pod jednakim uslovima od suštinskog je značaja u sportu, i to je uslov za pravilno merenje i poređenje učinka sportista. Sport bez dopinga jeste jedan od uslova fer-pleja, koji obavezuje učestvovanje i takmičenje sportista da ne koriste drogu i doping kako bi ostvarili bolje rezultate. Sportisti koji koriste doping uništavaju igru i ostale učesnike stavljaju u neravnopravan položaj. Biti pošten i imati jaka moralna načela od suštinskog je značaja za fer-plej. Bavljenje sportom u dobrom etičkom okviru je od vitalnog značaja za sportistu koji ima za cilj da bude te pravi šampion. Važna je i solidarnost kroz međusobnu podršku, koja doprinosi zajedničkom uspehu na terenu i van njega. Tolerancija kao vrednost fer-pleja izgrađuje sportistu i jača njegov karakter. Pravi šampioni brinu jedni o drugima, svesni da ne bi mogli biti tu gde jesu, a da o njima drugi ne brinu.

Sve navedene vrednosti koje čine fer-plej predstavljale su i još u uvek predstavljaju osnovne putokaze u bavljenju sportom. Svi sportisti su vekovima odgajani u duhu fer-pleja kao temelja duhovne dimenzije bavljenja sportom.

Uloga i delovanje Međunarodnog olimpijskog komiteta

Osnovna uloga Međunarodnog olimpijskog komiteta (MOK) jeste, da u skladu sa Olimpijskom poveljom, promovise ideju olimpizma. MOK je nevladina i neprofitna organizacija osnovana u Lozani, u Švajcarskoj. Olimpijska povelja predstavlja Pravilnik fundamentalnih principa, odredbi i zakonskih regulativa, koji je MOK usvojio. MOK, kao vrhovno telo, ima ključnu ulogu u svim važnijim pitanjima vezanim za Olimpijske igre i Olimpijski pokret.⁷

Misija Olimpijskog pokreta jeste da kroz sport doprinese miru i ujedini svet u mirnom nadmetanju van svih političkih sporova. Olimpijske igre, Paraolimpijske igre, svetska prvenstva i druga velika međunarodna takmičenja ujedinjuju sportiste različitih zemalja koje su u konfrontaciji, a ponekad i u ratu. Istovremeno, Olimpijski pokret je jedinstven u smislu pravičnosti da ne kažnjava sportiste za odluke svoje vlade ako u njima aktivno ne učestvuju. Olimpijski pokret se zalaže za fer takmičenje bez ikakve diskriminacije. Olimpijski pokret se sastoji od više organa upravljanja u komplikovanoj hijerarhijskoj strukturi. MOK nadgleda i prati

⁶ What is Fair Play? <http://www.fairplayinternational.org/what-is-fair-play->, 28. 9. 2022.

⁷ Edita Kastratović, „Međunarodne sportske organizacije“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2011, 655.

olimpijske aktivnosti širom sveta. MOK priznaje međunarodne sportske federacije (IF) i nacionalne olimpijske komitete (NOC). Olimpijski sportisti su pod nadležnošću MOK i podležu njegovim pravilima i propisima, a samim tim i sankcijama u slučaju povrede pravila.⁸

UPOTREBA DOPINGA – REALNOST SAVREMENOG SPORTA

Doping predstavlja jednu od značajnijih pretnji sportu danas i sa tim problemom se suočavaju nacionalni i međunarodni sportski savezi, komiteti i organizacije velikih takmičenja. Čak je i UNESCO pokazao zabrinutost zbog narušavanja etičkih principa i velike nejednakosti nastale upotrebom lekova za poboljšanje performansi od strane sportista. Doping nanosi štetu sportistima, poništava fer-plej načela i pravičnu konkurenciju i nanosi nepopravljivu štetu kredibilitetu sporta. Negativan uticaj dopinga se ne odnosi samo na sportiste pojedince već pogađa čitavo društvo kroz podrivanje suštinskih vrednosti sporta.

I pored spoznaje prava i odgovornosti, mnogi sportiste se odlučuju na korišćenje dopinga kako bi postigli željene ciljeve. Najveći problem nastaje kada treneri podrže sportiste u pogledu konzumiranja dopinga i time direktno utiču na potencijalno uništavanje karijere sportista koje treniraju. Čak i kada ne podržavaju doping, treneri snose odgovornost za doping sportista jer su u obavezi da prate i kontrolišu ponašanje i postupanje sportista koje treniraju. Osim stručne, oni imaju značajnu savetodavnu, psihološku ulogu u njihovom napretku i karijeri.

Svetska antidoping agencija WADA (World Anti-Doping Agency), propisala je da u slučaju kršenja antidoping pravila, postoje određene konsekvence koje sportista (ili ceo tim) mora da snosi. Kršenje antidoping pravila u individualnim sportovima u vezi sa testom na takmičenju automatski vodi do diskvalifikacije rezultata dobijenog na tom takmičenju, uključujući oduzimanje svih medalja, bodova i nagrada.⁹ Ovo pravilo jasno ukazuje na nultu toleranciju prema sportistima u individualnim sportovima koji pribegnu konzumiranju dopinga u cilju postizanja boljih rezultata. WADA je propisala i postupak prilikom sumnje na kršenje antidoping pravila od strane dvojice ili više sportista, članova tima. U takvim situacijama, organizator takmičenja je u obavezi da sprovede odgovarajuće ciljno testiranje u toku samoga takmičenja. Ukoliko se utvrdi da je više od dva člana tima u timskom sportu prekršilo antidoping pravila tokom perioda takmičenja, tim će biti

⁸ Thornton, K. Patrick, *Sports Law*, Jones and Bartlett Publishers, Sudbury, Massachusetts, 2011, 742.

⁹ Svetski antidoping kodeks, https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_wada_code.pdf, 5, 28. 9. 2022.

sankcionisan (npr. gubitak bodova, diskvalifikacija sa takmičenja ili događaja, ili druge sankcije). Svaka potpisnica će usvojiti pravila koja obavezuju svakog člana organizacije i bilo koje drugo sportsko telo nad kojim ima ovlašćenje, da poštuje, sprovodi i podržava kodeks u okviru nadležnosti te organizacije ili tela. Nadležna organizacija ima mogućnost isključivanja svih, ili neke grupe sportista iz svih planiranih predstojećih takmičenja.¹⁰

WADA nastoji da kazni sve učesnike i saučesnike u kršenju antidopinga pravila. Treneri su ranije koristili svoj privilegovani odnos da podstaknu sportistu na upotrebu dopinga za poboljšanje performansi. Treneri su ti koji stoje iza sportista i zaslužni su kako za poštovanje, tako i za kršenje antidoping pravila. Dešavalo se da saučesnici budu lekari koji su voljni da daju transfuziju krvi ili neki farmakodoping. Antidoping agencija je imala proceduralnu prepreku u pogledu zadržavanja i kažnjavanja saučesnika u korišćenju nedozvoljenih supstanci.¹¹

PRIMERI DISKVALIFIKACIJE SPORTISTA

U želji za postizanjem boljih sportskih rezultata, većina sportskih organizacija prihvata napredak novih tehnologija, uči, razvija i usvaja nove metode koje pomažu da poboljšaju svoje „proizvode i usluge“. Međutim, taj napredak u znanju, često se ne odnosi samo na tzv. dozvoljena, već i na tzv. nedozvoljena sredstva u sportu.¹² U nastavku dajemo primer diskvalifikacije atletičara Rusije, nakon obelodanjenog skandala u vezi konzumiranja dopinga.

Skandal sa dopingom izbio je 2014. godine kada je nemačka televizija sprovela istragu.¹³ Svetska antidoping agencija (WADA) naručila je izveštaj, i dve godine kasnije pronašla dokaze za lažiranje testova na Zimskim olimpijskim igrama u Sočiju 2014. godine. Otkriveno je da su ruski atletičari koristili supstance koje pospešuju rezultat na takmičenju. Po izveštaju agencije, upotrebu dopinga su podsticali i zataškavali treneri, lekari, država i sportski zvaničnici.

MOK je zabranio atletskom timu Rusije da učestvuje na Igrama 2016. godine. Pored toga, Međunarodni olimpijski komitet izjavio je da se ne primenjuje

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Više u: Međunarodna konvencija protiv dopinga u sportu, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000188405>, 28. 9. 2022.

¹² Milan Mihajlović, Milan Milošević, Edita Kastratović, Vesna Čilerdžić, „Problem zloupotrebe dopinga u sportu“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2010, 561.

¹³ World Anti-Doping Agency, Independent Commission, The Independent Commission Report #1, Final Report, November 9, 2015, 2, https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_independent_commission_report_1_en.pdf, 28. 9. 2022.

pretpostavka nevinosti ruskim sportistima. Na osnovu toga su drugi ruski sportisti morali da prikažu čiste rezultate na antidoping testu, kako bi stekli pravo da se takmiče na Olimpijskim igrama u Rio de Žaneiru 2016. godine.¹⁴

MOK je na osnovu rezultata nezavisne komisije za razmatranje poziva i Grupe za implementaciju olimpijskih sportista iz Rusije (OARIG) doneo odluku da pozove „čiste“ ruske sportiste na Zimske olimpijske igre u Pjongčangu 2018. godine. Na tim igrama učestvovali su samo oni sportisti reprezentacije Rusije koji su mogli da dokažu da nisu koristili nedozvoljena sredstva. Oni su na igrama mogli da se takmiče samo pod neutralnom zastavom. Više od 80 odsto sportista kojima je dopušteno učešće nije se takmičilo na Zimskim olimpijskim igrama u Sočiju 2014. godine. To pokazuje da je reč o novoj generaciji ruskih sportista.¹⁵

Iako bi Olimpijski pokret trebalo da se bavi isključivo organizacijom Olimpijskih igara, on nije ostao imun na aktuelne događaje, kao što je npr. rat u Ukrajini. Olimpijski pokret je ispoljio dilemu u pogledu legitimnosti nastupa sportista iz Rusije i Belorusije u momentu kada mnogi sportisti iz Ukrajine zbog napada na njihovu zemlju nisu u mogućnosti da se takmiče. Izvršni odbor MOK je doneo sledeću rezoluciju.

– U cilju zaštite integriteta globalnih sportskih takmičenja i bezbednosti svih učesnika, IO MOK preporučuje međunarodnim sportskim federacijama i organizatorima sportskih događaja da ne pozivaju ili dozvoljavaju učešće ruskih i beloruskih sportista i zvaničnika na međunarodnim takmičenjima.

– MOK apeluje na sve organizatore međunarodnih takmičenja da iz organizacionih ili pravnih razloga, onemoguće bilo kom sportisti ili sportskom zvaničniku iz Rusije ili Belorusije da učestvuje pod imenom Rusija ili Belorusija. Zabranjeno im je da ističu nacionalne simbole, boje, zastave ili himnu.

– Izvršni odbor MOK ostaje pri svojoj hitnoj preporuci da se ne organizuje nijedan sportski događaj u Rusiji ili Belorusiji, izdatoj 25. februara 2022.

– Izvršni odbor MOK je, na osnovu kršenja Olimpijskog primirja i drugih kršenja Olimpijske povelje od strane ruske vlade u prošlosti, doneo *ad hoc* odluku da povuče Olimpijski orden svim licima koja trenutno imaju važnu funkciju u Vladi Ruske Federacije ili na drugom visokom položaju u vezi sa vladom, uključujući sledeće:

– gospodin Vladimir Putin, predsednik Ruske Federacije (zlatno, 2001),

¹⁴ Elaine Halchin, John W. Rollins, „The 2016 Olympic Games: Health, Security, Environmental, and Doping Issues“, Congressional Research Service 7-5700 www.crs.gov R44575, <https://sgp.fas.org/crs/row/R44575.pdf>, 28. 9. 2022.

¹⁵ Reduced pool of Russian athletes and officials who can be considered for invitation to PyeongChang 2018 determined, <https://olympics.com/ioc/news/reduced-pool-of-russian-athletes-and-officials-who-can-be-considered-for-invitation-to-pyeongchang-2018-determined>, 28. 9. 2022.

- gospodin Dmitrij Černišenko, potpredsednik Vlade Ruske Federacije (zlato, 2014),
- gospodin Dmitrij Kozak, zamenik šefa kabineta Predsedništva (zlato, 2014).
- IO MOK ceni i pozdravlja mnoge pozive na mir od strane sportista, sportskih zvaničnika i članova svetske olimpijske zajednice. Posebnu podršku MOK pruža pozivima na mir ruskih sportista.
- IO MOK se potpuno solidarisao sa ukrajinskom olimpijskom zajednicom. IO MOK je osnovao fond solidarnosti i obavezao se da će nastaviti i ojačati svoje napore za humanitarnu pomoć. IO MOK je izrazio zahvalnost nacionalnim olimpijskim komitetima (NOK) i međunarodnim sportskim federacijama zbog podrške ukrajinskim sportistima i njihovim porodicama.¹⁶
 - Ovakvim odlukama MOK je pokazao da je vrhovna institucija koja ima takvu moć da može retroaktivno poništiti medalje političkim čelnicima nakon dvadeset godina, a da pritom to nije urađeno zbog korišćenja nedozvoljenih supstanci, već zbog političkih odluka koje se tiču rata u Ukrajini. Odluke MOK su konačne i bespogovorno prihvaćene od svih komiteta na nacionalnom nivou, i ostalih hijerarhijski niže pozicioniranih sportskih tela.
 - Svi predlozi i odluke međunarodnih komiteta federacija mogu se posmatrati na sledeća dva načina.
 - Prvi način posmatranja se odnosi na pravni i organizacioni aspekt, gde se sva pažnja fokusira na potencijalno ugroženu bezbednost svih učesnika takmičenja na kojima bi eventualno nastupili sportisti ruske i beloruske nacionalnosti. Posmatrajući iz ovog ugla, može se konstatovati da bi učešće sportista zaraćenih strana moglo izazvati određene nemire kako na sportskom terenu, tako i među navijačima. Iz organizacionog ugla posmatranja sigurnost igrača i navijača je na prvom mestu.
 - Drugi način posmatranja jeste sociološko-psihološki, gde se pažnja fokusira na negativne efekte eliminacije sportista koji nisu prekršili fer-plej pravila, a koji su eliminisani po principu „kolektivne – nacionalne odgovornosti“. Zašto bi sportista koji je vredno trenirao i nije koristio doping i druga nedozvoljena sredstva bio lišen učešća na nekom od međunarodnih takmičenja samo na osnovu činjenice da pripada naciji koja je u ratu protiv neke druge zemlje. Zašto bi se sportisti koji nije prekršio nijedno pravilo zabranilo da koristi nacionalna odličja zemlje kojoj pripada.

¹⁶ IOC EB recommends no participation of Russian and Belarusian, <https://olympics.com/ioc/news/ioc-eb-recommends-no-participation-of-russian-and-belarusian-athletes-and-officials>, 21. 9. 2022.

Rusija se prema aktuelnoj zabrani WADA-e ne može takmičiti ni na jednom velikom sportskom takmičenju, uključujući Olimpijske igre u Tokiju (treće Olimpijske igre zaredom na kojima su se sportisti Rusije suočili sa ograničenjima).

Takmičarima Rusije je dopušteno da se takmiče pod okriljem Olimpijskog komiteta Rusije (ROK) ali im nije dopušteno da koriste rusku zastavu. Dozvoljeno im je da koriste iste boje – plavu, crvenu i belu – dok god na odeći nemaju reč Rusija niti bilo kakvo drugo nacionalno obeležje. Na osnovu ovih ultimatumata i ograničenja usmerenih ka sportistima Rusije, može se konstatovati da MOK ima izuzetno jaku sugestivnu moć uticaja na sve nacionalne komitete, medije i formiranje javnog mnjenja.

Nakon prvobitnih odluka koje su usvojili Savet FIFA i Izvršni komitet UEFA, a koje su predviđale donošenje dodatnih mera, FIFA i UEFA su zajedno odlučile da se svim ruskim timovima, bilo reprezentativnim ili klupskim timovima, suspenduje učešće u oba FIFA i UEFA takmičenja do daljnjeg. Fudbal je ovde potpuno ujedinjen i pun solidarnosti sa svim pogođenim ljudima u Ukrajini. Oba predsednika se nadaju da će se situacija u Ukrajini značajno i brzo poboljšati kako bi fudbal ponovo mogao da bude vektor jedinstva i mira među ljudima.¹⁷ Iz ovog izveštaja se vidi da FIFA i UEFA uz određene izrečene sankcije ubacuju u izveštaj i notu političke opredeljenosti, što ni u kom slučaju po svojoj vokaciji ne bi trebalo da čine. FIFA i UEFA imaju značajan uticaj na mišljenje i stavove velikog broja ljudi, kako u okvirima sportskih organizacija, tako i u medijskoj sferi i među ljubiteljima sporta.

Posledice diskvalifikacije

Diskvalifikacija sportista može prouzrokovati razne posledice po njihovo zdravlje. Fizička aktivnost smanjuje nivo anksioznosti i preporučuje se kao efikasno sredstvo u situacijama napetosti i brige. Brojne studije su pokazale pozitivan efekat fizičke aktivnosti na smanjenje nivoa anksioznosti. Testovi sprovedeni na sportistima su pokazali da trening i takmičenje poboljšavaju fizičku spremnost i potiskuju anksioznost.¹⁸

Vrhunski sportisti se odriču mnogih stvari u životu kako bi tempirali formu za neko od velikih međunarodnih takmičenja. Organizam sportiste ima svoj ciklus

¹⁷ FIFA/UEFA suspend Russian clubs and national teams from all competitions, <https://www.fifa.com/tournaments/mens/worldcup/qatar2022/media-releases/fifa-uefa-suspend-russian-clubs-and-national-teams-from-all-competitions>, 28. 9. 2022.

¹⁸ Edita Kastarović, Života Radosavljević, Milan Radosavljević, Milan Dragić, „The Role And The Importance Of Sport As A Function Of Health“, *International scientific journal of kinesiology. Sport science*, Vol 6, No. 2, 2013, 35.

u kome se postepeno priprema na maksimalna opterećenja i vrhunski domet na takmičenju. Olimpijski ciklus pripreme traje četiri godine, od završetka prethodnih olimpijskih igara, do početka narednih. Kod sportista koji su diskvalifikovani ovaj ciklus biva poremećen i to može uticati na dalji ishod njihove karijere.

U Međunarodnoj povelji o fizičkom obrazovanju, fizičkoj aktivnosti i sportu, u čl. 1 stoji da: „Svako ljudsko biće ima fundamentalno pravo na fizičku edukaciju, fizičku aktivnost i sport, bez diskriminacije po osnovu narodnosti, pola, seksualne orijentacije, jezika, religije, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, imovine ili po bilo kom drugom osnovu.“ Međunarodna povelja garantuje fundamentalno pravo na bavljenje sportom svim ljudima. Sport se na osnovu ove formulacije stavlja na pijedestal najvažnijih ljudskih prava savremenog društva. Ona pravu na sport daje jednaku važnost kao npr. pravu na pravično suđenje, pravu na život ili pravu na državljanstvo. Fundamentalna, osnovna ljudska prava jesu ona prava koje svaka osoba mora i može da ima i koja joj ne smeju biti uskraćena.¹⁹

ZAKLJUČAK

Pravila MOK se moraju poštovati. Njegova misija je zaštita svih sportista i takmičenja od neregularnosti i bilo kojeg tipa opasnosti. Prenebregava se činjenica da su međunarodne organizacije i komiteti zajedno sa medijima i političarima u stanju da formiraju stavove i javno mnjenje sportskog auditorijuma. Fokus bi trebalo da bude na boljoj organizaciji događaja i strožijoj i blagovremenoj doping kontroli i kaznama. Pravo i lični doživljaj pravde od strane sportiste nisu uvek usklađeni. Često se dešava da se sportista kao deo diskvalifikovanog tima oseti kao žrtva demonstracije sile, moći, političkih interesa, ili nekih drugih interesa.

Stavljati političke događaje i ratne strahote u isti koš sa sportskim događajima i lepotom sporta nije umesno. Niti će diskvalifikacija i ograničenja prilikom učestvovanja sportista umanjiti bol i tugu izazvanu bilo kojim ratom, niti će bol i tuga ratnog vihora ublažiti tugu sportista i limitiranost takmičenja za vrhunskim dostignućima. Sportisti koji nastupaju na velikim međunarodnim takmičenjima pod zastavom nacionalnog komiteta satisfakciju moraju tražiti u mogućnosti prikazivanja svojih sportskih dostignuća. Sportisti koji pod takvim obeležjima osvoje medalju moraju prihvatiti gorčinu kao cenu nastupa u takvim okolnostima. I pored parole da sport ujedinjuje, savremena dešavanja ukazuju na činjenicu da sport sve više postaje instrument za nametanje stava, mišljenja i moći. Sportistima za utehu ostaju medalje koje jednako sijaju u svim vremenima i okolnostima.

¹⁹ Andonović Stefan, „Pravo na sport kao ljudsko pravo“, *Strani pravni život*, god. 61, br. 3, Beograd, 2017, 135–136.

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

RIGHT OF ATHLETES TO FREEDOM OF PARTICIPATION IN INTERNATIONAL COMPETITIONS

Summary

The article is devoted to the analysis of the rights and responsibilities of athletes at international competitions. With the change in the dimension and experience of sports, the motives of the athletes themselves also changed, which is explained in the paper. Examples of reactions of the International Olympic Committee (IOC) and the World Anti-Doping Agency (WADA) in case of violation of the rules defined through the Declaration on the Rights and Responsibilities of Athletes are given. The relationship between the decisions of international sports organizations and committees and the resulting consequences for athletes and sports in general is presented. An overview of the current events in Ukraine in the context of the disqualification of athletes from major international competitions is given.

Key words: right and responsibility of athletes, values of fair play, motives, doping, disqualification

Literatura

Andonović S., „Pravo na sport kao ljudsko pravo“, *Strani pravni život*, god. 61, br. 3, Beograd, 2017.

Athletes declaration: <https://olympics.com/athlete365/who-we-are/athletes-declaration/>.

Đurđević N., „Međunarodnopravni aspekti odnosa sporta i zdravlja“, *Glasnik prava*, god. 1, br. 3, Kragujevac, 2010.

FIFA/UEFA suspend Russian clubs and national teams from all competitions, <https://www.fifa.com/tournaments/mens/worldcup/qatar2022/media-releases/fifa-uefa-suspend-russian-clubs-and-national-teams-from-all-competitions>.

Halchin E., Rollins J., „The 2016 Olympic Games: Health, Security, Environmental, and Doping Issues“, Congressional Research Service 7-5700 www.crs.gov R44575, <https://sgp.fas.org/crs/row/R44575.pdf>.

International Convention against Doping in Sport, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000188405>.

IOC EB recommends no participation of Russian and Belarusian, <https://olympics.com/ioc/news/ioc-eb-recommends-no-participation-of-russian-and-belarusian-athletes-and-officials>.

- Kastratović E., Radosavljević Ž., Radosavljević M., Dragić M., „The Role And The Importance Of Sport As A Function Of Health“, *International scientific journal of kinesiology. Sport science*, Vol 6, No. 2, 2013.
- Kastratović E., „Međunarodne sportske organizacije“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2011.
- Malacko J., *Osnove sportskog treninga*, Sportska akademija, Beograd, 2000.
- Mihajlović M., Milošević M., Kastratović E., Čilerdžić V., „Problem zloupotrebe dopinga u sportu“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2010.
- Međunarodna konvencija protiv dopinga u sportu, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000188405>.
- Reduced pool of Russian athletes and officials who can be considered for invitation to PyeongChang 2018 determined, <https://olympics.com/ioc/news/reduced-pool-of-russian-athletes-and-officials-who-can-be-considered-for-invitation-to-pyeongchang-2018-determined>.
- Svetski antidoping kodeks, https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_wada_code.pdf.
- Thornton K. P., *Sports Law*, Jones and Bartlett Publishers, Sudbury, Massachusetts, 2011.
- What is Fair Play? <http://www.fairplayinternational.org/what-is-fair-play->.
- World Anti-Doping Agency, Independent Commission, The Independent Commission Report #1, Final Report, November 9, 2015, https://wada-mainprod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_independent_commission_report_1_en.pdf.

PREGLEDNI RAD

HRVOJE KAČER
BLANKA KAČER

JE LI MOGUĆE *LEGE ARTIS* (*DE LEGE LATA*) UTVRDITI TKO JE NAJBOLJI TENISAČ SVIH VREMENA

U ovom tekstu autori su pokušali istražiti jednu dvojbu koja traje već jako dugo i jako interesira i sportsku i pravnu javnost. Pokazalo se da je početna hipoteza da postoji pravni okvir za utvrđivanje tko je najbolji tenisač svih vremena i da je to baš Novak Đoković. Pokazalo se i da „prostora“ za neke dvojbe baš i nema ukoliko se prihvate objektivni, vjerodostojni kriteriji, baš kao što su osvojeni Grand Slam turniri, osvojeni ATP turniri, osvojeni ATP Masters turniri i broj tjedana provedenih na broju 1 svjetske ATP rang liste. Unatoč često malim razlikama, ukupni poredak in favorem Novaka Đokovića je potpuno jasan. Pored utvrđenja i proglašenja najboljeg svih vremena u tekstu je postavljen temelj i za čitav niz drugih pravnih pitanja, posebno onoga o razmjernosti sankcija.

Ključne riječi: sport, najbolji tenisač, kriteriji, vjerodostojnost, tenis

U V O D

Slobodno se može kazati da je svijet danas preplavljen bezbrojnim natjecanjima, bezbrojnim proglašenjima najboljih na različitim razinama u gotovo svemu, od npr. običnog ljetovališta koje bira najljepšu djevojku pa do sličnih izbora na razini svijeta, pri čemu se može raditi o sportu, ali i o doslovno bilo čemu

Prof. dr Hrvoje Kačer, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Splitu, e-mail: hrvojekacer5@yahoo.com.

Dr Blanka Kačer, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Splitu, e-mail: blanka.kacer@pravst.hr.

drugom.¹ Pri tome je zajedničko svojstvo velike većine tih natjecanja, velike većine tih proglašenja, to da zapravo nisu praćena nikakvim ili gotovo nikakvim pravnim okvirom. Najbolji primjer te pojave su različita borilačka natjecanja koja su često toliko slična da ih ni stručnjaci ne mogu razlikovati, a s druge strane ponekad ni nema (barem ne velikih ili značajnih) različitosti, pa tako u istom sportu kao što je boks postoje četiri organizacije na svjetskoj razini i posljedično četiri različita svjetska prvaka, pri čemu se titule mogu i ne moraju objedinjavati, a ni za to praktično nema kriterija.

Jedna od novijih pojava „snalaženja“ u nenormiranom ili podnormiranom prostoru jeste pokušaj dijela (točnije dvanaest)² najbogatijih nogometnih klubova svijeta, točnije Europe, da se odvoje od Europske nogometne federacije (UEFA) i stvore vlastito natjecanje koje će im, po vlastitom mišljenju, osigurati bolje prihode i boljitak.³ Ostatak nogometnog svijeta, a posebno baš UEFA se jako negativno postavio prema ovome smatrajući da nogomet pripada svima, i najsiromašnijima, postavljajući kao cilj sprječavanje ovakvih ideja i pod cijenu najstrožih sankcija. Pri tome je od početka bilo jasno da ne mogu spriječiti osnivanje niti jedne organizacije, ali to omogućava izlaganje – mogućnost sankcija od strane matične dotadašnje organizacije, uključujući i zabranu natjecanja u nacionalnim prvenstvima i općenito svim prvenstvima koja su pod nadzorom UEFA. Zasada je velika većina klubova koji su pokrenuli tu ideju od iste odustala i u raznoraznim postupcima otpora su ostala samo tri kluba, od čega dva španjolska i jedan talijanski.⁴

Polazeći od navedenog, nije čudno što ne postoji nikakav (ili barem ne onaj ako ne optimalan barem dostatan) pravni okvir koji bi odredio tko je najbolji tenisač svijeta svih vremena. Ovaj završni dio „svih vremena“ po naravi stvari znači opet „do danas“, jer nitko ne može, neovisno o današnjem stanju, predvidjeti što će se događati sutra ili za deset, dvadeset ili više godina.⁵ Problem je u tome što se

¹ Dovoljno je npr. pogledati *Guinness*-ovu knjigu rekorda.

² *Arsenal, Chelsea, Liverpool, Manchester City, Manchester United i Tottenham Hotspur, Inter, Juventus, Milan, Real Madrid, Atletico Madrid, Barcelona*. U travnju 2021. svi engleski klubovi su istupili iz inicijative, kao i dva talijanska, dok su još uvijek ustrajni Juventus, Barcelona i Real Madrid. Interesantno je da se od početka odbio priključiti PSG, po mnogima najbolji klub na svijetu. Nedavno je predsjednik nogometnog kluba Barcelona Joan Laporta javno promijenio mišljenje i izjavio da bi „Superliga bila dosadna i zamorna“ – vidjeti: *Sportske novosti* od 9. listopada 2022, 24 pod naslovom „Promjena mišljenja“.

³ Projekt je nazvan Superliga.

⁴ Real iz Madrida.

⁵ Načelno, sve što će se događati nakon pisanja ovog teksta za izvedene zaključke nije relevantno. Međutim, to ipak nije u potpunosti tako. Naime, možemo zamisliti igrača koji je u prethodnih pet godina odigrao samo 19 *Grand Slam* turnira, bez ijednog poraza i bez nastupa na drugim turnirima. Naravno da bi takav igrač odmah bio proglašen za najboljeg svih vremena, iako po niti jednom kriteriju ne bi bio prvi.

već duže vremena rabi ili zlorabi gotovo nevjerojatna situacija da su tri vrhunska tenisača obilježila tenisku igru u posljednjih dvadeset godina, pri čemu se jedan od njih upravo oprostio od profesionalnog igranja tenisa (*Roger Federer*), dok preostala dvojica (*Rafael Nadal* i *Novak Đoković*) nastavljaju sa svojim karijerama, što im daje mogućnost još popraviti postojeće dosege.⁶ Činjenica je da se praktično s ovom trojicom iz novijeg doba nitko ne može usporediti, dok neke mogućnosti postoje isključivo sa tenisačima (tu slobodno možemo izdvojiti ime *Rod Laver*) koji su jako davno nastupali u uvjetima koji su bitno različiti od ovih danas, i to u gotovo svakom pogledu, od opreme uz koju se igra, preko broja natjecanja i količina pobjeda, pa do novčanih i drugih nagrada za postignute uspjehe. Čak i kada maksimalno pojednostavimo sve relevantne okolnosti, činjenica je da nekakva opća suglasnost postoji samo glede (dijela) kriterija koje treba upotrijebiti, ali ne i njihovog međusobnog odnosa. To predstavlja jako veliki problem i praktički svaki rezultat do kojeg se dođe je na određeni način upitan. Uključivanje navedenih velikih igrača u naše istraživanje je omogućilo bolju usporedbu i olakšalo testiranje kriterija.

Važno je uočiti i naglasiti koliko su razna proglašenja značajna za razvitak i popularizaciju sporta. Oni najbolji su najčešće pravi hit za najmlađu populaciju koja najčešće ni ne vodi računa o kriterijima prema kojima je netko, navodno, najbolji. Međutim, i oni će jednom odrasti i početi se pitati jesu li vjerovali u vjerodostojne ili nevjerodostojne podatke. Upravo i radi toga je važno stvoriti pravi pravni okvir koji će one vjerodostojne podatke, po naravi stvari, izdvojiti.

Naša temeljna hipoteza koju ovaj rad treba ili potvrditi ili negirati jeste da, ipak, uz sve teškoće, postoji dostatan (pa makar i minimalni) pravni okvir koji bi jamčio kako je netko izabran za najboljeg tenisača svih vremena uz pomoć pravno postojećih kriterija, kriterija koji isključuju ili barem minimaliziraju svaku samovolju. Posljedično, ako se hipoteza potvrdi, bit će moguće utvrditi tko je (od navedene trojice) najbolji tenisač svijeta svih vremena.

Naravno, izvedeni zaključak, pod uvjetom da bude pozitivan, je na odgovarajući način primjenjiv i na druge (u prvom redu sportske) izbore za najbolje.

PRAVNI IZVORI – VRELA

Sve tamo negdje do slučaja koji je u sportskom pravu poznat kao *Bosman Case*⁷ postojale su dvojbe u svezi mogućih kolizija između državnog prava s jedne strane

⁶ Teško je, možda i nemoguće, u povijesti pronaći odgovarajuću usporedbu. Možda je jedino razmjerno slično rivalstvo tri velika boksača u profesionalnoj teškoj kategoriji (*Cassius Clay* ili *Muhammed Ali*, *Joe Fraizer*, *Joe Foreman*) ili pak u ekipnim sportovima slično između dva velika nogometaša – *Leo Messi* i *Cristiano Ronaldo*.

⁷ *Bosman ruling*, Case number: C-415/93, <https://eur-lex.europa.eu>, 14. 9. 2022.

(kao prava koje donose države, odnosno državna tijela) i sportskog prava s druge strane kao prava u donošenju kojeg ne sudjeluju ni države ni državna tijela. Iako je to bilo i za očekivati ipak je jasan i značajan doprinos sigurnosti vladavini prava donošenje odluke *Bosman Case*, jer je tu jasno postavljeno da apsolutni prioritet ima državno pravo i u slučaju kolizije, osim ako državno pravo kaže „vrijedi ono što kaže državno pravo“. Tako je, na primjer, nedvojbeno da je i u sportskom pravu zabranjeno svako šikaniranje po rasi, spolu i slično, potpuno je jasno da se i na sportsko pravo moraju primjenjivati načela kao što je načelo jednakosti pred zakonom, načelo razmjernosti itd., dakle odnos nadređenosti i podređenosti je jasno postavljen i više ga nitko ne dovodi u pitanje.

U kontekstu postojanja pravne praznine očito je kako ista mora biti popunjena uz pomoć onih instrumenata kojima pravo raspoláže. *In concreto*, to znači vrlo temeljitu i uopće sofisticiranu uporabu – primjenu pravila tumačenja u pravu i rezultat mora biti isti kao što bi bio da postoji detaljna pravna regulativa.⁸ Naravno, to ne znači da bi trebalo odustati od donošenja posebnih pravnih normi. Upravo dapače, posebna regulativa, ma kakva bila, doprinijet će vladavini prava i pravnoj sigurnosti, a to su temelji svake pravne države.

Sve navedeno nikako ne bi smjeli shvatiti kao potporu tvrdnji da je, glede pravnih izvora, u sportskom pravu sve jasno. Nejasnoća i dvojbi ima jako mnogo i one bi sigurno bile manje da je cijeli svijet jedna zajednica podložna jednom vlastodavcu, drugim riječima da je cijeli svijet nešto slično kao država. Srećom ili nažalost, to nije tako i na području sportskog prava imamo onoliko nacionalnih sportskih prava koliko ima država, a iako su te države u velikoj većini integrirane u UN,⁹ to je još daleko od uobičajenog statusa koji u odnosi na sport u njima imaju pojedine države. Točno je da se sklapaju, posebno u UN-u, mnogi međunarodni ugovori i da su stranke mnogih tih ugovora velika većina država svijeta, ali to još uvijek nije dovoljno da bi ti ugovori mogli imati ono što je status zakona u nekoj državi (misli se na obuhvat područja primjene, formalno su međunarodni ugovori uvijek sa nadzakonskom snagom). Što se tiče sportskog prava primjera međunarodnih ugovora ima,¹⁰

⁸ V. više u: Nikola Visković, *Pojam prava*, Logos, Split, 1976; Oleg Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb, 1971; Norberto Bobbio, *Eseji iz teorije prava*, Logos, Split, 1988; Marijan Pavčnik, *Teorija prava*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 2001.

⁹ Ujedinjeni narodi.

¹⁰ V. više u: Snježana Bagić, „Hijerarhija pravnih propisa“, u: Hrvoje Kačer *et al.*, *Sportsko pravo*, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2018, 85–114. (napom. – autorica je tadašnja i sadašnja dopredsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske); Arsen Bačić, Petar Bačić, „Lisabonski ugovor i novi start europskog sportskog prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, god. 48, broj 4, tom 102, Split, 2011, 681–702.

a određenu nadopunu predstavljaju akti međunarodnih sportskih saveza, ali isto tako Međunarodnog olimpijskog odbora koji je neka vrsta sportskog nadnacionalnog nadsaveza.¹¹

Obzirom na to da se bavimo pitanjem kriterija za izbor, a potom i primjenom istih *in concreto* najboljeg tenisača svih vremena, logično je krenuti od akata ITF,¹² što je međunarodna teniska federacija u koju se udružuju nacionalne teniske federacije. Naravno, da nekim slučajem, na primjer, međunarodni olimpijski odbor (MOO) donese akt koji bi bio u koliziji s aktima ITF-a moglo bi doći do dvojbe, ali na takav slučaj nismo naišli. U tenisu je određeni problem što, na neki način paralelno sa ITF, postoje još dvije udruge, ATP¹³ kao međunarodna udruga teniskih profesionalaca i WTA¹⁴ kao međunarodna udruga teniskih profesionalki. Oni imaju koegzistenciju *sui generis* pri čemu veliku prednost ITF-u daje činjenica da su oni preko nacionalnih saveza organizatori četiri najveća tzv. *Grand Slam* teniska turnira.

Istraživanjem nismo pronašli da bi ni ITF ni ATP ni WTA propisivali pravila primjenom kojih bi se utvrdilo tko je najbolji tenisač/ica svih vremena ili neke godine. Pronašli smo samo čitav niz kriterija koji je odredio i koje primjenjuju ATP i WTA, ali bez onog zaključnog kakav je odnos tih kriterija međusobno, da li oni primjenom dovode do utvrđenja svih vremena ili neke godine, a posebno ne kakva je primjena takozvanih općih pravnih načela koja proizlaze iz državnog, a ne iz sportskog prava, ali su svakako obvezna i za sportsko pravo (npr. jednakost pred zakonom, razmjernost, vladavina prava, pravna sigurnost).

Prema našem mišljenju, apsolutno, u istraživanju tko je najbolji tenisač svih vremena potrebno je kao (glavne ili osnovne) kriterije primijeniti

- a) broj osvojenih *Grand Slam* titula (barem ili posebno u pojedinačnoj konkurenciji), zatim
- b) broj osvojenih ATP turnira,
- c) broj tjedana na broju jedan pojedine liste,
- d) broj osvojenih *Masters 1000* turnira.

Samo i isključivo ukoliko nam primjena ovih kriterija ne bi dala jasan rezultat bilo bi, smatramo, dopušteno uključiti neke druge, nazovimo ih pomoćnim kriterijima, kao što je broj titula u parovima, postotak pobjeda, broj tzv. aseva ili pobjeda u *tie-break* igrama, broj osvojenih *Davis Cupova*, odnos u međusobnim susretima i sl. Jedina iznimka bi trebale biti titule na Olimpijskim igrama od kada

¹¹ V. više u: Snježana Bagić, op. cit., 85–114.

¹² ITF – International Tennis Federation: <https://www.itftennis.com/>, 20. 9. 2022.

¹³ ATP TENNIS – Association of Tennis Professionals: www.atptour.com, 19. 9. 2022.

¹⁴ WTA TENNIS – Women's Tennis Association: <https://www.wtatennis.com>, 19. 9. 2022.

je tenis olimpijski sport, ali *in concreto* niti jedan od kandidata nije osvojio tu titulu, tako da to ostaje tema ili problem za budućnost.

Očito je, dakle, postojanje negativne ili čak i žalosne činjenice prema kojoj pravnog okvira (barem u onom uobičajenom obliku) koji bi nam omogućio jasno rješenje postavljenog problema jednostavno nema, a nema ni okolnosti koje bi nas navele na uvjerenje da će u nekoj bližoj budućnosti biti drugačije. Promišljajući što bi se to moglo (ili trebalo) dogoditi možemo samo poželjeti nekakav jako rašireni međunarodni ugovor, neku konvenciju, sve na način da se propišu pravila izbora najboljih na svijetu, pri čemu bi se, izvan svake sumnje, morala poštivati temeljna pravna načela kao što su jednakost pred zakonom, zabrana bilo kakvog šikaniranja (npr. po rasi, spolu, dobi...), razmjernost, vladavina prava i pravna sigurnost. Naravno da je izuzetno važno i postaviti granice između šikaniranja s jedne i razumnog uvažavanja s druge strane (naravno da je nezamislivo da se u boksu bore boksači s 50 i 100 kilograma, isto tako djecu i odrasle, da je u pravilu nezamislivo u istu kategoriju staviti muškarce i žene...). Do tada je nužno iznalaziti druga rješenja (pojednostavljeno popuniti pravnu prazninu uz pomoć pravila tumačenja), što je i predmet ovog rada.

ANALIZA I USPOREDBA

Broj osvojenih Grand Slam titula u pojedinačnoj konkurenciji

Generalno, sve profesionalne teniske turnire za muškarce možemo podijeliti u dvije skupine. Prvu čine poluprofesionalni turniri koje organizira ITF i koji zapravo služe samo kao priprema za one „prave“ profesionalne koji uvijek sadrže prefiks ATP.¹⁵

Profesionalni ATP turniri također sadrže jednu pripremnu ili prijelazni varijantu koja se označava s challenger nakon one oznake ATP. Tek nakon toga dolaze na red „pravi“ ATP turniri koji počinju, nakon oznake ATP, brojčanom oznakom 250, slijedi ATP 500, zatim *Masters* serije 1000, te „na vrhu“ *Grand Slam* turniri. Od trenutka kada je tenis ponovo postao olimpijski sport, u ovu kategoriju se svrstavaju i olimpijske igre, odnosno teniski turnir na olimpijskim igrama.

Postoje četiri *Grand Slam* turnira i to (redosljedom događanja unutar kalendarske godine: *Australian Open* u Melburnu ili AO, *Roland Garros* u Parizu ili RG, *Wimbledon* u Londonu i *US Open* u *New Yorku* – *US Open*). Oni su na neki način razmjerno pravilno raspoređeni i na tri kontinenta i unutar kalendarske godine. Specifično je što su to turniri čiji organizatori su nacionalni savezi, pa pod

¹⁵ Unatoč tome što postoje i manji ATP turniri koji nakon oznake ATP sadrže riječ *challenger*, mi se u ovom radu, po naravi stvari, bavimo samo onim većim koji imaju oznaku ATP Tour.

sredstvom njih i ITF, a ne ATP koji organizator svih ovih ostalih naprijed navedenih turnira (naravno osim olimpijskih igara).

Grand Slam turniri imaju bodovanje koje propisuje ATP, i to najveći mogući broj bodova, točnije za pobjedu 2.000 ili upravo dvostruko od inače najviše bodovanog ATP turnira. U glavnom turniru nastupa 128 igrača, a negativna specifičnost, koja po našem mišljenju ozbiljno ugrožava vladavinu prava i pravnu sigurnost, jeste to što se kvalifikacije igraju po bitno različitim pravilima (*best of three* umjesto *best of five* u smislu broja setova koji označavaju maksimalnu dužinu trajanje nekog susreta) od glavnog turnira. Također treba naglasiti da se *Grand Slam* turniri igraju u trajanju od dva tjedna, što je točno dvostruko od uobičajenog trajanja profesionalnog teniskog turnira.

Prema kriteriju pobjeda na *Grand Slam* turnirima, koje apsolutno nitko ne pokušava negirati kao relevantan kriterij, najveći broj pobjeda ima *Rafael Nadal* (22), slijede *Novak Đoković* (21), te *Roger Federer* (20).¹⁶ Prihvaćajući navedeno, ipak treba naglasiti da se radi o minimalnoj međusobnoj razlici, takvoj razlici koja već na jednom jedinom *Grand Slam* turniru može dovesti do promjene na samom vrhu, pri čemu treba spomenuti također da je *Roger Federer* u listopadu 2022. godine, na natjecanju kojeg je sam organizirao pod nazivom *Laver Cup* službeno oglosio prestanak karijere, što znači da, neovisno o njegovoj dobi, sadašnji broj *Grand Slam* turnira na kojima je pobijedio možemo smatrati zaključnim.

Broj osvojenih ATP turnira

Obzirom na činjenicu da smo kao kriterij prihvatili i broj tjedana na broju jedan ATP rang liste kao i činjenicu da se taj broj jedan postiže plasmanom na turnirima tijekom jedne godine, logično je da smo kao relevantan kriterij prihvatili i broj pobjeda na različitim ATP turnirima. Pri tome smo svjesni da nije isto pobjeda na *Grand Slam* turniru i pobjeda na ATP 250 turniru, ali se ATP „pobrinuo“ da najbolji igrači (a ova trojica to svakako jesu) jesu destimulirani za nastupe i eventualne pobjede na turnirima iz ATP 250 serije, a čak i obvezani na nastupe iz ATP 1000 serije. Tim slijedom se zapravo događa isto kod svih igrača – svi nastoje nastupati što više na turnirima s najviše bodova, koji u pravilu imaju najveći nagradni fond.

ATP turniri iz takozvane *Masters* serije po svom značenju svakako spadaju odmah iza *Grand Slam* turnira. Ima ih devet, ili točnije osam uz pridruženi ATP turnir u *Monte Carlu* kao deveti sa specifičnim pravnim položajem. Naime, ATP obvezuje najbolje igrače na nastup na ovih osam turnira, što nije slučaj s *Monte Carlom*.

¹⁶ V. <https://www.usopen.org>, <https://ausopen.com>, <https://www.wimbledon.com>, <https://www.rolandgarros.com>, 30. 9. 2022.

Činjenica je da se vode posebne evidencije oko rezultata na ovim turnirima, koji su specifični i po tome što traju duže od tjedna, a kraće od dva tjedna, u glavnom turniru sudjeluje 96 igrača, najbolje plasiranih 32 koji imaju status tzv. „nositelja“ su slobodni u prvom kolu i bodovi su upravo dvostruko veći nego što je slučaj sa slijedećom kategorijom.

ATP 500 spada u takozvanu srednju kategoriju unutar onih naprijed navedenih za koje inače vrijedi načelo *numerus clausus*. To znači da, praktično neovisno o nagradnom fondu, zasada, nema mogućnosti da neki turnir iz niže kategorije postane turnir iz serije 1000 ili pak *Grand Slam* turnir. Tu nema ni nekakvog vremenskog ograničenja, jer se licence za te turnire ne dodjeljuju (kada jednom postoje) na neki određeni rok i slično. Turniri iz ove kategorije su izuzetno cijenjeni, rezultati na njima su dobro bodovani i kada se otvori mogućnost da netko novi zatraži licencu za takav turnir, daleko je veća ponuda neko potražnja.

ATP 250 su najniža kategorija ATP turnira (osim onih koji spadaju u challenger-e). Ima ih mnogo i predstavljaju, vrlo često, neku prijelaznu fazu u pokušaju da neki organizator uspije za sebe izboriti status ATP 500 turnira. Takav turnir od 1990. god. u Umagu ima i Hrvatska, pri čemu je tijekom vremena imala i ATP turnire u Zagrebu i u Splitu koji su se, nažalost, „ugasili“.

Prema ovom kriteriju na vrhu svjetske ljestvice je *Jimmy Connors* (109), slijedi *Roger Federer* (103), *Rafael Nadal* je pobijedio na 92, a Novak Đoković na 90 ATP turnira. Obzirom na činjenicu da je *Roger Federer* završio karijeru i da navedeni igrači nastupaju na barem 15 turnira godišnje (*Grand Slam* + *Masters* najmanje) na kojima su favoriti i u kojima najčešće jedan od njih i osvaja titulu pobjednika za pretpostaviti je da će se navedeni odnos pobjeda do kraja karijere u korist preostala dva igrača sigurno promijeniti (konačno Novak Đoković je u posljednjih mjesec dana pobijedio na dva takva turnira).

Broj tjedana na broju jedan pojedine liste

Broj tjedana (od ukupno 52) provedenih na broju 1 ATP rang liste je, po naravi stvari, dosta vezan (pa i sličan) broju osvojenih turnira.

Činjenica je da se teniski turniri praktički igraju tijekom cijele godine i tijekom cijele godine se postižu ATP bodovi, pri čemu upisom bodova ostvarenih u prethodnom tjednu dolazi do brisanja bodova u istom tjednu prethodne godine (jedinu iznimku predstavljaju pravila usvojena radi *Covid 19* krize ili pak iznimna mjera – izostanak bilo kakvog bodovanja koja je primijenjena za *Wimbledon 2022.* koji je odbio zabraniti nastup državljanima Rusije i Bjelorusije, za nadati se da je to već danas prošlo svršeno vrijeme koje se neće nikada ponoviti). Međutim, po naravi

stvari, tijekom godine se mijenjaju i forma i kvalitet pojedinih igrača, što znači da jedan turnir sam po sebi, ma koji to bio, nikad ne znači, na određeni način, neku trajniju vrijednost. Ona se postiže uzimanjem u obzir bodovne liste za posljednju godinu dana i to je, potpuno sigurno, jako objektivan i mjerodavan, svakako i vjerodostojan, kriterij. Upravo radi toga smatramo da je kriterij tjedana provedenih na broju jedan svjetske ATP rang liste izuzetno objektivan, izuzetno bitan i spada u primarne kriterije za odabir najboljeg tenisača svih vremena.

U ovoj kategoriji najuspješniji je Novak Đoković (373 tjedna), drugi je *Roger Federer* (310 tjedana), a treći *Rafael Nadal* (209 tjedana).¹⁷ Unatoč velikoj razlici koja postoji već sada treba naglasiti ili barem spomenuti kako je prestanak niza Novaka Đokovića (koji traje i danas) u bitnom uzrokovan okolnostima vezanim uz *Covid 19*.¹⁸

Broj osvojenih Masters 1000 turnira.

ATP turniri iz takozvane *Masters* serije po svom značenju svakako spadaju odmah iza *Grand Slam* turnira. Ima ih točno devet, ili točnije osam uz pridruženi ATP turnir u *Monte Carlu* kao deveti sa specifičnim pravnim položajem. Naime, ATP obvezuje najbolje igrače na nastup na ovih osam turnira, što nije slučaj s *Monte Carlom*. Činjenica je da se vode posebne evidencije oko rezultata na ovim turnirima, koji su specifični i po tome što traju duže od tjedna, a kraće od dva tjedna, u glavnom turniru sudjeluje 96 igrača i bodovi su upravo dvostruko veći nego što je slučaj sa slijedećom kategorijom.

U ovoj kategoriji najveći broj turnira je osvojio Novak Đoković (38), a slijedi *Rafael Nadal* sa 36, te *Roger Federer*.¹⁹ Novak Đoković je specifičan po tome što je uspio barem jedanput osvojiti svaki turnir iz ove serije.

ANALIZA I USPOREDBA

Tragajući za što vjerodostojnim i što objektivnijim i mjerljivijim kriterijima,²⁰ odlučili smo se za navedena četiri. Razvidno je da je, prema tim kriterijima, različit poredak tri igrača koja uspoređujemo. Kada bi postojale samo pobjede na *Grand*

¹⁷ V. sr. wikipedia.org, www.atptour.com, 25. 9. 2022.

¹⁸ V. više o tome u: Hrvoje Kačer, Karla Gea Marcan, „Crveni karton za Novaka Đokovića, barem žuti za državu Australiju“, u: *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, god. 59, broj 1, tom 143, Split, 2022, 25–40.

¹⁹ V. <https://www.atp.tour.com>, 20. 9. 2022.

²⁰ Tenis nije mjerljiv u smislu onoga što je mjerljivost npr. atletike ili plivanja, ali je još uvijek daleko mjerljiviji nego kod mnogo drugih sportova.

Slam turnirima najbolji bi bio *Rafael Nadal* (drugi *Rafael Nadal*, treći *Roger Federer*), kada bi postojali samo kriteriji osvojenih ATP turnira najbolji bi bio *Roger Federer* (drugi *Rafael Nadal*, treći Novak Đoković), kada bi postojao samo kriterij pobjeda na ATP 1000 turnirima i broja tjedana broja jedan ATP rang liste najbolji bi igrač bio Novak Đoković (kod pobjeda na ATP 1000 drugi bi bio *Rafael Nadal*, a treći *Roger Federer*, kod broja tjedana su i mjesta zamijenjena). Navedeno zapravo znači da moramo istražiti ne samo međusobni odnos kriterija koji načelno smatramo ravnopravnim ili barem malo različitim, nego i daljnji plasman pojedinog igrača ukoliko nije najbolji u toj kategoriji. Na neki način je očito da je tu u najboljem položaju *Roger Federer* koji je završio svoju karijeru. On ima prednost u broju osvojenih turnira, ali je činjenica i da je njegova karijera za gotovo punih šest godina već sada dulja od karijera Novaka Đokovića i *Rafaela Nadala*. Unatoč tome što je točno da utvrđujemo najboljeg u današnjem trenutku, kao pomoćni kriterij ne možemo izbjeći primjenu naprijed navedene činjenice. Pored toga, *Roger Federer* nije drugi po broju osvojenih *Grand Slam* turnira (koji kriteriji smo slobodni smatrati najvažnijim), nego tek treći.

Navedeno znači da preostaje usporedba Novaka Đokovića i *Rafaela Nadala*. Prema kriteriju *Grand Slam* pobjeda *Rafael Nadal* ima prednost jedne pobjede. Međutim, unatoč tome što ima pobjede na sva četiri *Grand Slam* turnira, ipak je činjenica da se čak 14 pobjeda odnosi na *Roland Garros*. Koliko god je jasno da bi *Rafael Nadal*, da se samo računa *Roland Garros*, bio najveći tenisač svih vremena, obzirom na to da to nije slučaj, veliki broj pobjeda na samo jednom turniru znači i razmjerno mali broj pobjeda na ostalim turnirima i to je nešto što svakako ide u prilog Novaku Đokoviću. Jasnoće radi treba naglasiti da se *Grand Slam* turniri igraju na različitim podlogama, *Roland Garros* na zemlji, *Wimbledon* na travi, a *US* i *Australian Open* na betonima koji su različite „brzine“. Novak Đoković ima dva manje osvojena ATP turnira, ali kada se uzme u obzir da je, samo u mjesecu listopadu tekuće godine, osvojio dva ATP turnira, jasno je o koliko maloj razlici se radi. Novak Đoković ima veliku prednost (gotovo dvostruko tjedana) u broju tjedana provedenih na broju 1, a bolji je i u preostaloj kategoriji (ATP 1000), iako u toj kategoriji razlika nije toliko velika (dva turnira više, ali i osvojeno svih devet turnira kao za sada jedinstven pothvat).

Činjenica je da svaki igrač sam bira na kojim turnirima će nastupiti i sam trpi izostanke bez svoje krivnje, kao što su na primjer oni radi bolesti, ali i oni gdje je suodgovoran. Unatoč činjenici da je ponekad igrač i sam kriv za svoju bolest ili povredu, u to je gotovo nemoguće „ulaziti“ i istraživati. Međutim, činjenica je da postoje neke situacije koje u prvi plan stavljaju krivnju ili nekrivnju igrača. U prvu kategoriju svakako spada odbijanje cijepjenja protiv *Covid 19* (ili nečeg sličnog)

što je upravo nešto što je svojom voljom učinio Novak Đoković na nizu turnira u posljednje dvije godine. Njegov stav i pravo na slobodan odabir treba cijeliti, ali nažalost to znači i da je svojom krivnjom propustio nastupiti na nekoliko *Grand Slam* turnira (uzgred rečeno, praktično na svima, osim onog u Parizu, je bio favorit) i na mnogo više ATP turnira koji ne spadaju u *Grand Slam* turnire.

Naime, SAD su donijele propise koje nisu mijenjale, iako su se okolnosti bitno promijenile, prema kojima necijepljeni igrači (koji nemaju njihovo državljanstvo) ne mogu prijeći granicu i ući u SAD, posljedično ni igrati tenis u SAD. Navedeno uzrokuje posljedicu kojoj se već „smiju“ i koju javno u medijima komentiraju (iskreno ili neiskreno) i američki igrači koji smiju nastupiti bez, ne samo testiranja, nego i bez cijepjenja, a Novak Đoković ne smije ni uz testiranje – tako nešto ne može proći test jednakosti pred zakonom, a to je jedan od temelja modernog svijeta. Dodatno, posebno istraživanje i tekst zaslužuje isključivanje Novaka Đokovića sa *US Open 2020* na kojemu je bio prvi favorit,²¹ i napravio je nešto (*ball-abuse* – nesmotreno nabijanje loptice koja je pogodila sutkinju – zar ne bi bilo logičnije npr. kazniti ga tako da ostane bez novčane nagrade), što sigurno nije za najstrožu moguću kaznu.

ZAKLJUČAK

Već na odabiru teme teksta znali smo da se radi o nezahvalnoj temi, ali istodobno i o temi koja, sporta radi, zaslužuje da u pravnom smislu dođe na red.

Odlučili smo se za četiri kriterija za koja smatramo da ih nitko ne može dovesti u pitanje, pri čemu mislimo da isto vrijedi i za one dopunske. Od ta četiri kriterija Novak Đoković je prvi u dva, a u preostala dva je drugi i treći, sa stvarno minimalnom razlikom u odnosu na one ispred sebe i dobrim izgledima da ih dostigne i prestigne.

Obzirom na to da *Roger Federer* više očito neće poboljšavati svoje dosege praktično smo se sveli na usporedbu Novaka Đokovića i *Rafaela Nadala*. Prema našem istraživanju *Rafael Nadal* (koji je prvi po samo jednom, makar glavnom, kriteriju, a ima dva druga i jedno treće mjesto) tu ipak zaostaje i potpuno smo uvjereni da pravni okvir to ne samo omogućava, nego i zahtijeva. Druga je stvar (koja ne može promijeniti zaključak) što očito postoji pravna praznina i što smo je popunili tumačenjem, pored ostaloga i odabirom kriterija i postavljenjem kriterija za njihove međusobne odnose.

²¹ Jedna razina je pitanje razmjernosti sankcije, drugo jednakosti pred zakonom kada svi znamo kako se ponašala (i prošla bez ikakve sankcije) *Serena Williams*, da o *Niku Kyrgiosu* i ne govorimo.

Prvi argument je da, u onoj kategoriji u kojoj je prvi (pobjede na *Grand Slam* turnirima) ogromnu većinu (14 od 22) čini jedan turnir (*Roland Garros*) za razliku od Novaka Đokovića, kod kojega je taj raspored dosta ravnomjerno raspoređen.

Drugi argument je da ima najbolji rezultat samo u kategoriji osvojenih *Grand Slam* turnira, pri čemu Novak Đoković u toj kategoriji zaostaje samo za jedan turnir, a u 2022. godini je igrao samo na dva *Grand Slam* turnira (*Roland Garros* koji je gotovo „rezerviran“ za *Rafaela Nadala* i *Wimbledon* na kojemu je pobijedio).

Treći argument je da je uslijed događanja koja ne spadaju u nadmetanje na igralištu u prethodne dvije godine Novak Đoković bitno oštećen ili čak i ugrožen u svojim pravima (neovisno je li se za njih pravno borio kao npr. u Australiji ili nije kao na *US Open*) što se ne može tvrditi za *Rafaela Nadala*.

Uvjereni smo da ćemo u dvanaestom mjesecu 2023. godine biti na Kopaoniku i imati podatak da je Novak Đoković i po osvojenim *Grand Slam* turnirima i broju tjedana provedenih na broju 1 ATP rang liste (u preostale dvije kategorije je i u ovom trenutku neupitno prvi) onaj tko ih je najviše osvojio, a što bi bilo da je (do kraja) nastupio na onima za koje je spriječen, nećemo nikada znati. *Sapienti sat.*

Prof. Dr. HRVOJE KAČER
Full Professor, Faculty of Law
University of Split

Dr. BLANKA KAČER
Associate Professor, Faculty of Law
University of Split

IS IT POSSIBLE *LEGE ARTIS* (*DE LEGE LATA*) TO DETERMINE WHO IS THE BEST TENNIS PLAYER OF ALL TIME

Summary

In this article, the authors tried to investigate a doubt that has been going on for a very long time and is of great interest to both the sports and legal public. It turned out that the initial hypothesis that the legal framework for determining who is the best tennis player of all time exists, and that is Novak Đokovic. It has also been shown that there is no „space“ for some doubts if objective, credible criteria are accepted, such as Grand Slam tournaments won, ATP tournaments won, ATP Masters tournaments won and the number of weeks spent as number 1 in the world ATP ranking list. Despite often very small differences, the overall ranking *in favorem* of Novak Đoković is completely clear. In addition to establishing and declaring the best of all time, the text also laid the foundation for a whole series of other legal issues, especially the proportionality of sanctions.

Key words: sport, the best tennis player, criteria, credibility, tennis

Litereatura

- Bačić A., Bačić P., „Lisabonski ugovor i novi start europskog sportskog prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, god. 48, broj 4, tom 102, Split, 2011.
- Bagić S., „Hijerarhija pravnih propisa“, Hrvoje Kačer *et al.*, *Sportsko pravo*, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2018.
- Bobbio N., *Eseji iz teorije prava*, Logos, Split, 1988.
- Kačer Hrvoje *et al.*, *Sportsko pravo*, Pravni fakultet u Splitu, Split, 2018.
- Kačer H., Marcan K. G., „Crveni karton za Novaka Đokovića, barem žuti za državu Australiju“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, god. 59, broj 1, tom 143, Split, 2022.
- Mandić O., *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb, 1971.
- Pavčnik M., *Teorija prava*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 2001.
- Visković N., *Pojam prava*, Logos, Split, 1976.

PREGLEDNI RAD

BOŽIDAR OTAŠEVIĆ
NENAD ĐURĐEVIĆ

KRIVIČNO DELO NEOVLAŠĆENA PROIZVODNJA I STAVLJANJE U PROMET DOPING SREDSTVA – PROBLEMI U RADU ORGANA OTKRIVANJA I SUDSKA PRAKSA

Doping je ozbiljna pretnja modernom sportu, i to iz dva razloga: prvo, on je nespojiv sa etičkim principima sporta i poštenom sportskom borbom; drugo, doping može ugroziti zdravlje sportista zbog velikog broja lekova i medicinskih postupaka koji se koriste u tu svrhu. Cilj rada je da ukaže na osnovne karakteristike krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstva, te na određene probleme koji se javljaju u praktičnom radu policije i tužilaštava, kao i na skromnu sudsku praksu koja postoji u ovoj oblasti. Problem u praksi predstavlja činjenica da postoji velika sličnost između krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstva i osnovnog i privilegovanog oblika neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246 st. 1 i 6 KZ. Dokazivanje o kom krivičnom delu se u konkretnom slučaju radi izuzetno je teško, jer se nekada egzaktnim dokaznim sredstvima ne može utvrditi s kojim ciljem je preduzeta konkretna radnja izvršenja. Pri tome treba imati u vidu činjenicu da se značajan broj zabranjenih supstanci nalazi istovremeno i na Spisku psihoaktivnih kontrolisanih supstanci i na Listi zabranjenih

Dr Božidar Otašević, docent Kriminalističko-policijskog univerziteta, Beograd, e-mail: bozidarotasevic@yahoo.com.

Prof. dr Nenad Đurđević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, u penziji, e-mail: isaija1957@gmail.com. Rad je nastao u okviru projekta Fonda za nauku Republike Srbije „Ideje – Projekat akceleracije inovacija i podsticaja preduzetništva u Republici Srbiji – Management of New Security Risks – Research and Simulation Development“ NEWSIMR&D.

doping sredstava. Kriminalne grupe mogu proizvoditi i stavljati u promet zabranjene supstance kao doping sredstva i kao psihoaktivne supstance. Imajući u vidu da je za organe otkrivanja ovo nova oblast rada, oni se najčešće neće baviti dokazivanjem sa kojim ciljem su određene supstance proizvedene i stavljene u promet, već će se jednostavno opredeliti da je reč o krivičnom delu neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga, što svakako sa kriminalnopolitičkog aspekta nije opravdano.

Ključne reči: *doping, psihoaktivne supstance, krivično delo, sportisti, zdravlje*

U V O D

Doping u sportu, u užem smislu reči, predstavlja davanje sportisti ili korišćenje od strane sportiste supstanci ili metoda koje su zabranjene, a koje doprinose poboljšanju sportskih rezultata. Međutim, u širem značenju, doping predstavlja postojanje jednog ili više prekršaja antidoping pravila utvrđenih Svetskim antidoping kodeksom.

Korišćenje različitih sredstava radi povećanja sopstvenog učinka nije izum modernog sporta. Još u vreme prvih olimpijskih igara u antičkoj Grčkoj među sportistima je bilo uobičajeno korišćenje različitih stimulativnih sredstava (na primer, korišćenje alkoholnih pića, pečuraka ili životinjske krvi). Kasnije je korišćeno dejstvo i kofeina, nitroglicerina, alkohola, opijuma ili strihnina. Danas je doping stalni pratilac savremenog sporta, a verovatno je i da će u budućnosti barem vrhunska sportska takmičenja biti opterećena uzimanjem različitih doping supstanci i metoda sa ciljem nesportskog povećanja takmičarskih sposobnosti od strane sportista. Idealistički pristup sportu po principu „važno je učestvovati a ne pobediti“ teško da je ikada bio deo bića sportista. Svako zna da veću radost donosi pobeda nego poraz, bilo da je reč o olimpijskim igrama ili opštinskom takmičenju. Pobeda je za sportistu osnovni cilj učešća u takmičenju i upravo zbog toga su neki spremni da svoje takmičarske sposobnosti povećaju uzimanjem doping sredstava.¹

Upotreba dopinga suprotna je osnovnim vrednostima savremenog sporta i predstavlja njegovu grubu zloupotrebu. Međunarodne organizacije, države i svi međunarodni i nacionalni sportski savezi borbu protiv dopingovanja stavljaju u svoje osnovne zadatke. Tri su osnovna legitimna cilja borbe protiv dopinga u sportu: zaštita zdravlja sportista, očuvanje načela jednakih šansi (konkurencije) i održavanje verodostojnosti sportske grane.² U tim činjenicama leži puno opravdanje da se preduzmu

¹ Više, Nenad Đurđević, *Komentar Zakona o sprečavanju dopinga u sportu*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2008.

² Jochen Fritzweiler (Hrsg.), *Doping, Sanktionen, Beweise, Ansprueche*, Stämpfli (Verlag), Bern, 2000, 82.

mere radi sprečavanja dopinga u sportu i sankcionisanja svakog vida zloupotrebe. Kakva će sankcija biti predviđena za kršenje pravila koja zabranjuju doping, zavisi od toga da li se doping kvalifikuje kao disciplinska povreda, prekršaj ili krivično delo.³

Za izricanje pojedinih sportskih sankcija nadležni su odgovarajući sportski savezi, a pojedine sankcije su u nadležnosti odgovarajućih državnih organa, odnosno organizacija. Prva grupa sankcija uglavnom je koncentrisana na poništavanje sportskih rezultata i zabrane učešća na takmičenjima, kao i isključivanje iz sportske organizacije, pošto se doping smatra osnovnim razlogom za prestanak odnosa članstva u sportskoj organizaciji.⁴ Druga grupa sankcija odnosi se na radnopravnu, građanskopravnu, prekršajnopravnu i krivičnopravnu odgovornost. Drugoj grupi sankcija treba dodati zabranu državnim organima da sportistima i drugim licima za koja se utvrdi da su odgovorna za doping dodeljuju sredstva iz javnih prihoda za obavljanje sportskih aktivnosti i delatnosti.⁵

Krivičnopravna zaštita u ovoj oblasti je fragmentarnog karaktera i pojavljuje se kao nužna samo u slučajevima drastičnog ugrožavanja ili povrede zdravlja ljudi, dok se pravo na zaštitu zdravlja koje se dopingom ugrožava dominantno štiti drugim granama prava. U stvari, krivičnopravna intervencija radi zaštite zdravlja ljudi dolazi u obzir kao krajnje sredstvo, u slučajevima kada sva druga društvena i pravna sredstva za postizanje tog cilja ostanu bez uspeha.⁶ Krivična dela čijim se propisivanjem suzbija doping u sportu svrstana su u sporedno krivično zakonodavstvo, odnosno nalaze se u Zakonu o sprečavanju dopinga u sportu⁷ i njima se, pre svega, štiti zdravlje sportista, što predstavlja osnovnu zajedničku karakteristiku ovih krivičnih dela. Reč je o krivičnim delima koja su uperena protiv zdravlja više lica – sportista, odnosno koja predstavljaju opasnost za neodređen i veliki broj lica – sportista.

ZAKON O SPREČAVANJU DOPINGA U SPORTU

Važeći Zakon o sprečavanju dopinga u sportu donet je 2014. godine. Ovim zakonom je zamenjen Zakon o sprečavanju dopinga u sportu iz 2005. godine.

³ Dejan Šuput, *Sankcionisanje dopinga u sportu*, Orion Art, Beograd, 2007, 32.

⁴ Nenad Đurđević, „Odmeravanje kazne zabrane učešća sportiste na takmičenjima zbog upotrebe dopinga – pravni značaj slučaja Marina Čilića“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2, Split, 2015, 470.

⁵ Nenad Đurđević, „Krivična odgovornost za doping u sportu“, zbornik radova *Pravna država i stručnost procesnih subjekata kao instrument suprotstavljanja kriminalitetu*, Pravni fakultet u Kragujevcu i Hanns Seidel Stiftung, Kragujevac, 2015, 202.

⁶ Dragoljub Atanacković, *Krivično pravo – posebni deo*, Beograd, 2009, 190.

⁷ Zakon o sprečavanju dopinga u sportu, *Službeni glasnik RS*, br. 111/2014 i 47/2021.

Međutim, od donošenja zakona 2014. godine, situacija u pogledu pravnog uređenja borbe protiv dopinga u sportu na međunarodnom planu je izmenjena. Jedna od najznačajnijih promena je donošenje novog Svetskog antidoping kodeksa 2019. godine čije odredbe stupaju na snagu 1. januara 2021. godine, kao i prateće promene međunarodnih standarda u oblasti dopinga, koje je odobrila Svetska antidoping agencija u 2019. i 2020. godini. Pored toga, javila se i potreba za usklađivanjem Zakona o sprečavanju dopinga u sportu sa Zakonom o sportu⁸ i Zakonom o inspekcijском nadzoru⁹ koji su doneti posle ovog zakona. Zbog svega ovoga, Zakon o sprečavanju dopinga u sporta pretrpeo je značajne izmene 2021. godine, koje su delom obuhvatile i odredbe kojima je regulisana krivična odgovornost. Tako je izvršeno proširivanje težeg oblika krivičnog dela iz čl. 38 st. 2 Zakona – omogućavanje upotrebe doping sredstava, tako da se odnosi na sva maloletna lica, za razliku od rešenja iz 2014. godine, kojim su obuhvaćeni samo maloletnici od 14 do 18 godina. Izmena je bila potrebna jer se odredbama Svetskog antidoping kodeksa zahteva posebna zaštita za sva lica koja još nemaju 18 godina.

Inače, od donošenja zakona 2014. godine pa do izmena 2021. godine, Antidoping agencija Republike Srbije sprovela je ukupno 5.129 doping kontrola i pritom je utvrdila ukupno 49 povreda antidoping pravila koje su napravili sportisti, i 23 povrede koje su bile povezane za dopingom konja. U 48 povreda koje su se odnosile na prisustvo zabranjenih supstanci u telesnom uzorku sportiste, ukupno je otkriveno prisustvo 66 zabranjenih supstanci, i to: 27 anaboličkih steroida, 16 stimulansa, 10 diuretika, 8 kanabinoida, 3 hormona i metabolička modulatora, 1 beta 2 agonist i 1 narkotik. Antidoping agencija Republike Srbije je u navedenom periodu u značajnoj meri saradivala i sa Ministarstvom unutrašnjih poslova, posebno sa Službom za borbu protiv organizovanog kriminala (SBPOK), carinom, tužilaštvima i sudovima. Kao plod saradnje Antidoping agencije Republike Srbije i policije, a posebno kao rezultat odličnog rada pripadnika SBPOK-a treba istaći slučaj iz 2015. godine, kada je došlo je do hapšenja tri lica i prve velike zaplene doping sredstava u vrednosti od približno 1.000.000 evra na crnom tržištu. Količine zaplenjenih doping sredstava od strane pripadnika MUP-a, u periodu 2014–2018. godine, prema Izveštaju Radne grupe za oblast dopinga u sportu Nacionalnog saveta za sprečavanje negativnih pojava u sportu, iz oktobra 2018. godine, iznose: u 2014. godini – 250,27 grama i 751 tableta anaboličkih steroida; u 2015. godini – 51.919,08 grama, 25.752 tableta i 23.711 ml anaboličkih steroida;

⁸ Zakon o sportu, *Službeni glasnik RS*, br. 10/16.

⁹ Zakon o inspekcijском nadzoru, *Službeni glasnik RS*, br. 36/15, 44/18 – dr. zakon i 95/18.

u 2017. godini – 1.328 tableta i 55 ml anaboličkih steroida i u 2018. godini – 1.364 tableta i 96 ml anaboličkih steroida.¹⁰

Donošenjem zakona iz 2005. godine Srbija se svrstala u red malog broja država u svetu koje su tada imale poseban zakon za borbu protiv dopinga u sportu. Ovaj zakon se temeljio na Evropskoj konvenciji o sprečavanju dopinga u sportu Saveta Evrope i Svetskom antidoping kodeksu iz 2003. godine – *World Anti-Doping Code* (u daljem tekstu Kodeks),¹¹ uz uvažavanje uporednopravnih rešenja država koje su na sličan način uredile zakonodavni okvir u borbi protiv dopinga u sportu. Kodeks je imao i u vreme donošenja, a i danas ima nadzakonsku snagu i omogućuje jedinstveni način ponašanja u sprovođenju antidoping pravila u sportu. Prema odredbama Svetskog antidoping kodeksa postoji određeni broj odredaba koje moraju doslovno biti preuzete i prihvaćene od svih učesnika u sistemu sporta u svetu, i na međunarodnom i na nacionalnom nivou, inače organizacije u oblasti sporta i sportisti u Republici Srbiji mogu biti izloženi izuzetno teškim sankcijama, uključujući zabranu učešća na međunarodnim sportskim takmičenjima i uskraćivanje organizacije međunarodnih sportskih takmičenja na teritoriji Republike Srbije. U grupu odredaba koje se moraju preuzeti bez bilo kakve izmene suštine spadaju: čl. 1 (Definicija dopinga); čl. 2 (Povreda antidoping pravila); čl. 3 (Dokazivanje dopinga); čl. 4.2.2 (Specifične supstance ili specifični metodi); čl. 4.2.3 (Supstance zloupotrebe); čl. 4.3.3 (Odlučivanje VADA o listi zabranjenih sredstava); čl. 7.7 (Povlačenje iz sporta); čl. 9 (Automatska diskvalifikacija pojedinačnih rezultata); čl. 10 (Kazne za pojedince); čl. 11 (Mere u timskim sportovima); čl. 13 (Žalbe); čl. 15.1 (Automatsko obavezujuće dejstvo odluka); čl. 17 (Zastarelost); čl. 26 (Tumačenje Kodeksa); Dodatak 1 – Definicije.

Po ugledu na Belgiju, Dansku, Španiju, Francusku, Grčku, Italiju i Portugaliju, srpski zakonodavac je još 2005. godine odlučio da meteriju sprečavanja dopinga u sportu uredi posebnim zakonom, a ne većim brojem pravnih normi raspoređenih u zakone koji regulišu proizvodnju i promet farmaceutskih proizvoda, ili organizovanje i održavanje sportskih aktivnosti.¹² U međuvremenu je to postao i dominantan pristup u svetu, pa su tako posebne zakone dobile, na primer, i Nemačka (2015), Austrija (2007) i Španija (2021). Posebno treba pomenuti Rodčenkov antidoping

¹⁰ Podaci su navedeni prema: „*Ex-ante* analiza efekata Zakona o sprečavanju dopinga u sportu sa stanovišta izmena svetskog antidoping kodeksa i drugih propisa“, <https://www.mos.gov.rs/public/documents/upload/sport/inspekcija/Ex-ante%20analiza%20efekata%20Zakona%20o%20sprecanju%20dopinga%20u%20sportu%20-%20Nacrt%202-12-2020.docx>, 1. 9. 2022.

¹¹ World Anti-Doping Code, v. na: www.wada-ama.org, 1. 9. 2022.

¹² D. Šuput, op. cit., 95.

zakon iz 2019. godine,¹³ kojim su Sjedinjene Američke Države i svet početkom decembra 2020. godine dobili krivični zakon, sa eksteritorijalnim dejstvom, usmeren na učesnike doping prevara na velikim međunarodnim sportskim takmičenjima. Tim zakonom je stvoreno krivično delo „velike međunarodne zavere u vezi sa doping prevarom“ (Major international doping fraud conspiracies). Krivično delo čini bilo koja osoba, osim sportiste, koja svesno sprovede u delo, pokuša da sprovede u delo ili sklopi zaveru sa bilo kojom drugom osobom radi sprovođenja u delo šeme u trgovini vršeći uticaj na upotrebu zabranjene supstance ili zabranjenog metoda, vezano za bilo koje veliko međunarodno sportsko takmičenje. Za ovo krivično delo iz čl. 3 st. 1 Rodčenkovog antidoping zakona postoji eksteritorijalna federalna nadležnost (čl. 3 st. 2 Zakona). To znači da se Zakon primenjuje bez obzira na to li su u doping zaveru umešani državljani SAD i da li je krivično delo učinjeno na teritoriji ili izvan SAD. Krivične kazne za izvršeno delo Velike međunarodne zavere u vezi sa doping prevarom utvrđene su čl. 4 st. 1 Zakona. Izvršilac krivičnog dela se kažnjava kaznom zatvora do 10 godina, novčanom kaznom od 250.000 dolara ukoliko je u pitanju pojedinac ili 1.000.000 dolara ukoliko je reč o organizaciji, ili oboje. Osim toga, bilo koja imovina, stvarna ili lična, materijalna ili nematerijalna, može se zapleniti ili krivično oduzeti u SAD ukoliko se to vlasništvo koristi ili namerava da se koristi na bilo koji način kako bi se izvršilo ili olakšalo izvršenje krivičnog dela, ili ako predstavlja prihod koji je ostvaren, pribavljen, uzet ili zadržan u vezi ili kao rezultat izvršenja krivičnog dela.¹⁴

Važeći Zakon o sprečavanju dopinga u sportu iz 2014. godine temelji se na Međunarodnoj konvenciji protiv dopinga u sportu (u daljem tekstu Konvencija) i na već pomenutom kodeksu. Konvencija je usvojena 19. oktobra 2005. godine u Parizu, na trideset trećoj sesiji sastanaka Generalne konferencije Organizacije ujedinjenih nacija za obrazovanje, nauku i kulturu (UNESCO). Ova konvencija je osmišljena kao moćno međunarodnopravno sredstvo koje treba da omogući da svi sportisti na svetu budu podvrgnuti identičnim propisima, odgovarajućim antidoping testovima i standardizovanim pravnim propisima kako bi im se, u slučaju da se dokaže da su koristili zabranjena doping sredstva, izricale istovetne i ujednačene sankcije za izvršene delikte.¹⁵ Međunarodna konvencija protiv dopinga u sportu je univerzalnog karaktera i njena primena je obavezna za sve države članice UN koje su je ratifikovale.

¹³ Bill, H. R. 835 – 116th Congress (2019-2020), koji je predsednik Tramp potpisao 4. decembra 2020. godine.

¹⁴ Nenad Đurđević, „Uticaj Rodčenkovog antidoping zakona na harmonizaciju borbe protiv dopinga u sportu na svetskom nivou“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1, Split, 2022, 20.

¹⁵ Dejan Šuput, „Izvori kaznenog prava u oblasti sporta i usklađenost srpskog prava sa međunarodnim standardima“, *Strani pravni život*, br. 1. Beograd, 2011, 237.

Važeći Zakon o sprečavanju dopinga u sportu sadrži dva krivična dela, i to: omogućavanje upotrebe doping sredstva (čl. 38) i neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstava (čl. 39). Međutim, ovaj zakon ne sadrži isključivo krivičnopravne odredbe, već u potpunosti uređuje oblast dopinga u sportu, tako da se smatra delom sporednog krivičnog zakonodavstava Republike Srbije. To dalje znači da u srpskom krivičnopravnom sistemu i dalje važi podela na glavno i sporedno krivično zakonodavstvo i da smo još uvek daleko od unifikacije krivičnog zakonodavstva. Na ovaj zaključak upućuje nas i odredba čl. 13 Krivičnog zakonika,¹⁶ koja nosi naslov „Važenje opšteg dela ovog zakonika“, u kojoj je propisano da odredbe opšteg dela krivičnog zakonika važe za sva krivična dela određena tim zakonom ili drugim zakonima. Svakako, sporedno krivično zakonodavstvo u uređenom pravnom sistemu treba da predstavlja izuzetak, a ne pravilo, jer je zbog pravne sigurnosti građana veoma važno da krivičnopravne norme budu sistematizovane u jednom pravnom aktu, a ne „rasute“ u više zakona.¹⁷ Zbog toga bi u budućim izmenama Krivičnog zakonika trebalo razmisliti o tome da se ova dva krivična dela propisana Zakonom o sprečavanju dopinga u sportu izbrišu iz ovog zakona i propišu kao nova krivična dela u okviru grupe krivičnih dela protiv zdravlja ljudi, pošto takva grupa krivičnih dela već postoji u Krivičnom zakoniku Republike Srbije. Upravo je na sličan način postupljeno prilikom izmena i dopuna Krivičnog zakonika iz 2009. godine, kada je krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi, koje je bilo propisano čl. 20 Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama,¹⁸ izbrisano iz ovog zakona i propisano u čl. 344a Krivičnog zakonika u grupi krivičnih dela protiv javnog reda i mira.

Za razliku od Zakona o sprečavanju dopinga u sportu iz 2014. godine, onaj iz 2005. godine je propisivao upotrebu dopinga kao krivično delo. Ova norma je bila vrlo problematična, jer je jedno od najkontroverznijih pitanja u vezi s borbom protiv dopinga u sportu pitanje da li krivičnom odgovornošću treba da bude obuhvaćen i sam sportista za koga se utvrdi da je bio dopingovan. Prema jednom stanovištu, kao što se samo lice koje konzumira drogu ne kažnjava tako ni dopingovani sportista ne može biti krivično odgovoran. Prema drugom stanovištu, krivičnom odgovornošću moraju biti obuhvaćeni i sportisti za koje se utvrdi da su na sportskom takmičenju bili pod dejstvom dopinga, posebno za namernu

¹⁶ Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 73/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

¹⁷ Nataša Mrvić-Petrović, *Krivično pravo*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2006, 45.

¹⁸ Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, *Službeni glasnik RS*, br. 67/2003, 101/2005 – dr. zakon, 90/2007, 72/2009.

upotrebu dopinga.¹⁹ Važećim Zakonom o sprečavanju dopinga u sportu, u čl. 41, upotreba doping sredstva je propisana kao prekršaj za koji se može izreći kazna u rasponu od 50.000 do 150.000 dinara. Delibašić i Mandarić smatraju da je takvo rešenje prihvatljivo jer se ne može krivičnim pravom suzbijati autodestrukcija u vidu upotrebe doping sredstva.²⁰ Prema stanovištu nekih drugih, pre svega stranih pravnih pisaca, krivičnu odgovornost sportista za doping treba vezati samo za takmičarski sport i za situacije kada je zbog korišćenja dopinga nastalo ugrožavanje verodostojnosti konkurencije na takmičenju (falsifikovanje konkurencije).²¹ Svakako, treba istaći da u pojedinim zemljama, kao što su Belgija, Italija, Nemačka, postoji krivična odgovornost sportista za upotrebu doping sredstava.

Kada je reč o upotrebi doping sredstava, sankcionisanje sportista krivičnim pravom još uvek nije široko prihvaćeno.²² U većini zemalja u svetu ne postoji krivična odgovornost sportista za upotrebu doping sredstva. Po našem mišljenju dva su osnovna razloga za to: prvo, samo dokazivanje postojanja namere kod učinioca ovakvog krivičnog dela u praksi je veoma teško, odnosno, u najvećem broju slučajeva ona se ne može utvrditi egzaktnim i objektivnim dokaznim sredstvima; drugo, postoji opravdana sumnja da se rezultati u borbi protiv dopinga u sportu ne mogu ostvarivati krivičnim kažnjavanjem sportista. Smatramo da u borbi protiv dopinga u sportu u prvi plan treba staviti preventivne mere, sa posebnim akcentom na edukaciju sportista, posebno maloletnika. Treneri su ti koji trebaju edukovati sportiste o listi nedopuštenih sredstava (koja se svake godine menja) i o načinima na koje se ta sredstva mogu, čak i nenamerno, uneti u organizam. Svakako da je edukacija neophodna i u delu obaveze davanja uzorka, po pravilu urina, ako se to od sportiste zatraži, kao i o posledicama odbijanja takve obaveze. Pored trenera veoma važnu ulogu imaju i predsednici klubova, koji su ujedno i zakonski zastupnici klubova, pri čemu je njihova uloga značajnija u manjim klubovima, gde ne postoje specijalizovane službe, koje bi obavljale te poslove.²³ Bez obzira na činjenicu što je u periodu od 2008. do 2020. godine, prema podacima Antidoping agencije Srbije, na doping bilo pozitivno 111 sportista iz ukupno 33 sportske discipline, smatramo da je sasvim ispravno što je Zakon o sprečavanju dopinga u sportu iz 2014. godine ukinuo krivičnu odgovornost sportiste za doping.

¹⁹ N. Đurđević, op. cit., 218.

²⁰ Veljko Delibašić, Sanja Mandarić, *Sportsko i krivičnopravno sankcionisanje dopinga u sportu*, Službeni glasnik, Beograd, 2016, 229.

²¹ Rainer Cherkeh, Carsten Momsen, „Doping als Wettbewerbsverzerrung? Möglichkeiten der strafrechtlichen Erfassung des Dopings unter besonderer Berücksichtigung der Schädigung von Mitbewerbern“, *NJW*, 2001, 1748.

²² *Ibidem*.

²³ Hrvoje Kačer i dr., *Sportsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2018, 544.

NEOVLAŠĆENA PROIZVODNJA I STAVLJANJE U PROMET
DOPING SREDSTVA U ZAKONU O SPREČAVANJU DOPINGA
IZ 2005. GODINE

U Zakonu o sprečavanju dopinga u sportu iz 2005. godine²⁴ bila je propisana stroža kazna za krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstva nego što je to učinjeno u važećim Zakonom o sprečavanju dopinga u sportu iz 2014. godine. Takođe, po nama iz neobjašnjivih razloga zaprećena kazna za ovo krivično delo bila je stroža nego što je zaprećena kazna za krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246 Krivičnog zakonika. Naime za osnovni oblik krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstva iz čl. 49 st. 1 bila je propisana kazna zatvora od najmanje 5 godina,²⁵ dok je za poseban oblik predviđen u st. 2 bila propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina. Za osnovni oblik krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga propisana je kazna zatvora od tri do dvanaest godina. Međutim, iako je naše krivično zakonodavstvo u poslednjoj deceniji u kriminalno - političkom smislu na liniji jačanja krivično pravne represije²⁶ ovaj svojevrsni penalni populizam se nje mogao braniti valjanim argumentima. Strože kažnjavanje za neovlašćenu proizvodnju i stavljanje u promet doping sredstva u odnosu na psihoaktivne kontrolisane supstance neprihvatljivo je ako se ima u vidu činjenica da je značajan broj tih supstanci istovremeno i na Spisku psihoaktivnih kontrolisanih supstanci i na Listi zabranjenih doping sredstava. Takođe, treba imati u vidu da se propisivanjem besmisleno strogih kazni ne može suzbijati bilo koji oblik kriminaliteta niti se u potpunosti mogu ostvarivati efekti generalne prevencije kako to ponekada očekuje javno mnjenje.

Zbog svega navedenog u čl. 39 važećeg Zakona o sprečavanju dopinga u sportu koji je suštinski zadržan iz zakona iz 2005. godine, ispravno je propisano smanjenje visine zaprećene kazne za ovo krivično delo. Tako da se sada umesto ranije zaprećene kazne zatvora od najmanje pet godina učiniocu može izreći kazna zatvora od tri do dvanaest godina. Ovakvim rešenjima je izvršeno usklađivanje zaprećene kazne zbog „neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet doping sredstva“

²⁴ Zakon o sprečavanju dopinga u sportu, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005.

²⁵ Ako se uzme u obzir opšti maksimum kazne zatvora, to znači da je bila propisana kazna zatvora od pet do dvadeset godina.

²⁶ Više, Dragana Kolarić, „Vaninstitucionalne mere i drugi krivičnopravni instrumenti reakcije na kriminalitet i pozitivno zakonodavstvo Srbije (ispunjena očekivanja ili ne)“, *Vaninstitucionalne mere, pojednostavljene forme postupanja i drugi krivičnopravni instrumenti reakcije na kriminalitet i pozitivno kazneno zakonodavstvo (Ispunjena očekivanja ili ne)*, Veljko Turanjanin i Dragana Čvorović (ur.), Zlatibor, Beograd, 2022, 11–33.

sa zaprećenom kaznom za „neovlašćenu proizvodnju i stavljanje u promet opojnih droga“. U praksi je visina zaprećene kazne zatvora od najmanje pet godina vodila ka odugovlačenju krivičnog postupka.²⁷

Ovakav stav je u skladu sa preporukom o zajedničkim osnovnim principima za nacionalna zakonodavstva u cilju suzbijanja doping sredstava (2000/16) (u daljem tekstu Preporuka) usvojenoj od strane Komiteta ministara Saveta Evrope da u borbi protiv dopinga „treba koristiti pristup koji primenjuju zakoni kojima se suzbijaju teške droge“, sa tim da se „koriste najprimerenija i najefikasnija sredstva“.

Takođe, po nama iz neopravdanih razloga u važećem zakonodavstvu nisu propisani teži oblici krivičnog dela ako je osnovni oblik učinjen od strane grupe ili je učinilac ovog dela organizovao mrežu preprodavaca ili posrednika, ili je osnovni oblik učinjen od strane organizovane kriminalne grupe. Zakonodavac nije predvideo ni mogućnost da se učinilac dela koji otkrije od koga nabavlja doping sredstva može osloboditi od kazne, dok je sve nabrojano propisano kod krivičnog dela koje se odnosi na opojne droge. Svakako u budućim zakonodavnim izmenama ovu grešku zakonodavca treba ispraviti, što bi opet bilo u skladu sa navedenom Preporukom.

Iako je propisana kazna za ovo krivično delo znatno niža, podini autori ispravno konstatuju da je i dalje reč o izuzetno strogim kaznama i da bi bilo prihvatljivo njihovo dalje smanjivanje.²⁸ Ukupni društveno-politički uslovi i stavovi javnog mnjenja ne idu u prilog ovakvom shvatanju, ali nauka krivičnog prava mora voditi računa o dostignutom standardu ljudskih prava, svrsi kažnjavanja, mogućnostima sudske prakse i tome slično. Ova sugestija podjednako se odnosi i na krivična dela kojima se suzbija zloupotreba droga i na krivična dela kojima se suzbija zloupotreba doping sredstava.

Jedna od osnovnih odlika, zajednička za oba krivična dela koja se odnose na doping u sportu, jeste njihov blanketni karakter. U samom biću ovih krivičnih dela ne navodi se eksplicitno da su u pitanju blanketne norme, ali taj karakter proizilazi iz objekta radnje, koji je određen kao doping sredstvo.²⁹

U čl. 22 Zakona o sprečavanju dopinga u sportu propisano je da: „Anti-doping agencija utvrđuje, najmanje jedanput godišnje, Listu zabranjenih doping sredstava za sportiste i Listu zabranjenih doping sredstava za životinje (referentne liste zabranjenih farmakoloških klasa doping supstanci i doping metoda), u skladu sa Evropskom konvencijom o sprečavanju dopinga u sportu, međunarodnim

²⁷ N. Đurđević, op.cit., 205.

²⁸ V. Delibašić, S. Mandarić, op.cit., 199.

²⁹ *Ibidem*.

standardima za listu zabranjenih sredstava odobrenim od strane Svetske antidoping agencije i sportskim pravilima nadležnih međunarodnih sportskih saveza za sport u kome učestvuju životinje. Liste zabranjenih doping sredstava objavljuju se u „Službenom glasniku Republike Srbije“.

To ustvari znači, da bi se utvrdilo da li je u pitanju objekt radnje nekog od ovih krivičnih dela, neophodno je proveriti da li se određene supstance nalaze na pomenutim listama.

Takođe, kod krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstva, blanketni karakter proizilazi i iz nužnosti da radnje budu učinjene neovlašćeno da bi se mogle podvesti pod neko od bića ovih krivičnih dela.

NEOVLAŠĆENA PROIZVODNJA I STAVLJANJE U PROMET DOPING SREDSTVA U ZAKONU O SPREČAVANJU DOPINGA IZ 2014. GODINE

U čl. 39 Zakona o sprečavanju dopinga u sportu predviđen je jedan osnovni oblik ovog krivičnog dela (st. 1) i jedan poseban oblik (st. 2).

Objekt krivičnog dela su doping supstance i metode, koje su proglašene doping sredstvima i nalaze se na Listi zabranjenih doping sredstava. Sao ove supstance i metode mogu biti predmet ovog krivičnog dela. Predmet ovog krivičnog dela može biti ili sama supstanca koja je proglašena zabranjenim doping sredstvom ili njen preparat, to jest čvrsta ili tečna mešavina koja sadrži ovakve supstance.³⁰

Osnovni oblik

Osnovni oblik krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstva vrši onaj koji neovlašćeno s ciljem dopinga u sportu proizvodi, prerađuje, prodaje ili nudi na prodaju, ili radi prodaje kupuje, drži ili prenosi, ili posreduje u prodaji ili kupovini doping sredstva ili na drugi način neovlašćeno stavlja u promet doping sredstva.

Kod osnovnog oblika ovog krivičnog dela postoji veći broj alternativno propisanih radnji izvršenja koje se suštinski mogu svrstati u dve osnovne grupe: 1) radnje izvršenja koje su proizvodnog karaktera i 2) radnje izvršenja koje se odnose na promet doping sredstava.

U prvu grupu ovih aktivnosti spadaju proizvodnja i prerađivanje ovih materija. Pod proizvodnjom se podrazumeva svaka aktivnost izvršioca kojom se od

³⁰ N. Đurđević, op. cit., 212.

određenog materijala može dobiti doping sredstvo. Prerada doping sredstva obuhvata dalju preradu supstanci koje već imaju svojstvo doping sredstva, ali se to svojstvo procesom prerade modifikuje dodavanjem drugih sastojaka i tome slično.

Kod radnji kojima se doping sredstva stavljaju u promet zakon predviđa: prodaju, nuđenje na prodaju, kupovinu radi prodaje, držanje, prenošenje, posredovanje u kupovini ili prodaji i svaki drugi način stavljanja doping sredstva u promet.

Pod drugim načinom neovlašćenog stavljanja u promet doping sredstava podrazumevaju se sve one radnje koje nisu taksativno navedene, a podrazumevaju stavljanje doping sredstava u promet, kao što su: poklon, razmena, zajam i zaloga. Pošto se sve ove radnje preduzimaju neovlašćeno, reč je o ništavnim ugovorima, odnosno kod ovog krivičnog dela pod tim terminima podrazumevaju se faktičke, a ne pravne radnje koje su regulisane Zakonom o obligacionim odnosima.³¹

Ako se doping sredstvo kupuje ili drži radi lične upotrebe to ne predstavlja ovo krivično delo.

Navedene aktivnosti predstavljaju radnju izvršenja ovog krivičnog dela samo kada se vrše neovlašćeno, jer je proizvodnja, prerada i promet mnogih doping supstanci dozvoljena, posebno u medicinske i naučne svrhe. U Republici Srbiji ne postoji poseban zakon kojim je generalno regulisana proizvodnja i promet doping sredstava, pa se pitanje neovlašćenosti mora posmatrati u zavisnosti koje doping sredstvo je u pitanju u konkretnom slučaju. Kod procene da li su navedene aktivnosti izvršene neovlašćeno polazi se od Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima³² i Pravilnika o odobravanju izuzetaka za terapijsku upotrebu.³³

Krivično delo je svršeno preduzimanjem bilo koje aktivnosti koja je označena kao radnja izvršenja ovog krivičnog dela.

Posledica dela je apstraktna opasnost po zdravlje sportista, regularnost takmičenja i etičke vrednosti sporta.

U pogledu krivice učinioca potreban je umišljaj, koji obuhvata svest da se radnje izvršenja preduzimaju u cilju dopinga u sportu i da se neovlašćeno bave njihovom proizvodnjom i/ili stavljanjem u promet. Moguć je i direktni i eventualni umišljaj.

Za postojanje ovog krivičnog dela potrebno je da je neka od alternativno propisanih radnji izvršenja preduzeta sa ciljem dopinga u sportu. Zakon o sportu³⁴

³¹ Više, V. Delibašić, S. Mandarić, op. cit., 220.

³² Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima, *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010, 107/2012, 113/2017 – dr. zakon i 105/207 – dr. zakon.

³³ Pravilnik o odobravanju izuzetaka za terapijsku upotrebu, *Službeni bilten ADAS*, br. 38 od 12. 3. 2021. godine.

³⁴ Zakon o sportu, *Službeni glasnik RS*, br. 10/2016.

u čl. 2 predviđa da je: „Sport delatnost od posebnog značaja za Republiku Srbiju. Sport je deo fizičke kulture koji obuhvata svaki oblik organizovanog i neorganizovanog obavljanja sportskih aktivnosti i sportskih delatnosti od strane fizičkih i pravnih lica u sistemu sporta, u cilju zadovoljenja potreba čoveka za stvaralaštvom, afirmacijom, fizičkim vežbanjem i takmičenjem sa drugima“.

Iz činjeničnog stanja utvrđenog u prvostepenoj presudi Apelacionog suda u Novom Sadu posl. Br. Kž. I 1124/18 od 03.12. 2017. godine kojom je potvrđena presuda višeg suda u Novom Sadu posl. Br. K 207/18 od 11. 09. 2018. godine proizilazi da nema elemenata krivičnog dela neovlašćeno stavljanje u promet doping sredstava u pokušaju kod okrivljenog koji je pokušao da preda doping sredstva pritvoreniku, radi održavanja fizičke kondicije u teretani Okružnog zatvora Novi Sad, gde izdržava kaznu zatvora, jer iste ne koristi u cilju dopinga za sport i radi povećanje mišićne mase i energije kod sportskih takmičenja, s obzirom na to da je jasno da nema sportskih takmičenja u penalnim uslovima.³⁵

Mišljenja smo da je u konkretnom slučaju Apelacioni sud zauzeo ispravan stav imajući u vidu čl. 3 st. 22 Zakona o sportu po kome je sportsko takmičenje sportska priredba koja se odvija prema unapred utvrđenim i poznatim sportskim pravilima, koja mogu biti opšte važeća za konkretnu granu sporta ili samo za konkretnu sportsku priredbu i čiji je cilj, kojem svaki učesnik teži, ili pobeda protivnika ili postizanje izvesnog unapred određenog sportskog rezultata.

Takođe, iz Presude Apelacionog suda u Beogradu br. Kž 1 2518/11 od 04.07. 2011. godine proizilazi da nema krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstava iz čl. 39 ZSDS, ukoliko nema dokaza da su radnje okrivljenog preduzimate u cilju stavljanja u promet u cilju dopinga u sportu, što predstavlja bitno obeležje bića ovog krivičnog dela.

Presudom Višeg suda u Beogradu K. br. 1442/10. od 21. 3. 2011. godine, okrivljeni je oslobođen od optužbe da je izvršio krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstava iz člana 49. stav 1. Zakona o sprečavanju dopinga u sportu. Prema okrivljenom je izrečena mera bezbednosti oduzimanja predmeta...

Protiv navedene presude žalbu je izjavilo Više javno tužilaštvo u Beogradu.

Razmatrajući spise predmeta i pobijanu presudu, a po oceni navoda iznetih u žalbi, Apelacioni sud u Beogradu je u sednici veća našao da je žalba neosnovana.

Naime, po nalaženju Apelacionog suda, prvostepeni sud je za svoj stav dao jasne i uverljive razloge koje u svemu kao pravilne prihvata i ovaj sud, s obzirom da tokom postupka nije dokazano da je okrivljeni izvršio krivično delo neovlašćena

³⁵ Iz *Biltena Višeg suda u Novom Sadu*, broj 10/2019, Intermex, sentencu sastavila: Lenka Jamušakov, samostalni savetnik.

proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstava iz čl. 49. Zakona o sprečavanju dopinga u sportu, odnosno nije dokazano da je okrivljeni neovlašćeno u cilju dopinga u sportu stavlja u promet supstance koje se nalaze na listi zabranjenih doping sredstava u sportu objavljenih u Službenom glasniku br. 21/08, budući da je tokom postupka kao nesporno dokazano da je okrivljeni u više navrata slao u inostranstvo – Veliku Britaniju lekove – sredstva koja imaju širok spektar medicinske primene (lečenje različitih oblika malignih oboljenja kod žena, lečenje impotencije kod muškaraca i dr.), a koja sredstva se, između ostalog, mogu koristiti i kao doping sredstva i kao takva se nalaze na navedenoj listi zabranjenih doping sredstava, međutim, iz izvedenih dokaza tokom prvostepenog postupka nije utvrđeno da je okrivljeni lekove bliže opisane u izreci pobijane presude stavlja u promet upravo u cilju dopinga u sportu, što predstavlja bitno obeležje bića krivičnog dela koje je okrivljenom stavljeno na teret.³⁶

Pri tome, treba imati u vidu da radnje neovlašćenog stavljanja u promet doping sredstva ne podrazumevaju nužno da se ta sredstva moraju iskoristiti kao doping, ali ih izvršilac mora stavljeti u promet sa ciljem da se iskoriste kao doping u sportu.³⁷ Ako se radnja izvršenja ne preduzima sa tim ciljem, radi se o nekom drugom, a ne ovom krivičnom delu.

Poseban problem u praksi predstavlja činjenica da postoji velika sličnost između krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstva i osnovnog i privilegovanog oblika neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246 st. 1 i 6 KZ. Problem u praksi je još izraženiji ako se ima u vidu činjenica da se značajan broj ovih supstanci nalazi istovremeno i na Spisku psihoaktivnih kontrolisanih supstanci i na Listi zabranjenih doping sredstava. Dokazivanje o kom krivičnom delu se u konkretnom slučaju radi izuzetno je teško, jer se nekada egzaktnim dokaznim sredstvima ne može utvrditi sa kojim ciljem je preduzeta konkretna radnja izvršena. Problem se još više usložnjava kada se zna da se mnoge od ovih supstanci mogu proizvoditi u ilegalnim laboratorijama i da ih kriminalne grupe mogu stavljeti u promet i sa ciljem dopinga u sportu, ali i bez tog cilja, odnosno mogu ih proizvoditi i stavljeti u promet istovremeno i kao psihoaktivne supstance.

Za policiju, tužilaštva i sudove metodika otkrivanja i dokazivanja krivičnih dela iz oblasti dopinga u sportu predstavlja potpuno novu oblast rada. Iz tog razloga policija i tužilaštvo, kada se nađu u situaciji da otkriju ilegalnu proizvodnju i/ili

³⁶ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, br. Kž 1 2518/11 od 4. 7. 2011. godine.

³⁷ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, br. Kž 1 2518/11 od 4. 7. 2011. godine i presuda Višeg suda u Beogradu K. br. 1442/10 od 21. 3. 2011, *Bilten Višeg suda u Beogradu*, broj 83, Intermex, Beograd.

stavljanje u promet supstanci koje se nalaze i na Spisku psihoaktivnih kontrolisanih supstanci i na Listi zabranjenih doping sredstava, usled nedostatka usko specijalističkih znanja iz oblasti dopinga u sportu, neće se ni baviti dokazivanjem s kojim ciljem su određene supstance proizvedene i/ili stavljene u promet, već će se jednostavno opredeliti da je reč o krivičnom delu neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga. Jasno je da za ovakvo postupanje nema kriminalnopolitičkog opravdanja.

Analizirajući dosadašnje slučajeve izvršenja krivičnih dela iz oblasti dopinga u sportu, sumirajući taktiku i tehniku izvršilaca, dolazi se do neminovnog zaključka da se pomenuti delikti ne mogu dokazivati bez posebne vrste materijalnih dokaza, koji se redovno pojavljuju u obliku uzoraka krvi i drugih telesnih tečnosti sportista, dokumenata koji predstavljaju medicinsku dokumentaciju o preduzetim tretmanima na sportistima i knjigovodstvenim ispravama i poslovnim knjigama pravnih lica koja dokumentuju promet supstanci potrebnih za sintetisanje i proizvodnju doping sredstava.³⁸

Danas doping u sportu nije samo karakteristika profesionalnog sporta već je postao sastavni deo života i mnogih rekreativaca. Doping je generalno prisutan u opštoj populaciji, koja nema dovoljno znanja o štetnosti ovih supstanci po zdravlje. Zbog toga je po našem mišljenju sudska praksa ispravno zauzela stav da se dopingom u sportu smatra i korišćenje ovih sredstava u aktivnostima poput bodibildinga, fitnesa i u drugim aktivnostima kojima se poboljšava fizička spremnost.

Naime, Presudom Apelacionog suda u Beogradu delimično je ukinuta presuda Višeg suda u Beogradu i u stavu 1/1 i u tom delu spisi su vraćeni prvostepenom sudu na ponovno suđenje. U obrazloženju navedene odluke osnovano se ukazuje žalbom javnog tužioca da je prvostepeni sud povredio krivični zakon zaključujući da farmaceutske proizvodi u konkretnom slučaju nisu u smislu Zakona o sprečavanju dopinga u sportu doping sredstva, jer nema dokaza da su upotrebljeni za sportska takmičenja od strane profesionalnih i amaterskih sportista. Ovo stoga što je odredbom člana 39. stav 1. Zakona o sprečavanju dopinga u sportu inkriminisana neovlašćena proizvodnja, prerada, prodaja, nudenje na prodaju, kupovina, držanje, prenošenje, posredovanje u prodaji, odnosno radi prodaje ili kupovine doping sredstava ili na drugi način neovlašćeno stavljanje u promet doping sredstava i u cilju dopinga u sportu, dok se dopingom u sportu u smislu odredbe člana 2. Zakona smatra povreda antidoping pravila iz člana 3. gde u stavu 1. tačka 6. Zakona kao povredu antidoping pravila utvrđuje nedozvoljeno posredovanje doping sredstava. Kada se ima u vidu da je Zakon o sportu važeći u vreme izvršenja krivičnog dela,

³⁸ D. Šuput, op. cit., 146.

u članu 3. stavu 1. tački 1. propisao da su sportske aktivnosti svi oblici fizičke i umne aktivnosti koji kroz neorganizovano i organizovano učešće imaju za cilj izražavanje ili poboljšavanje fizičke spremnosti i duhovnog blagostanja, stvaranje društvenih odnosa ili postizanje rezultata na takmičenjima svih nivoa, a u smislu istog člana iz stava tačke 7, sportista je lice koje se bavi sportskim aktivnostima, pogrešno je prvostepeni sud zaključio da okolnost da su sredstva bila namenjena bodi-bildingu, fitnessu i slično, isključuju protivpravnost. S obzirom na navedeno, pobijena presuda je u odnosu na ovo krivično delo morala biti ukinuta.³⁹

Poseban oblik

Poseban oblik ovog krivičnog dela (st. 2), za koji je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina, čini onaj ko neovlašćeno sa ciljem dopinga u sportu pravi, nabavlja, poseduje ili daje na upotrebu opremu, materijal ili supstance za koje se zna da su namenjene za proizvodnju ili pripremanje doping sredstava.

U pitanju su pripremne radnje ili pomaganje za osnovni oblik krivičnog dela, koje su propisane kao samostalno krivično delo.

Imajući u vidu da naše krivično pravo inkriminiše u nekim slučajevima pripremne radnje i za dela manje društveno opasna od krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstava, Delibašić i Mandarić smatraju da je unošenje ove inkriminacije opravdano.⁴⁰ Takvo je, na primer, krivično delo pravljenje, nabavljanje i davanje drugom sredstava za falsifikovanje iz čl. 227 Krivičnog zakonika.

Pravljenje znači stvaranje ovih materija, dok pod nabavljanjem treba razumeti svaki oblik dolaženja do njih, kao što su kupovina, trampa, poklon. Posedovanje je faktičko raspolaganje, odnosno držanje ovih materija, nezavisno od toga kome pripadaju, dok davanje na upotrebu znači svaki oblik njihovog otuđivanja drugom licu, kao što su prodaja, poklanjanje i tome slično.⁴¹

Radnje ovog krivičnog dela su alternativno određene, pa će delo biti izvršeno preduzimanjem bilo koje od predviđenih radnji. Ako izvršilac preduzme više različitih radnji izvršenja, postojaće realni sticaj krivičnih dela, ali se uz postojanje ostalih uslova može konstituisati produženo krivično delo.

³⁹ Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž1. br. 1399/17 od 31. 1. 2018. godine i presuda Višeg suda u Beogradu K. br. 182/16 od 13. 7. 2017. godine, *Bilten Višeg suda u Beogradu*, broj 89/2018, Intermex, Beograd.

⁴⁰ V. Delibašić, S. Mandarić, op. cit., 226

⁴¹ N. Đurđević, op. cit., 214.

U slučaju da isto lice napravi, nabavi ili poseduje opremu materijal ili supstance namenjene za proizvodnju doping sredstava, pa kasnije počne da proizvodi doping sredstva, vrši samo osnovni oblik krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstava. Naime, u tom slučaju delatnosti iz ovog stava predstavljaju pripremnu radnju, za koju se ne odgovara po principu konsumpcije.

S obzirom na to da doping sredstva i sredstva za njihovu proizvodnju i prerađu predstavljaju predmete koji su namenjeni ili upotrebljeni za izvršenje krivičnog dela, kao mera bezbednosti propisano je njihovo obavezno oduzimanje (st. 3). Kod ovog krivičnog dela može se odrediti i mera bezbednosti propisana čl. 87 Krivičnog zakonika, to jest oduzimanje predmeta koji je bio namenjen ili upotrebljen za izvršenje krivičnog dela ili je nastao izvršenjem krivičnog dela, kada postoji opasnost da će se određeni predmet ponovo upotrebiti za izvršenje krivičnog dela, ili kada je radi opšte bezbednosti ili iz moralnih razloga oduzimanje predmeta neophodno. Primena ove mere bezbednosti dolazi u obzir, na primer, u slučaju otkrivanja mašina za tabletiranje ili pakovanje doping sredstava, ili u odnosu na motorna vozila kojima su se prevozila ta sredstva i svih drugih predmeta koji mogu biti upotrebljeni u neovlašćenoj proizvodnji i stavljanju u promet doping sredstava.

ZAKLJUČAK

Krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstva iz čl. 39 Zakona o sprečavanju dopinga u sportu relativno je novo krivično delo, njegova inkriminacija u krivičnopravnom sistemu Srbije postoji od 2005. godine. U ovom tekstu smo pokušali da se osvrnemo na neke njegove specifičnosti u zakonskom određenju, te na pokušaje policije, tužilaštva i sudova da inkriminaciju primeni na adekvatan način. Iz primera koje smo dali očigledno je da u svemu tome ima lutanja, što je razumljivo.

Krivično delo je propisano po uzoru na krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246 Krivičnog zakonika. Ovakva zakonodavna praksa je, kako smo već naveli, u skladu sa međunarodnim standardima u suzbijanju dopinga u sportu, posebno sa Preporukom o zajedničkim osnovnim principima za nacionalna zakonodavstva u cilju suzbijanja doping sredstava (2000/16), usvojenoj od strane Komiteta ministara Saveta Evrope, u kojoj se navodi da u borbi protiv dopinga „treba koristiti pristup koji primenjuju zakoni kojima se suzbijaju teške droge“, s tim da se „koriste najprimerenija i najefikasnija sredstva“.

Međutim, bez obzira na pomenutu preporuku, po našem mišljenju iz neopravdanih razloga kod ovog krivičnog dela nisu propisani teži oblici ako je osnovni oblik učinjen od strane grupe ili je učinilac ovog dela organizovao mrežu

preprodavaca ili posrednika, ili je osnovni oblik učinjen od strane organizovane kriminalne grupe. Zakonodavac nije predvideo ni mogućnost da se učinilac dela koji otkrije od koga nabavlja doping sredstva može osloboditi od kazne, dok je sve nabrojano propisano kod krivičnog dela koje se odnosi na opojne droge.

Imajući u vidu činjenicu da se značajan broj ovih supstanci nalazi istovremeno i na Spisku psihoaktivnih kontrolisanih supstanci i na Listi zabranjenih doping sredstava, te da isto lice ili grupa lica mnoge od ovih supstanci mogu istovremeno proizvoditi i stavljati u promet sa ciljem dopinga u sportu i/ili kao psihoaktivne supstance, u budućim izmenama zakonodavstva opravdano bi bilo propisati teže oblike i kod krivičnog dela neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet doping sredstava, onako kako je to propisano kod krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga.

Po našem mišljenju, to bi najbolje bilo uraditi u budućim izmenama Krivičnog zakonika.

Tek će budući rad na otkrivanju i dokazivanju ovog krivičnog dela dati odgovor na pitanje kako je najcelishodnije primeniti aktuelnu inkriminaciju. Istovremeno, očekujemo reagovanje zakonodavca da izmenama i dopunama poboljša aktuelnu inkriminaciju ovog krivičnog dela u smislu njegovog što konkretnijeg definisanja u skladu s preporukama koje su date u radu.

Dr. BOŽIDAR OTAŠEVIĆ
Assistant Professor, Criminal and Police University
Belgrade

Prof. Dr. NENAD ĐURĐEVIĆ
Full Professor, retired, Faculty of Law
University of Kragujevac

CRIMINAL OFFENSE – UNAUTHORIZED PRODUCTION AND PUTTING
ON THE MARKET OF DOPING AGENTS - PROBLEMS IN THE WORK
OF DETECTION BODIES AND COURT PRACTICE

Summary

Doping is a serious threat to modern sport for two reasons: first, it is incompatible with the ethical principles of sport and fair sports fighting; secondly, doping can endanger the health of athletes, due to the large number of drugs and medical procedures that are used for this purpose. The aim of the paper is to point out the basic characteristics of the criminal offense of unauthorized production and placing on the market of doping agents, as well as certain problems that arise in the practical work of the police and prosecutor's offices, as well as the modest judicial practice that exists

in this area. The problem in practice is the fact that there is a great similarity between the criminal offense of unauthorized production and marketing of doping agents and the basic and privileged form of unauthorized production and marketing of narcotic drugs from Article 246, paragraph 1 and 6 of the Criminal Code. Proving which criminal offense is involved in a specific case is extremely difficult, because sometimes exact means of evidence cannot be used to determine the purpose for which a specific enforcement action was taken. In doing so, one should take into account the fact that a significant number of prohibited substances are simultaneously on the List of Psychoactive Controlled Substances and on the List of Prohibited Doping Agents. Criminal groups can produce and sell prohibited substances as doping agents and as psychoactive substances. Bearing in mind that this is a new area of work for the detection authorities, they will most often not deal with proving the purpose for which certain substances were produced and placed on the market, but will simply decide that the criminal offense is the unauthorized production and placing on the market of narcotic drugs, which is certainly not justified from a criminal-political point of view

Key words: doping, psychoactive substances, criminal offense, athletes, health.

Literatura

- Atanacković D., *Krivično pravo – posebni deo*, Beograd, 2009.
- Cherkeh R., Momsen C., „Doping als Wettbewerbsverzerrung? Möglichkeiten der strafrechtlichen Erfassung des Dopings unter besonderer Berücksichtigung der Schädigung von Mitbewerbern“, *NJW*, 2001.
- Delibašić V., Mandarić S., *Sportsko i krivičnopravno sankcionisanje dopinga u sportu*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2016.
- Đurđević N., „Krivična odgovornost za doping u sportu“, zbornik radova *Pravna država i stručnost procesnih subjekata kao instrument suprotstavljanja kriminalitetu*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Hanns Seidel Stiftung, Kragujevac, 2015.
- Đurđević N., „Odmeravanje kazne zabrane učešća sportiste na takmičenjima zbog upotrebe dopinga – pravni značaj slučaja Marina Čilića“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2, Split, 2015.
- Đurđević N., „Uticaj Rodčenkovog antidoping zakona na harmonizaciju borbe protiv dopinga u sportu na svetskom nivou“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1, Split, 2022.
- Đurđević N., *Komentar Zakona o sprečavanju dopinga u sportu*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2008.
- Ex-ante analiza efekata Zakona o sprečavanju dopinga u sportu sa stanovišta izmena svetskog antidoping kodeksa i drugih propisa*, <https://www.mos.gov.rs/public/documents/upload/sport/inspekcija/Ex-ante%20analiza%20efekata%20Zakona%20o%20sprečavanju%20dopinga%20u%20sportu%20-%20Nacrt%202-12-2020.docx>.
- Fritzweiler J., (Hrsg.), *Doping, Sanktionen, Beweise, Ansprueche*, Stämpfli (Verlag), Bern, 2000.
- Kačer H., i dr., *Sportsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2018.

Kolarić D., „Vaninstitucionalne mere i drugi krivičnopravni instrumenti reakcije na kriminalitet i pozitivno zakonodavstvo Srbije (ispunjena očekivanja ili ne)“, *Vaninstitucionalne mere, pojednostavljene forme postupanja i drugi krivičnopravni instrumenti reakcije na kriminalitet i pozitivno kazneno zakonodavstvo (Ispunjena očekivanja ili ne)*, Veljko Turanjanin i Dragana Čvorović (ur.), Zlatibor, Beograd, 2022.

Mrvić-Petrović N., *Krivično pravo*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2006.

Šuput D., „Izvori kaznenog prava u oblasti sporta i usklađenost srpskog prava sa međunarodnim standardima“, *Strani pravni život*, br. 1. Beograd, 2011.

Šuput D., *Sankcionisanje dopinga u sportu*, Orion – Art, Beograd, 2007.

PREGLEDNI RAD

VANDA BOŽIĆ

RATOMIR ANTONOVIĆ

BEZBEDNOSNI ASPEKTI SPORTA

Sportska aktivnost najčešće predstavlja delatnost koja se preduzima u vremenu razonode i dokolice. Međutim, sportska aktivnost mnogima predstavlja primarnu životnu aktivnost i funkciju koju obavljaju u cilju egzistencije. Sportska delatnost se stoga može posmatrati kao rekreativna i kao profesionalna delatnost. U radu, koautori daju prikaz sporta kroz krivičnopravno-bezbednosnu prizmu, u kontekstu nacionalne bezbednosti, terorizma, špijunaže i korupcije. Navijačko nasilje se takođe može posmatrati u kontekstu krivičnopravnih i bezbednosnih aspekata sporta kao delatnosti. S druge strane, u radu se ukazuje na pozitivne efekte sporta, na podizanje nacionalne svesti i poboljšanje međudržavnih odnosa.

Ključne reči: *sport, manifestacija, terorizam, korupcija, špijunaža*

U V O D

Pod pojmom sporta treba podrazumevati takmičenja koja se najčešće javljaju u sferi fizičkih aktivnosti. Glavni razlog bavljenja sportom jesu razonoda i razbibriga, uz razvijanje takmičarskog duha, ali i sticanje finansijskih dobiti. Takmičenje podrazumeva igru između dve strane, a cilj je da jedna strana pobedi drugu.

Dr Vanda Božić, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union, Beograd, e-mail: vanda.bozic@pravnofakultet.rs.

Dr Ratomir Antonović, docent Fakulteta za pravo, bezbednost i menadžment „Konstantin Veliki“, Niš, e-mail: antonovicr@gmail.com.

Igra se može okončati i nerešenim rezultatom, dok neki insistiraju na tome da jedna strana mora biti pobednik. Sport počiva na fizičkom atletizmu i spretnosti.¹

Sport je vrlo stara pojava i datira još 2.000 godina pre nove ere. Gimnastika kao sport je počela među prvima da se razvija, a potom se počinju razvijati plivanje i ribolov, bacanje koplja uvis i bacanje koplja udalj, a u Persiji se razvila posebna borilačka veština „Zorhina“. U antičkoj Grčkoj, sportska kultura se razvijala paralelno s kulturom ratovanja i vojnim veštinama. Grci su tvorci Olimpijade i olimpijskih igara, koje se održavale svake četvrte godine. U dobu industrijalizacije i promovisanjem ljudske potrebe za slobodnim vremenom povećava se interesovanje za sportovima. Interesovanje je bilo aktivno, što je podrazumevalo aktivno učestvovanje u sportskim aktivnostima, ali i pasivno, koje je podrazumevalo praćenje sportskih manifestacija. Praćenju sportskih manifestacija je naročito doprinelo uvođenje masovnih medija koji su sport uvrstili kao značajan činilac u svojoj programskoj šemi.

Sport danas, osim rekreacije i zabave, predstavlja važan deo ljudskog identiteta, kao i značajnu društvenu aktivnost koja pojedinca identifikuje s određenom sportskom i društvenom zajednicom. Sport je deo današnje masovne kulture, jer zaokuplja interesovanje velikih društvenih grupa na svetskom nivou. Sport se takođe može posmatrati i kao civilizacijska tekovina koju je čovek, u višestoljetnoj borbi za svoja prava, kroz procese industrijalizacije, urbanizacije i globalizacije, uspeo da izdejstvuje kao svoje pravo, koje je u tesnoj vezi sa pravom na slobodno vreme. Čoveku je imanentno da u vremenu rasonode i dokolice to isto vreme organizuje na način koji njemu odgovara, te su se mnogi opredelili za sport kao aktivnost koja im najviše odgovara. Potreba za igrom, zabavom, rekreacijom i fizičkom aktivnošću najširih slojeva društva počinje da dominira u procesu osmišljavanja slobodnog vremena i počinje da se podstiče osmišljavanje slobodnog vremena uz razvoj novih kulturnih obrazaca.²

Da bi se neko lice bavilo sportom, postoji više različitih faktora. Porodica kao faktor predstavlja vrlo značajnu komponentu, počev od toga kako će roditelji usmeravati svoju decu i kako ih upućivati na sportske aktivnosti. Uticaj vršnjačkog okruženja takođe ima važnu ulogu jer je opštepoznato da među decom vlada mimikrija kao obrazac ponašanja, te ukoliko u detetovom okruženju svi treniraju neki sport, potpuno je za očekivati da će se i ono opredeliti za neku sportsku aktivnost. Školske ustanove kroz svoju nastavu fizičkog obrazovanja takođe usmeravaju decu na sport i

¹ Dragan Koković, *Društvo, nasilje i sport*, Mediterran Publishing, Novi Sad, 2010, 44–45.

² Bojan Dimitrijević, *Sport kao nova tema u srpskoj istoriografiji*, Filozofski fakultet, Niš, 2013, 490.

uče ih da se pravilno bave sportskim aktivnostima. Nikako ne treba zanemariti uticaj medija koji permanentno i često agresivno plasiraju sportske sadržaje, koji takođe mogu odlučujuće delovati na decu i mlade da krenu da se bave određenim sportom.³

TERORIZAM I SPORT

Sport i sportska takmičenja od davnina su privlačila masu željnu hleba i igara. Međutim, danas sport više nije samo zabava za mase. Sportska događanja postala su unosan posao, a organizacija velikih sportskih takmičenja predstavlja „jedan od glavnih ekonomskih pokretača zemalja domaćina“.⁴ Sport kreira moderni nacionalni identitet. Neki narodi smatraju sportske uspehe svoje zemlje pokazateljem vlastite političke, ekonomske i vojne nadmoći, a neki međunarodni sport smatraju ratom bez korišćenja sredstava rata. Tako sport i sportska takmičenja postaju kopija globalne svetske utakmice u dominaciji jednih u odnosu prema drugima i zato je nastala situacija da se preko sporta ostvaruju društveni, ekonomski i politički ciljevi.⁵

Politika i sport odavno su vezani i jedno bez drugoga ne idu, no sport se događa samo u vreme trajanja nekog sportskog takmičenja, a sve pre samog takmičenja i nakon njega pripada području politike. Budući da je sport vrlo značajan segment društvenog života, bilo bi iluzorno ga posmatrati izolovano od politike. Tako „velika sportska takmičenja, a naročito Olimpijske igre, mogu biti i poprište iskazivanja određenih političkih stavova i interesa, različitim sredstvima“.⁶ Organizaciono-tehničke pripreme za izvođenje terorističkih akata zahtevaju sve veća materijalna sredstva, što savremeni terorizam čini skupim, naime, teroristima su finansijska sredstva neophodna za sve aspekte ostvarivanja njihovih ciljeva, uključujući obaveštajnu podršku, sopstveno organizovanje i zaštitu, korupciju javnih službenika, nabavku ubojitih sredstava, falsifikovanje isprava i putovanja, obuku te izvođenje terorističkih akata.⁷

³ Više o sportu i medijima v. u: Zoran Jovanovski, Vanda Božić, Saša Atanasov, „Nasilje na sportskim priredbama i uloga medija“, *Pravni život, list za pravna pitanja i praksu*, br. 9, knj. 615, Beograd, 2019, 503–518.

⁴ Božo Skoko, Vinko Kovačić, „Koncept meke moći država i njegova primjena“, *Polemus*, br. 1, tom 12, 2009, 31–32.

⁵ Milan Mihajlović, Milan Mučibabić, „Importance of Security Management in Sport“, *Book of proceedings of 9th International May Conference on Strategic Management – IMKSM2013 – Bor* (ur. Živković, Ž.), Univerzitet u Beogradu, 2013, 902.

⁶ Zoran Mašić, „Olimpijske igre – svetski bezbednosni izazov“, *Sportski logos*, Mostar, 2010, 41–42.

⁷ Ivo Josipović, Vanda Božić, „Measures for Prevention and Fight Against Terrorism – Financial Aspect“, *Conference Proceedings Crime & Punishment Film Festival*, Faculty of Law, Istanbul, 2017, 243.

Odnos sporta i terorizma se najbolje može manifestovati kroz događaj koji se dogodio u drugoj polovini 20. veka na Letnjim olimpijskim igrama u Minhenu, 5. septembra 1972. godine, kad su osmorica Palestinaca zarobili 11 pripadnika izraelskog nacionalnog tima, a dvojicu lišili života. Odgovornost za terorizam je preuzela teroristička organizacija „Crni septembar“. Događaj se odigrao u ranim jutarnjim časovima, a pregovori su trajali čitav dan do kasnih poslepodnevnih časova. Ceo proces pregovora je bio direktno televizijski prenošen, čime se veliki rejting ukazao terorističkoj organizaciji, a sportska manifestacija je gurnuta u drugi plan. Nemačka policija i ostale bezbednosne službe nisu se nikada pre susretale s takvom vrstom pretnje, pa su kontaktirali Izrael koji je u to vreme jedini imao mobilnu antiterorističku jedinicu uvežbanu za takve situacije. Nemačka je poslala upit Izraelu, jesu li voljni da pošalju specijalne jedinice za pregovore s teroristima, međutim stigao je negativan odgovor što je bilo veliko iznenađenje za sve. Izraelci su odgovorili „s teroristima nema pregovaranja. Izrael to nikad, baš nikad neće sebi dopustiti. Popusti li sada, oni će zaredati sa sličnim otmicama, čemu nikad neće biti kraja“.⁸ Teroristička organizacija „Crni septembar“ je palestinska teroristička organizacija, koja je 1970. godine formirana u Jordanu, u vreme najžešćih obračuna Jordana sa Palestincima. „Crni septembar“ je primarno osnovan s ciljem obračuna sa jordanskim kraljem Huseinom, te je bio prvi teroristički akt usmeren na izvršenje atentata na jordanskog premijera Al Tela. Na području Evrope, u Ženevi je „Crni septembar“ aktivirao eksplozivnu napravu u jordanskoj ambasadi, a u Velikoj Britaniji je pokušao atentat na izraelskog ambasadora. Na čelu „Crnog septembra“ je stajao vođa pod imenom Abu-Ijad, koji se smatra arhitektom terorističkog događaja u Minhenu. Nakon strašnog napada, u Nemačkoj i svetu zavladao je šok. Bilo je pitanje što će se dešavati sa Olimpijskim igrama, da li će se nastaviti ili prekinuti. Amerikanac Averil Brundidž, predsednik olimpijskog komiteta, prekinuo je Igre na 24 sata kako bi domaćin preduzeo sve neophodne bezbednosne mere i osigurao sportista i učesnika na Olimpijskim igrama. Bežalo se od opcije prekida Olimpijskih igara, kako se ne bi i formalno priznala pobeda terorizma nad sportom i vrlinama koje sport promoviše.⁹ Igre su nakon pauze nastavljene uz odavanje počasti stradalima. Ono što jeste značajno, to je da je ovaj prelomni trenutak ukazao na činjenicu da sportisti i te kako mogu biti mete terorizma, a velike sportske manifestacije mesto na kojima opasnost od terorizma vreba. Cilj terorističkih akata na sportskim priredbama je kolektivno širenje straha i masovno ubijanje civila upravo iz razloga okupljanja iznimno velikog broja ljudi na jednom mestu.

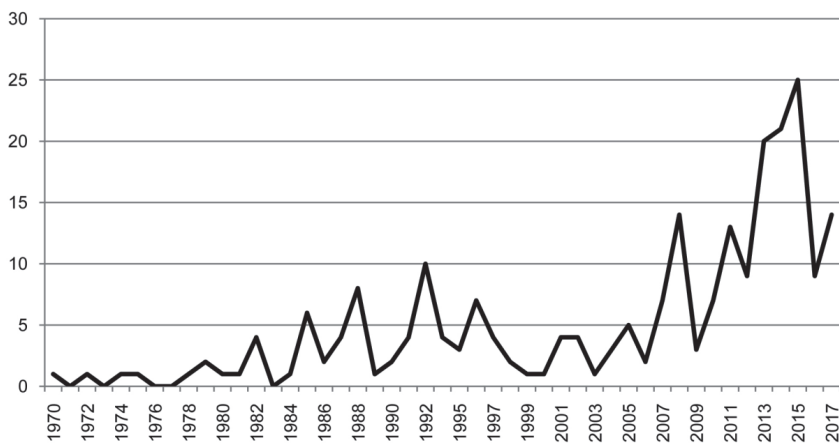
⁸ Emil Vladušić, *Sudbonosne minute. Terorističke i protivterorističke akcije koje su uzdrmale svijet od 1972. do 2002. godine*, Naklada Bošković, Split, 2002, 48.

⁹ David Hassan, „Sport and terrorism: Two of modern life's most prevalent themes“, *International Review for the Sociology of Sport* Vol, 47, No. 3, 2012, 1059.

Stoga sportski stadioni jesu značajna meta terorista, iako statistike pokazuju da su mete u zadnje vreme sve češće manje eksponirani sportski stadioni. Brojni su teroristički napadi u svetu zabeleženi na sportskim objektima, ali ipak valja istaći da terorizam nije u velikoj meri omeo održavanje sportskih događaja.

U 37 godina, u periodu od početka 1970. do kraja 2017. godine ukupno su evidentirana 234 teroristička napada na sportske objekte od strane 61 terorističke organizacije. U navedenim napadima ubijeno je 556 osoba, dok je 2.490 osoba povređeno.¹⁰ Ukoliko navedeni period podelimo na dva perioda, prvi, od 1970. do 1999. godine i drugi, od 2000. do 2017. godine, onda su u prvom periodu, za ukupno 30 godina izvedena 72 teroristička napada na sportske objekte u kojima su ubijene ili povređene 262 osobe, dok su u drugom periodu, za ukupno 17 godina izvedena 162 teroristička napada, u kojima je ubijeno ili povređeno 2.786 osoba.¹¹

U grafikonu br. 1. prikazani su broježani podaci o izvršenim terorističkim napadima na sportske objekte u periodu od 1970. do 2017. godine. Iz navedenog grafikona proizilazi da je u periodu od 1970. do 1981. godine bio evidentiran relativno mali broj terorističkih napada, dok se posle 1982. godine beleži rast, koji je eskalirao u poslednjih petnaestak godina.

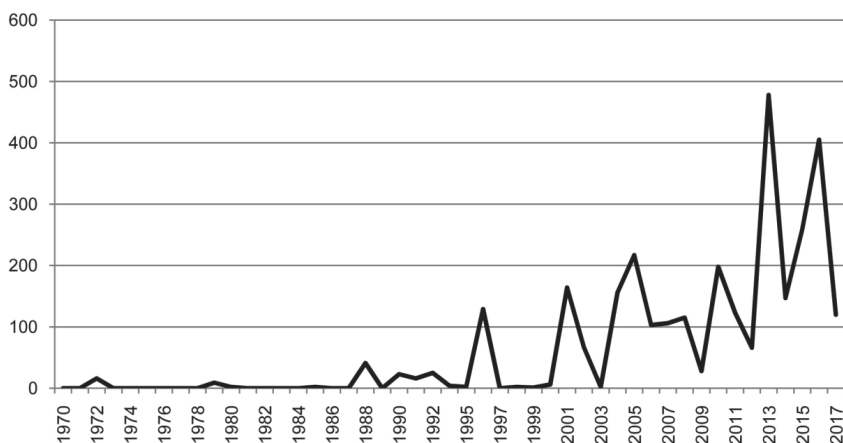


Grafikon br. 1. Teroristički napadi (broježano stanje) od 1970. do 2017. godine.¹²

¹⁰ Luka Leško, „Teroristički napadi na sportske objekte od 1970-ih do 2017. godine: od selektivne do masovne destrukcije“, *Polemos časopis za interdisciplinarna istraživanja rata i mira*, Vol. 21, No. 42, 2018, 127–162.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Global Terrorism Database, dostupno na: <https://www.start.umd.edu/gtd/>, 15. 9. 2022.



Grafikon br. 2. Žrtve terorističkih napada (brojčano stanje) od 1970. do 2017. godine.¹³

U grafikonu br. 2, prikazano je brojčano stanje žrtava svih terorističkih napada na sportske objekte u istom periodu, od 1970. do 2017. godine. Najmanji broj žrtava evidentiran je u prvom delu posmatranog perioda, od 1970. do 1987. godine, u periodu od 1988. do 2012. godine broj žrtava je u porastu (do 200), dok je najveći broj žrtava terorističkih napada zabeležen u poslednjem delu posmatranog perioda, od 2012. do 2016. godine.

U tabelama br. 1–6, prikazani su hronološki izvršeni teroristički napadi na sportskim objektima s uključenim žrtvama, povređenim i poginulim licima, u periodu od 2012. do 2017. godine.¹⁴ Tabela br. 1 prikazuje 2012. godinu u kojoj je izvršeno pet (5) terorističkih napada na sportske objekte, jedan napad dogodio se u januaru u Bagdadu (Irak) u kojem je jedno lice poginulo, a šest ih je bilo povređeno. Ko je izvršio ovaj napad nije poznato. U februaru dogodila su se dva (2) teroristička napada, jedan u Pakistanu od strane Tehrike Taliban Pakistan (TTP) u kojem je poginulo šest osoba, a dvadeset ih je bilo povređeno; i drugi, u Somaliji za koji je osumnjičen Al-Shabab u kojem je povređeno dvadeset osoba, a deset ih je poginulo. U martu je izvršen teroristički napad u Keniji, za koji je odgovornost preuzeo Al-Shabab u kojem su povređene dve osobe. U terorističkom napadu na Mjanmar u junu, čiji izvršitelj nije poznat, poginula je jedna osoba.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

Tabela br. 1. Teroristički napadi u 2012. godini koji uključuju žrtve (poginuli i povređeni)

Datum	Mesto	Poginuli	Povređeni	Napad izvršio
27. 1. 2012.	Bagdad, Irak	1	6	Nije poznato
27. 2. 2012.	Nowshera, Pakistan	6	20	Tehrike Taliban Pakistan (TTP)
27. 2. 2012.	Mogadiš, Somalija	10	20	Osumnjičen Al-Shabab
31. 3. 2012.	Mombasa, Kenija	0	2	Al-Shabab
29. 6. 2012.	Myitkyina, Mjanmar	1	0	Nije poznato

Tabela br. 2. prikazuje 2013. godinu u kojoj je izvršeno osamnaest (18) terorističkih napada na sportske objekte, među kojima ističemo teroristički napad sa najviše povređenih (264) koji se dogodio u aprilu na Boston, SAD, u kojem su i tri osobe poginule. Odgovornost za napad preuzeli su muslimanski ekstremisti. Kao što je i vidljivo iz tabele br. 2, dosta je izvršenih terorističkih napada na sportske objekte za koje nije poznat izvršilac. Za jedan teroristički napad u julu na Samaru, Irak odgovornost je preuzeo ISIL u kojem je povređeno jedanaest osoba, dok je za dva napada u maju na Bagdad, Irak, ISIL osumnjičen, u kojima su poginule četiri osobe, a sedam ih je povređeno.

Tabela br. 2. Teroristički napadi u 2013. godini koji uključuju žrtve (poginuli i povređeni)

Datum	Mesto	Poginuli	Povređeni	Napad izvršio
20. 2. 2013.	Damask, Sirija	1	3	Nije poznato
5. 3. 2013.	Bani Saad, Irak	2	15	Nije poznato
7. 3. 2013.	Herat, Avganistan	0	4	Talibani
14. 4. 2013.	Boston, SAD	3	264	Musliman.ekstremisti
18. 5. 2013.	Ramadi, Irak	4	0	Nije poznato
27. 5. 2013.	Bagdad, Irak	0	7	Osumnjičen ISIL
27. 5. 2013.	Bagdad, Irak	1	8	Osumnjičen ISIL
29. 5. 2013.	Baqubah, Irak	1	9	Nije poznato
30. 5. 2013.	Baqubah, Irak	2	9	Nije poznato
25. 6. 2013.	Baqubah, Irak	8	18	Nije poznato
28. 6. 2013.	Madain, Irak	5	15	Nije poznato
8. 7. 2013.	Madain, Irak	6	0	Nije poznato
18. 7. 2013.	Samara, Irak	0	11	ISIL
4. 8. 2013.	Mogadiš, Somalija	0	1	Al-Shabab
7. 8. 2013.	Karači, Pakistan	11	24	Nije poznato
12. 8. 2013.	Muqadiyah, Irak	4	14	Nije poznato
25. 08. 2013.	Madain, Irak	4	12	Nije poznato
25. 12. 2013.	Ishaqi, Irak	4	8	Nije poznato

Tabela br. 3. prikazuje 2014. godinu u kojoj je izvršeno petnaest (15) terorističkih napada na sportske objekte, među kojima napad na Antananarivo, Madagaskar u januaru ima najviše povređenih osoba (31) čiji izvršilac nije poznat. Napad sa najviše poginulih (40) je teroristički napad Boko Harama na Mubi u Nigeriji u junu 2014. godine.

Tabela br. 3. Teroristički napadi u 2014. godini koji uključuju žrtve (poginuli i povređeni)

Datum	Mesto	Poginuli	Povređeni	Napad izvršio
18. 1. 2014.	Maywand, Afganistan	3	4	Talibani
25. 1. 2014.	Antananarivo, Madagaskar	1	31	Nije poznato
30. 1. 2014.	Samarra, Irak	0	1	Nije poznato
10. 2. 2014.	Tuz Khormato, Irak	6	0	ISIL
20. 2. 2014.	Sibi, Pakistan	1	0	Nije poznato
25. 3. 2014.	Kunduz, Afganistan	6	20	Talibani
2. 4. 2014.	Damask, Sirija	1	Nije dostupno	Nije poznato
7. 4. 2014.	Buenos Ajres, Kolumbija	1	1	Rev. oruž. snage Kolumbije
9. 4. 2014.	Potiskum, Nigerija	2	5	Osumnjičen Boko Haram
27. 5. 2014.	Donjeck, Ukrajina	0	1	Donjecka NR
1. 6. 2014.	Mubi, Nigerija	40	Nije dostupno	Boko Haram
6. 7. 2014.	Mogadiš, Somalija	1	0	Nije poznato
7. 7. 2014.	Bagdad, Irak	1	8	Nije poznato
25. 10. 2014.	Hay al-Muasasah, Irak	3	7	Nije poznato
1. 11. 2014.	Puli Khumri, Avganistan	0	3	Nije poznato

Tabela br. 4 prikazuje 2015. godinu u kojoj je izvršeno dvadeset (20) terorističkih napada na sportske objekte, među kojima za čak $\frac{3}{4}$ napada (15) nije poznat izvršilac. Boko Haram preuzeo je odgovornost za terorističke napade na Kolofatu, Kamerun u decembru u kojem je poginulo osam osoba, a povređeno ih je 22, zatim za napad na Moru, Kamerun u septembru u kojem je poginulo pet osoba, a povređeno 29 osoba. ISIL je preuzeo odgovornost za teroristički napad na Pariz u novembru u kojem su povređene 53 osobe, a dve osobe su poginule. Talibani su odgovorni za napad na Avganistan u martu u kojem je povređeno deset osoba, a pet je poginulo.

Tabela br. 4. Teroristički napadi u 2015. godini koji uključuju žrtve (poginuli i povređeni)

Datum	Mesto	Poginuli	Povređeni	Napad izvršio
2. 1. 2015.	Khanasah, Irak	0	8	Nije poznato
26. 2. 2015.	Nahrawan, Irak	2	8	Nije poznato
3. 3. 2015.	Husseiniyah, Irak	2	5	Nije poznato
7. 3. 2015.	Bani Saad, Irak	2	0	Nije poznato
23. 3. 2015.	Qala Qazi, Afganistan	5	10	Talibani
25. 4. 2015.	Jos, Nigerija	3	2	Nije poznato
6. 5. 2015.	Alizai, Pakistan	4	10	Osumnjičen Tehrike Taliban Pakistan (TTP)
29. 5. 2015.	Lahore, Pakistan	3	6	Nije poznato
4. 6. 2015.	Nahrawan, Irak	2	6	Nije poznato
30. 6. 2015.	Wihdah, Irak	1	5	Nije poznato
27. 7. 2015.	Abu Sayda, Irak	4	10	Nije poznato
2. 8. 2015.	Jaarah, Irak	2	7	Nije poznato
13. 8. 2015.	Khanasah, Irak	2	5	Nije poznato
20. 9. 2015.	Mora, Kamerun	5	29	Boko Haram
1. 10. 2015.	Bagdad, Irak	1	6	Nije poznato
2. 11. 2015.	Zawiya, Libija	1	3	Nije poznato
14. 11. 2015.	Pariz, Francuska	2	53	ISIL
14. 11. 2015.	Bagdad, Irak	2	4	Nije poznato
11. 12. 2015.	Kolofata, Kamerun	8	22	Boko Haram
12. 12. 2015.	Wihdah, Irak	2	7	Nije poznato

Tabela br. 5 prikazuje 2016. godinu u kojoj su izvršena četiri (4) teroristička napada na sportske objekte, među kojima najviše žrtava beleži napad na Istanbul u decembru, u kojem je poginulo 46 osoba, a 165 je povređeno. Odgovornost za napad preuzeli su Oslobođilački orlovi Kurdistan (TAK) i Radnička stranka (PKK). Takođe, velik broj žrtava evidentiran je i u terorističkom napadu koji se dogodio na Madagaskar u junu, čiji izvršilac nije poznat, a u kojem je povređena 91 osoba, a tri osobe su poginule. Značajan je i napad u martu na Iskandariyah, Irak, koji je izvršio ISIL, u kojem je poginula 31 osoba i povređeno njih 60.

Tabela br. 5. Teroristički napadi u 2016. godini koji uključuju žrtve (poginuli i povređeni)

Datum	Mesto	Poginuli	Povređeni	Napad izvršio
1. 3. 2016.	Madain, Irak	1	8	Nije poznato
25. 3. 2016.	Iskandariyah, Irak	31	60	ISIL
26. 6. 2016.	Antananarivo, Madagaskar	3	91	Nije poznato
10. 12. 2016.	Istanbul, Turska	46	165	Oslobođilački orlovi Kurdistan (TAK) i Radnička stranka (PKK)

Tabela br. 6 prikazuje 2017. godinu u kojoj je izvršeno trinaest (13) terorističkih napada na sportske objekte. Najviše žrtava beleži napad na Jableh, Sirija, u januaru 2017. godine među kojima je 12 poginulih i 35 povređenih osoba. Napad je izvršio ISIL. Dosta je velik broj terorističkih napada (8) za koje nije poznat izvršilac.

Tabela br. 6. Teroristički napadi u 2017. godini koji uključuju žrtve (poginuli i povređeni)

Datum	Mesto	Poginuli	Povređeni	Napad izvršio
4. 1. 2017.	Jableh, Sirija	12	35	ISIL
15. 2. 2017.	Radaa, Jemen	4	8	Pokrajina Al Bayda, Islamska država
5. 3. 2017.	Hangu, Pakistan	0	1	Nije poznato
29. 3. 2017.	Bagdad, Irak	0	2	Nije poznato
15. 6. 2017.	Alexandria, SAD	1	6	Antirepublikanski ekstremisti
16. 7. 2017.	Salarzai, Pakistan	0	4	Nije poznato
22. 7. 2017.	Radhwaniyah, Irak	0	3	Nije poznato
6. 9. 2017.	Abu Ghraib, Irak	0	5	Nije poznato
13. 9. 2017.	Kabul, Afganistan	4	5	Ogranak Islam. drž. u pokr. Khorasan
21. 9. 2017.	Taji, Irak	0	5	Nije poznato
30. 9. 2017.	Edmonton, Kanada	0	1	Džihadistički ekstremisti
12. 11. 2017.	Khuzdar, Pakistan	0	5	Nije poznato
2. 12. 2017.	Jalalabad, Afganistan	6	13	Nije poznato

KORUPCIJA U SPORTU

Korupcija predstavlja svaki oblik zloupotrebe vlasti radi lične ili grupne koristi koja je prisutna u svim društvima, nezavisno da li je u privatnom ili javnom sektoru, a pridonosi povećanju društvenih razlika među ljudima, necenjenja rada i obrazovanja, neosnovanog bogaćenja i raznih vidova protekcija.¹⁵ Razmatranjem teza o nastanku i pojavi korupcije u sportu, polazište se nalazi u empirijskoj tvrdnji o uzročnosti, po kojoj sport neminovno sve više postaje komercijalizovan, i po kojoj „sile“ tržišta teže da „obore“ (potisnu) najvažnije principe etike i sportske etike. U prilog ovoj tvrdnji idu podaci koji su navedeni u „Beloj knjizi“ evropske komisije koja govori o korupciji i pranju novca u branši fudbalskih menadžera.

¹⁵ Vanda Božić, „Kazneno djelo primanja mita kroz prizmu korupcije između ugovornih liječnika obiteljske medicine i tvornice lijekova“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. 6, No. 1, 2015, 104.

Kao primer navodi se podatak da na konto nedozvoljenih radnji u džepovima sportskih menadžera godišnje završi najmanje 60 miliona evra, što navodi na zaključak da se radi o vrlo unosnom poslu za sve one kojima sportska – radna etika i moral nisu jača strana.

Prvi ozbiljniji skandal u novijoj istoriji, izazvan korupcijom u sportu (Nameštanje fudbalskih utakmica) spominje se 60-ih godina prošlog veka, kada je u Velikoj Britaniji ozakonjeno sportsko klađenje. Prvi takav slučaj zabeležen je 1964. godine, kada je manja grupa ljudi iz engleskog fudbala na čelu sa Džimijem Gauldom namestila utakmicu između Šefilda i Istviča. Iako postoji još mnogo primera korupcije u sportu i na osnovu ovog jednog jedinog primera, možemo zaključiti da je korupcija u sportu tada još uvek bila u povelju, a danas je ona nažalost sasvim isprepletana sa sportskom stvarnošću.

Uzevši u obzir problem koji se javlja u društvenim sistemima Zapadnog Balkana kao celine, poseban akcenat mora da se stavi na rešavanje problema korupcije bez obzira na njen oblik i formu. Rešavanje ovog problema sve više postaje pre svega nužno zbog integracionih procesa i težnji svih zemalja u regionu da postanu punopravne članice Evropske unije, ali i dovođenje u red celokupnog sportskog sistema koji bi trebalo da predstavlja jednu od glavnih snaga koja će za cilj imati da promovise naše kulturne, religijske i civilizacijske vrednosti ka tom putu.

Tokom poslednje dve decenije, kriminalne aktivnosti u sportskom svetu znatno su se povećale. Globalizacija je odigrala svoju ulogu, kao i faktori kao što su ogroman priliv novca koji ide u sport, brzi rast legalnog i ilegalnog sportskog klađenja i promenjivi tehnološki ambijent koji je promenio način na koji se sport igra i konzumira. Manipulacija sportskim takmičenjima je kompleksna pretnja integritetu sporta. Do 1.7 miliona dolara se procenjuje da se prihoduje od klađenja na ilegalnim tržištima klađenja svake godine. Ilustrirajući po prvi put opseg i složenost korupcije i kriminalnih mreža u nacionalnom i međunarodnom sportu, globalni izveštaj nudi priručnik za efikasno rešavanje ovih pitanja iznošenjem niza konkretnih političkih razmatranja.

Problem korupcije u sportu zahteva identifikaciju tri ključna polja delovanja.

1. Jačanje pravnog, političkog i institucionalnog okvira za borbu protiv korupcije i kriminala u sportu sa posebnim osvrtom na manipulisanjem konkurencijom, ilegalnim klađenjem i uplitom organizovanog kriminala.

2. Pобољшanje kapaciteta za borbu protiv korupcije i kriminala u sportu vršenjem analiza i kontrola.

3. Povećanje kooperacije kroz razmenu informacija i dobrih praksi.

Korupcija je apsolutni antipod sportu i svih pozitivnih karakteristika koje on sa sobom nosi. Sport trpi eroziju od strane korupcije i korupcija anulira činjenicu da se putem sporta podstiče moral, sportski duh, vrednosti zdravog života i tome slično.¹⁶

SPORTSKA ŠPIJUNAŽA

Špijunaža kao krivično delo predstavlja represivnu meru u zaštiti tajnih podataka, pismena i dokumenata. S obzirom na to da je nesporn interes određene države u nameri otkrivanja određenih podataka, pismena, dokumenta, suprotna strana takvu radnju kvalifikuje kao krivično delo špijunaže. Oblici saradnje sa stranom obaveštajnom službom su: stupanje u obaveštajnu službu, pribavljanje tajnih podataka ili dokumenata za obaveštajnu službu sa namerom da ih učini dostupnim stranoj državi ili inostranoj međunarodnoj organizaciji ili pojedincu koje im služi. Izvršilac svih oblika krivičnog dela špijunaže može biti svako fizičko lice, dakle, domaći državljanin i stranac. Suštinska razlika između špijunaže i odavanja tajne ogleđa se u tome što u špijunaži lice (špijun) prikuplja podatke sa ciljem da ih preda stranoj državi ili organizaciji, dok u odavanju tajne lice predaje podatke sa kojima već raspolaže, da pojasnimo, kod špijunaže, lice unapred daje obećanje (pristanak) o prikupljanju i predaji podataka, dok takvog obećanja nema kod odavanja tajne, iako su radnje izvršenja ovih krivičnih dela slične.¹⁷

Klasične špijunske metode podrazumevaju upotrebu sredstava kao što su minijaturni mikrofoni, ultrakratki predajnici, snajper mikrofoni, mikrofilmovi, prislušni uređaji i sl. Danas, sa razvojem i napretkom informacionih tehnologija, dolazi do sve masovnije upotrebe savremenih tehnologija poput satelita, prislušnih centara i prijemnih centara. Sport u svetu špijunaže ima određene prednosti jer se kroz metod lažnog predstavljanja i izdavanja za sportske radnike i sportiste, dolazi do tajnih informacija. Sportisti se tako mogu koristiti za potrebe tajnog snimanja i prisluškivanja suparničkih ekipa iz drugih država kao i širenja dezinformacija kako bi se suparnik dodatno destabilizovao. Takođe *modus operandi* može da obuhvati i provaljivanje u suparničke baze podataka s ciljem prikupljanja osetljivih dokumenata, prisvajanja tuđe pokretne imovine, vrbovanja sportista i sportskih radnika, kontrole doping sredstava.¹⁸

¹⁶ Miloš Šolaja, „Sport u tranzicionim društvima – nestanak uloge i gubitak rezultata“, *Sportlogia*, Banja Luka, 2014, 5.

¹⁷ Vanda Božić, Dragan Tančić, *Krivičnopravni i politikološki aspekti zaštite tajnih podataka i dokumenata*, Institut za srpsku kulturu Priština – Leposavić, 2022, 123–124.

¹⁸ Više o doping u sportu v. Vanda Božić, Marijana Đukić, „Krivičnopravna odgovornost za doping u sportu“, *Primena prava i pravna sigurnost: Zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava „Slobodan Perović“*, Beograd, 22. decembar 2021, tom 1, 357–376.

U postupku kandidovanja za velike sportske manifestacije, na taj način dolazi se do značajnih tajnih podataka koji potom mogu biti iskorišćeni u političke, bezbednosne, vojne i druge svrhe. Tajna je društvena, pravna i politička pojava, nastala u ljudskoj zajednici, u određenom vremenu i prostoru, koja sadrži određene činjenice, podatke, obaveštenja i/ili informacije koji se čuvaju i štite od strane držaoca ili vlasnika, kako se ne bi ugrozili interesi pojedinaca, grupa, kolektiviteta, države ili saveza država i za čije odavanje zakon propisuje određenu vrstu sankcije.¹⁹

Primer sportske špijunaže jeste afera prisluškivanja svlačionice na ženskom svetskom fudbalskom takmičenju 2007. godine. Iza dvosmernog ogledala, bile su postavljene kamere koje su sve vreme pratile takmičarke i snimale njihove razgovore. Ceo slučaj je prijavljen Svetskoj fudbalskoj federaciji, a osporena je pobeda Kine nad Danskom, koja je njihovu pobedu pripisala špijunskoj delatnosti, te je danski trener odbio da čestita pobedu Kineskinjama. Slična špijunska afera se dogodila u SAD, kad je fudbalski klub „Nju England Patriots“ kažnjen sa 250 hiljada dolara od Nacionalne fudbalske lige zbog praćenja telefonskog signala trenera „Nju Jork Džetsa“. Godine 2009. je primećena špijunska delatnost glavnog menadžera „Mančester Junajteda“, Aleksa Fergusona, koji je za vreme poslednjih priprema suparničkog tima, „Mančester Sitija“, helikopterom nadletao nad njihovim stadionom. Godinu dana kasnije, Džo Mek Denijels, trener „Denver Bronksa“ je kažnjen novčanom kaznom od 100 hiljada dolara zbog neovlašćenog snimanja treninga „fortinajnersa“, uoči predstojećeg meča. Tokom 2017. godine, nastao je špijunski skandal između reprezentacija Hondurasa i Australije zbog upotrebe drona, kojim su Australijanci neovlašćeno snimali reprezentaciju Hondurasa. Takođe, primećeno je špijunsko delovanje švedskog skauta koji je iznajmio kuću u blizini kampa u kom je trenirala reprezentacija Južne Koreje tokom priprema za takmičenje u Austriji 2018. godine. Upotreba drona u špijunske svrhe je primećena i u „Bundesligi“ Nemačke 2018. godine, na meču „Hofenhajma“ i „Verder Bremena“ od strane „Verder Bremena“, koji je priznao da su upotreбили dron upravo za špijunske svrhe.²⁰ Kad se govori o neovlašćenom prisvajanju tuđe pokretne stvari, ovakav oblik krivičnog dela je registrovan 2014. godine na Formuli jedan, kad je u dokumentaciji „Meklarenovog“ inženjera pronađena tehnička dokumentacija i auto delovi „Ferarijevog“ bolida. Istraga je utvrdila da se radi o prevari, industrijskoj špijunaži i otuđivanju i neovlašćenom umnožavanju dokumentacije. Reč je bilo o 780 strogo poverljivih stranica tehničke dokumentacije o konstrukciji bolida. Inženjer koji je neovlašćeno

¹⁹ V. Božić, D. Tančić, op. cit., 99.

²⁰ Luka Lešo, „Špijunaža i biznis inteligencija u sportu“, *Poslovna izvrsnost*, god. 13, broj 1, Zagreb, 2019, 185.

ustupio poverljivu dokumentaciju osuđen je na dvadeset meseci kazne zatvora. Zabeleženi su slučajevi neovlašćenog prodora u konkurentske informatičke sisteme. Godine 2017. je direktor skautinga bejzbol kluba „Kardinals“, neovlašćeno ušao u informatički sistem suparničkog kluba „Astros“. Nakon sprovedene istrage, direktor skauting bejzbol kluba je osuđen na 46 meseci zatvorske kazne kumulativno sa novčanom kaznom u iznosu od 280 hiljada dolara. Olimpijske igre u Peking u 2008. godine su bile izložene sajber-napadu svakim danom dok su igre trajale.

NAVIJAČKO NASILJE

Delovanje navijačkih grupa danas u svetu poprima sve više elemente nasilja i kriminala. Takođe, često se navijačke grupe direktno dovode u vezu sa trgovinom narkoticima, oružjem i obavljanjem mnogih nezakonitih radnji, praćene primenom sile, pretnje, prinude i otvorenog nasilja. Nisu retke pojave da se između navijačkih grupa i kriminalnih klanova postavlja znak jednakosti, te da delovi ili čitave navijačke grupe budu uhapšene zbog raznovrsnih krivičnih dela koja im se osnovano stavlja na teret.²¹ Ovo nasilno ponašanje je imanentno prvenstveno za fudbalske navijačke grupe, a kolevka nasilnog navijanja jeste Engleska, gde je nasilje na navijačkim tribinama ugašeno rigoroznim sankcijama i merama koje su uvedene prema navijačima i njihovim grupama.

Prema mišljenju određenog broja naučnih radnika, reč je o ekstremnim navijačkim grupama, te ne treba sve navijačke grupe stavljati u istu ravan. U Francuskoj, na primer, vlada određeni broj ekstremnih navijačkih grupa, kod kojih je primetna nagla radikalizacija u poslednjoj deceniji. Njihovo delovanje predstavlja vrlo ozbiljan bezbednosni i pravni problem, kom se ne može stati na put.²² Mišljenje o ekstremnim navijačkim grupama dele i stručnjaci iz socioloških i psiholoških nauka, koji izdvajaju tri pravca nasilja u sportu: 1) pravac ritualizacije agresije; 2) pravac klasne segregacije pripadnika navijačkih grupa i 3) pravac podređivanja sporta potrebama pojedinaca u navijačkim grupama.²³ Međutim, navijačko nasilje treba posmatrati u širem kontekstu društvenih događaja. Tako na primer, na prostoru bivše Jugoslavije, na podizanje nasilja u sportskim krugovima politika je dala

²¹ Više v. Vanda Božić, Mirjana Đukić, Zoran Jovanovski, „Kaznenopravni prikaz i analiza zaštite od nasilja na športskim natjecanjima u Hrvatskoj uz osvrt na međunarodnopravna rešenja“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost: Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava „Slobodan Perović“*, Vol. 1, Beograd, 23. decembar 2020, 509–529.

²² Dominique Bodin, Luc Robene, Stephane Heas, *Sport i nasilje u Europi*, Knjiga trgovina, Zagreb, 2007, 73.

²³ Zoran Žugić, *Uvod u sociologiju sporta*, Fakultet za fizičku kulturu, Zagreb, 1996, 15.

odlučujući doprinos. Raspadom Jugoslavije, stvorio se jak animozitet na relaciji reprezentacija i klubova iz zemalja bivše Jugoslavije, što je doprinelo da su njihove međusobne utakmice pravo bojno polje po sve navijače koji se zateknu na stadionu. Ne treba zanemariti ni ekonomske faktore. Stvaranje kapitalističko-konzumerističkog društva je doprinelo da novac ima značajniju ulogu nego što ju je imao ranije. Dominacija u navijačkoj grupi je neretko značila i ekonomsku dominaciju, te su se mnoge navijačke vođe proklamovale i kao vrlo bogati pojedinci, čime su dodatno gradili svoj društveni autoritet u kolektivu navijačke zajednice. Očuvanje dominacije u navijačkoj grupi je podrazumevalo obračunavanje sa suparničkim navijačkim grupama, a obračun je bio motivisan i ekonomskim faktorima osvajanja navijačkog „tržišta“.

Pojavni oblici navijačkog nasilja su različiti. Sa aspekta nauke, oblici navijačkog nasilja se izučavaju kroz sociološku prizmu i obeležja. Fenomen navijačkog nasilja u Evropi karakteriše ekstremnost, surovost i radikalizam. Činioci navijačkog nasilja su mlađi ljudi pretežno muškog pola, u kasnim adolescentskim ili ranim godinama punoletstva. U novije vreme je sve češća pojava ženskih navijača i sve veće interesovanje žena za fudbal. Sociološko poreklo navijača je iz srednje i niže klase, karakteristične za gradske i urbanije sredine. Motiv grupisanja je ljubav prema određenom sportskom klubu. Ta ljubav po pravilu uključuje agresiju prema drugim klubovima, kao i njihovim navijačima. Pripadnost klubu se manifestuje kroz odgovarajuću ikonografiju, klupskim obeležjima, posećivanjem utakmica koje klub odigrava, javnom isticanju klupskog pripadništva, često prenaplašenoj privrženosti klubu i sličnim aktima koje navijača etabliraju i vezuju za dati klub. Pripadnici navijačkih grupa su dobri poznavaoi fudbala i veliki zaljubljenici u sport. Međutim, u samom navijanju ne iskazuju sportsku kulturu, već subkulturne obrasce ponašanja koje karakteriše bunt i revolt, kako prema zvaničnim sistemima vrednosti, tako i prema drugim grupama sličnog karaktera. Pripadnici navijačkih grupa su lica često sklona poročnim aktivnostima, kao što su alkoholizam, narkomanija, tabletomanija i slično.

U navijačkim grupama vlada kolektivizam u ponašanju, te oni radikalniji diktiraju obrasce ponašanja članovima grupe koji su manje radikalni. Kolektivni konformizam, koji se obećava i garantuje svim članovima navijačke grupe je obezbeđen samo rukovodstvu navijačke grupe, dok ostali svojim radom i angažovanjem treba da tom rukovodstvu obezbede konformističke mogućnosti. Takođe, vođe navijačkih grupa su pod jakim uticajem politike, čak, prema francuskim teoretičarima, navijačke grupe predstavljaju neformalne strukture političke vlasti, za koju i za čije interese često preduzimaju određene aktivnosti i radnje.²⁴ Stoga, kad se govori

²⁴ D. Bodin, L. Robene, S. Heas, op. cit., 74.

o navijačkom nasilju, ne može se govoriti o nekakvim besciljnim aktima nasilja, već se radi o vrlo složenom, planskom i organizovanom delovanju navijačkih grupa, čije vođe deluju u dosluhu sa višim strukturama. To što se političkim, policijskim i fudbalskim moćnicima, pa i dobro etabliranim građanima može pričiniti da je sadašnje navijačko nasilje bezrazložno i besmisleno, samo je znak da se njihovi vlastiti životni okviri duboko razlikuju od životnih okvira većine pripadnika navijačkih plemena i društvenog, kulturnog i generacijskog kruga u kojem se kreću.²⁵ Takođe, globalno nasilje, koje je zahvatilo čitav svet i sve segmente društva, nasilje u sportu obuhvata u svoj okvir. Sport, u kontekstu savremenih društvenih tendencija, predstavlja između ostalog i ozbiljan lanac komunikacije, kroz koju države i diplomatije šalju određene poruke na međunarodnom planu. To se naročito odnosi na fudbal kao najzastupljeniji i najpopularniji sport. Fudbal, prema nekim teoretičarima, predstavlja prvorazrednu pozornicu komuniciranja, odnosno izražavanja različitih identiteta. Na toj pozornici sportski akteri – timovi više nego pojedinci, funkcionišu kao vrhunski simboli identiteta, pa zbog naglašavanja uticaja autoritarne kulture nasilja, te smanjenog uticaja demokratske kulture tokom navijanja može doći do ekscesa koji dobijaju pojavni oblik obračuna između identitetima.²⁶

ZAKLJUČAK

Sport je delatnost od opšteg značaja sa vrlo značajnim uticajem na vitalne aspekte društvenog života. Bavljenje sportom doprinosi zdravijem odgoju mladih, pravilnom usmeravanju na društveno korisne delatnosti i odbijanje mladih od društveno štetnih delatnosti. Međutim, sport se može posmatrati u kontekstu krivičnihopravnih i bezbednosnih rizika koji nisu u direktnoj vezi sa sportom, ali mogu da se dovedu u kontekst sa sportom.

Veza sporta i terorizma, korupcije, špijunaže i nasilničkog ponašanja se jasno manifestuje kroz terorističke akte koji su razarajuće delovali po velike sportske manifestacije koje su zaprljane nevinom krvlju, korpucionaške afere dogovaranja ishoda sportskih takmičenja, upotrebe savremenih špijunskih sredstava i uređaja i nasilničkog ponašanja organizovanih navijačkih grupa, kod kojih se znak ekvivalencije može staviti sa kriminalnim organizacijama. Upravo navedene delatnosti predstavljaju krivičnoopravno-bezbednosni rizik sporta, te na sport kao značajnu društvenu delatnost bacaju mrlju i izazivaju negativne pojave u sportu.

²⁵ Srđan Vrcan, „Iznova o navijačkom nasilju“, *Zarez*, Zagreb, 2005, 153.

²⁶ Dražen Lalić, Ozren Biti, „Četvorokut sporta, nasilja, politike i društva“, *Politička misao*, Vol. 45, broj 3–4, 2018, 260.

Dr. VANDA BOŽIĆ

Associate Professor, Faculty of Law
University Union, Belgrade

Dr. RATIMIR ANTONOVIĆ

Assistant Professor, Faculty of Law, Security and Management
„Constantine the Great“, Niš

SECURITY ASPECTS OF SPORTS

Summary

Sports activity should be an activity that is undertaken during leisure time. However, for many people, sports activity is the primary life activity and function they perform in order to survive. Sports activity can therefore be viewed as a recreational and professional activity.

In the paper, the co-authors present sport through a security prism, in the context of national security, terrorism, espionage and corruption. Sport is therefore seen as a target and instrument of national threats. Fan violence can also be seen in the context of criminal law and security aspects of sport as an activity. On the other hand, the paper points out the positive effects of sports on raising national awareness and improving interstate relations.

Key words: sport, manifestation, terrorism, corruption, espionage

Literatura

Bodin D., Robene L., Heas S., *Sport i nasilje u Europi*, Knjiga trgovina, Zagreb, 2007.

Božić V., „Kazneno djelo primanja mita kroz prizmu korupcije između ugovornih liječnika obiteljske medicine i tvornice lijekova“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. 6, No. 1, 2015.

Božić V., Đukić M., „Krivičnopravna odgovornost za doping u sportu“, *Primena prava i pravna sigurnost: Zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava „Slobodan Perović“*, tom 1, Beograd, 22. decembar 2021.

Božić V., Tančić D., *Krivičnopravni i politikološki aspekti zaštite tajnih podataka i dokumenata*, Institut za srpsku kulturu Priština – Leposavić, 2022.

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“*, Vol. 1, Beograd, 23. decembar 2020.

Dimitrijević B., *Sport kao nova tema u srpskoj istoriografiji*, Filozofski fakultet, Niš, 2013.

Hassan D., „Sport and terrorism: Two of modern life's most prevalent themes“, *International Review for the Sociology of Sport*, Vol. 47, No. 3, 2012.

Josipović I., Božić V., „Measures for Prevention and Fight Against Terrorism – Financial Aspect“, *Conference Proceedings Crime & Punishment Film Festival*, Faculty of Law, Istanbul, 2017.

- Jovanovski Z., Božić V., Atanasov S., „Nasilje na sportskim priredbama i uloga medija“, *Pravni život: list za pravna pitanja i praksu*, tom 615, br. 9, Beograd, 2019.
- Koković D., *Društvo, nasilje i sport*, Mediterran Publishing, Novi Sad, 2010.
- Lalić D., Biti O., „Četvorokut sporta, nasilja, politike i društva“, *Politička misao*, Vol. 45, broj 3–4, 2008.
- Lešo L., „Špijunaža i biznis inteligencija u sportu“, *Poslovna izvrsnost*, god. 13, broj 1, Zagreb 2019
- Leško L., „Teroristički napadi na sportske objekte od 1970-ih do 2017. godine: od selektivne do masovne destrukcije“, *Polemos časopis za interdisciplinarna istraživanja rata i mira*, Vol. 21, No. 42, 2018.
- Mašić Z., „Olimpijske igre – svetski bezbednosni izazov“, *Sportski logos*, Mostar, 2010.
- Mihajlović M., Mučibabić M., „Importance of Security Management in Sport“, *Book of proceedings of 9th International May Conference on Strategic Management – IM-KSM201, Bor* (ur. Živković, Ž.), Univerzitet u Beogradu, 2013.
- Skoko B., Kovačić V., „Koncept meke moći država i njegova primjena“, *Polemus*, Vol. 12, No. 1, 2009.
- Šolaja M., „Sport u tranzicionim društvima – nestanak uloge i gubitak rezultata“, *Sportlogia*, Banja Luka, 2014.
- Vladušić E., *Sudbonosne minute. Terorističke i protivterorističke akcije koje su uzdrmale svijet od 1972. do 2002. godine*, Naklada Bošković, Split, 2002.
- Vrcan S., „Iznova o navijačkom nasilju“, *Zarez*, Zagreb, 2005.
- Žugić Z., *Uvod u sociologiju sporta*, Fakultet za fizičku kulturu, Zagreb, 1996.

PREGLEDNI RAD

DRUGA KATEDRA

PRAVO NA SLOBODU

**Krivično-pravna i procesna zaštita ličnosti; Porodično-pravna
zaštita ličnosti; Upravno-pravna zaštita slobode**

MILAN ŠKULIĆ

KRIVIČNOPRAVNE I USTAVNOPRAVNE REFLEKSIJE KONCEPTA ODRŽIVOSTI PRAVA

U radu se objašnjavaju osnovne karakteristike koncepta održivosti prava, kao i osnovne krivičnopravne i ustavnopravne refleksije tog koncepta. Posebna je pažnja posvećena analizi odnosa koncepta održivosti prava i načela zakonitosti, kao i načela krivice u materijalnom krivičnom pravu, uz objašnjenje ideje održivog razvoja kada se radi o zaštiti životne sredine, a posebno o krivičnopравnim aspektima te zaštite. U radu se pažnja u kontekstu dominantnih refleksija koncepta održivosti prava poklanja i relevantnim pitanjima iz domena krivičnog procesnog prava, koja se pre svega, tiču načela pravičnog vođenja krivičnog postupka, uz objašnjenje osnovnih dokaznih pravila savremenog krivičnog procesnog prava, povezano sa primenom savremenih i na naučni metodama zasnovanih sredstava suzbijanja kriminaliteta u pravnom ambijentu moderne pravne države, tj. države koja se odlikuje vladavinom prava.

Ključne reči: krivično pravo, ustavno pravo, održivost prava, načelo zakonitosti, načelo krivice, pravičan krivični postupak

U V O D

Održivost u opštem smislu podrazumeva mogućnost određenog sistema ili nekog mehanizma da uspešno opstaje u određenom relativno dužem vremenu i na određenom prostoru. Radi se o sistemima/mehanizmima ili delovima određenog kompleksnog sistema, koji postoje u bilo kojoj celovito i sistematski uređenoj oblasti,

Prof. dr Milan Škulić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda, e-mail: *skulic@ius.bg.ac.rs*.

počev od tehničkih sistema/mehanizama, pa do raznovrsnih društvenih sfera, a naravno, mogu biti u pitanju i elementi pravnog sistema, koji je sam po sebi, jedna od ključnih karakteristika organizovanog ljudskog društva.

Kada se radi o pravu uopšte, održivost podrazumeva da kako celokupan pravni sistem, tako i njegovi pojedini elementi poseduju elementarnu sposobnost opstajanja i trajanja, te da se pritom, pravne norme primenjuju ne samo na zakonit način, što je apsolutni imperativ u formalnom smislu, već i da se njihovom primenom ostvaruju zahtevi elementarne pravičnosti, što već podrazumeva i delovanje kako načela zakonitosti, tako i principa legitimnosti odgovarajuće pravne regulative. To u osnovi znači da pravni sistem pravne države, odnosno države koja se odlikuje vladavinom prava, mora biti održiv.

S obzirom na veliku važnost krivičnog prava posvećenom efikasnoj zaštiti najvažnijih društvenih vrednosti i dobara, koji već sami po sebi, što znači svojom načelnom važnošću i značajem za društvo, državu i građane, očigledno zaslužuju da budu zaštićeni na efikasan način, što znači i propisivanjem da je njihova povreda ili ugrožavanje krivično delo, veoma je važno da krivičnopravni sistem kao takav, bude efikasan i održiv.

Pored toga, kako je u pravnoj državi, odnosno državi koja se odlikuje vladavinom prava, od ključne važnosti da sve pravne norme imaju svoje nesporno ustavnopravno utemeljenje, *princip ustavnosti* je generalno od velikog značaja, a njegov značaj je posebno velik, kada se radi o krivičnopravnim normama, kako onima koje su materijalnopravnog karaktera, tako i normama iz domena krivičnog procesnog prava.

Sve pravne oblasti kako zakonskog, tako i podzakonskog karaktera moraju biti usklađene sa pravilima Ustava kao opšteg pravnog akta najjače pravne snage. To važi u potpunosti i za krivično pravo, koje je primarno zakonskog karaktera, što proizlazi iz delovanja načela zakonitosti, a to je bitno i za jedan broj podzakonskih akata koji su od značaja za primenu nekih krivičnopravnih normi koje imaju blanketni karakter.

Dakle, notorno je ne samo da krivično pravo, kako materijalno, tako i procesno, mora biti u skladu sa Ustavom, već i da između krivičnog prava i ustavnog prava postoje brojne i veoma važne relacije. Tako je već samim tim što primena krivičnog prava, kako materijalnog, kao na primer, kada iz toga proizlazi izricanje kazne zatvora koja podrazumeva lišenje slobode, tako i krivičnog procesnog prava, čija primena, kao na primer, kada se radi o određivanju pritvora, podrazumeva mogućnost lišenja slobode, može dovesti i do legitimnog limitiranja nekih inače Ustavom garantovanih prava, poput prava na slobodu u primerima koji se tiču kazne zatvora i pritvora kao mere kojom se u *ultima ratio* smislu obezbeđuje

prisustvo okrivljenog tokom krivičnog postupka, odnosno stvaraju neophodni uslovi za neometano odvijanje krivičnog postupka.

OSNOVNI ELEMENTI I DOMINANTNE NORMATIVNE SFERE
KONCEPTA ODRŽIVOSTI KRIVIČNOG PRAVA UTEMELJENOG
NA RELEVANTNIM USTAVNOPRAVNIM NORMAMA

U osnovne elemente koncepta održivosti krivičnog prava utemeljenog na relevantnim ustavnopravnim normama spadaju svi relevantni krivičnopravni mehanizmi, kako u domenu materijalnog krivičnog prava, tako i u sferi krivičnog procesnog prava, koji su propisani u skladu sa odredbama Ustava, a koji omogućavaju da se krivično pravo, kako materijalno krivično pravo, tako i krivično procesno pravo primenjuju na način koji podrazumeva zakonitost, efikasnost i stabilnost.

Neka od osnovnih načela kako materijalnog, tako i krivičnog procesnog prava su od ključne važnosti, kada se radi o delovanju koncepta održivosti te oblasti prava u okviru pravnog sistema pravne države, odnosno države koja se odlikuje vladavinom prava.

Kada se radi o krivičnom materijalnom pravu u ta ključna načela, utemeljena i na ustavnopravnim odredbama spadaju: 1) načelo zakonitosti i 2) načelo krivice, a kada je u pitanju krivično procesno pravo, od ključne važnosti u kontekstu održivosti pravnog sistema pravne države, jeste načelo pravičnog krivičnog postupka, što je neposredno povezano i sa dominantnim dokaznim načelima savremene krivične procedure, kao i sa osnovnim pravilima dokazivanja u krivičnom postupku moderne pravne države, odnosno države koja se odlikuje vladavinom prava.

Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka podrazumeva i odgovarajuća pravosudno-organizaciona pravila, kojima se omogućava delovanje nezavisnog suda i samostalnog javnog tužilaštva / javnog tužioca kao stranke u krivičnoprocesnom smislu, ali istovremeno i državnog organa koji vodi istragu, tako da s jednakom pažnjom ispituje kako činjenice koje terete okrivljenog i činjenice koje mu idu u korist, a na isti način postupa i u predistražnom postupku (koji suštinski predstavlja prvu istražnu fazu), kojim javni tužilac formalno rukovodi.

Pored toga, koncept održivosti u smislu njegovog povezivanja sa industrijskim razvojem, a što je naravno, neposredno povezano i sa ekonomsko-finansijskim aspektima, tipičan je i kada se radi o savremenom ekološkom pravu, koje takođe podrazumeva između ostalog, delovanje odgovarajućih kako krivičnopravnih, tako i ustavnopravnih odredbi, ali i primenu relevantnih međunarodnopravnih standarda.

OSNOVNI ELEMENTI NAČELA ZAKONITOSTI U KRIVIČNOPRAVNOM
SMISLU I NJIHOVE DOMINANTNE RELACIJE SA KONCEPTOM
ODRŽIVOSTI PRAVA

Načelo zakonitosti se smatra jednim od ključnih načela savremenog krivičnog prava demokratskih pravnih država, odnosno država koje se odlikuju vladavinom prava. Ono 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 Monteskeja; 3) *generalna prevencija* – smatra se u duhu učenja Fojerbaha da je načelo zakonitosti važan elemenat opšte prevencije,¹ 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.“²

Nesumnjivo je da načelo zakonitosti ima veliki značaj za položaj čoveka u jednom društvu i pravnom sistemu, tako da je od svih prethodno nabrojanih faktora, verovatno najznačajniji onaj koji se odnosi na *demokratiju i podelu vlasti*, što je blisko povezan sa uticajem *političkog liberalizma*,³ jer se ti razlozi konstituisanja načela zakonitosti, ispostavljaju kao veoma važni za zaštitu vitalnih građanskih prava, tako da bi svim demokratskim pravnim sistemima, odnosno uređenoj pravnoj državi koja se odlikuje vladavinom prava, načelo zakonitosti moralo biti u punoj meri imanentno i bez ostavljanja pravnih mogućnosti za stvaranje izuzetaka koji bi ovo načelo u manjoj ili većoj meri derogirali, jer bi se to istovremeno, svodilo na opasno ugrožavanje ljudskih prava i sloboda.⁴

¹ Izraz *nullum crimen, nulla poena sine lege* se uglavnom pripisuje Fojerbahu.

² Više o tome: Claus Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, – *Grundlagen Aufbau der Verbrechenlehre*, 3. Auflage, „C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung“, München, 1997, 98–99.

³ Kao antipod ovome, istorijski je nesporno da je načelo zakonitosti svoju najoštriju negaciju doživljavalo u diktatorskim sistemima, što je bilo posebno karakteristično za nacističku Nemačku, kao i ranu sovjetsku državu, dok je u našoj zemlji već legendarna konstatacija Josipa Broza iz doba samoupravnog socijalizma, da se „zakona ne treba držati kao pijan plota“.

⁴ Više o tome: Milan Škulić, „Načelo zakonitosti u krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beograd*, broj 1/2010, Beograd, 2010, 66–128.

Načelo zakonitosti nije samo jedno od osnovnih načela krivičnog prava, koje se danas u državama koje se odlikuju vladavinom prava smatra opšteprihvaćenim, već je ono u savremenim pravnim sistemima podignuto na rang ustavnog načela.⁵ Prema članu 34. stav 1 Ustava Srbije, 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. Načelo zakonitosti se potom, formuliše i u članu 1 Krivičnog zakona Srbije po kojem 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. Ustavna odredba je široko formulisana i odnosi se na sve vrste delikata koji postoje u pravnom sistemu, odnosno u tzv. kaznenom pravu u širem smislu (krivično delo, privredni prestup i prekršaj), međutim, kod propisivanja krivičnog dela i krivične sankcije, to može biti učinjeno samo zakonom,⁶ a ne i drugim propisima, kao što je to na primer uredba.⁷

Slične formulacije kao što je i ona koja postoji u Ustavu Srbije, te srpskom Krivičnom zakoniku sadrže i krivični zakoni(ci) drugih evropskih država. Tako na primer, „francuski Krivični zakonik sadrži principe zabrane povratnog dejstva krivičnog zakona, zabranu analogije, te princip zakonitosti – *nullum crimen, nulla poena sine lege*, kao neotuđivu garanciju slobode“.⁸ Takođe Krivičnim zakonikom Španije se u članu 2, propisuje da „nijedno delo niti prekršaj ne mogu biti kažnjeni, ako pre izvršenja nisu bili zakonom određeni“, a u istoj odredbi se zabranjuje retroaktivno dejstvo krivičnog zakona, uz formulisane izuzetke (član 2. stav 2), kada se radi o obaveznoj primeni blažeg zakona.⁹

U većini država kontinentalne Evrope, načelo zakonitosti je utemeljeno na ustavnopravnim odredbama. Na primer, prema članu 7 i Ustava Grčke propisano je: „(a) Krivično pravo mora biti pisano pravo. Kazna se ne može temeljiti na običajnom pravu ili na pravu koje stvaraju sudije. To ne predstavlja prepreku da sudovi ispravno tumače zakone. (b) Kazna ne može biti izrečena prema analogiji. (c) Kazna ne može biti izrečena na temelju prava koje na striktan način ne propisuje ponašanje

⁵ Zoran Stojanović, *Krivično pravo*, CID, Podgorica, 2008, 37–38.

⁶ Prema članu 34. stav 2 Ustava Srbije, krivična dela i krivične sankcije određuju se zakonom.

⁷ Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, 9. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2019, 27.

⁸ Ulrich Hübner und Vlad Constantinesco, *Einführung in das französische Recht*, „Verlag C. H. Beck“, München, 2001, 132.

⁹ Das spanische Strafgesetzbuch, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 2002, 17.

koje predstavlja krivično delo ili ne propisuje krivičnu sankciju unutar zakonskog maksimuma i minimuma. (d) Krivično pravo nema retroaktivno dejstvo.¹⁰ Član 103. stav 2 nemačkog Osnovnog zakona koji ima ustavni rang,¹¹ takođe sadrži striktno formulisano *pravilo nullum crimen, nulla poena sine lege*, te propisuje da krivični zakon mora biti pisan, zabranjuje kažnjavanje na temelju običajnog prava, te propisuje pravilo *lex certa*, shodno kome ne samo opis bića krivičnog dela, već i pravne posledice moraju biti zakonom striktno određeni.¹² U nemačkoj teoriji se u vezi ovde odredbe zapaža da „jezik krivičnog zakona mora biti toliko precizan da svaki pojedini građanin mora imati mogućnost da sazna značenje norme u smislu koje ponašanje je kažnjivo, tako da se u najmanju ruku može upoznati sa rizikom kažnjavanja“.¹³ I mnoge vanevropske države načelo zakonitosti formulišu ustavnim odredbama. To je na primer, slučaj sa Japanom, u čijem Ustavu se u članu 37. zabranjuje retroaktivna primena krivičnog prava, te propisuje da krivično delo i kazna za njega moraju zakonom biti propisani pre izvršenja.¹⁴

I krivična zakonodavstva drugih vanevropskih država striktno poznaju načelo zakonitosti. Na primer, krivično pravo Izraela se bez obzira što je nastalo pod snažnim uticajem engleskog prava za koje klasično kontinentalnoevropsko shvatanje načela legaliteta nije tipično, „striktno zasniva na nekoliko pravila: 1) lice može biti kažnjeno samo za delo koje je bilo zabranjeno u vreme kada je izvršeno, 2) lice koje učini takvo delo može biti kažnjeno, samo ako je njegova kažnjivost postojala pre izvršenja; 3) samo zakonodavna vlast može ustanovljavati krivična dela i kazne za njih – sudovi nemaju ovlašćenje da kreiraju krivična dela prema analogiji u odnosu na već postojeće delikte“.¹⁵

Načelo zakonitosti se smatra važnom tekovinom savremenog krivičnog prava i ono u svom najčistijem vidu postoji u evropskokontinentalnim krivičnopравnim

¹⁰ Konstatinos Kerameus and John Kozyris, *Introduction to Greek Law*, „Kluwer Law and Taxation Publishers“, Deventer, Boston, 1993, 340.

¹¹ Ovaj „zakon“ nekadašnje Savezne Republike Nemačke, a sada ujedinjene Nemačke, samo terminološki nije označen kao nemački Ustav, što je jedna od manifestacija poraza Nemačke u II svetskom ratu, jer prvih poratnih godina jednostavno nije bilo „prikladno“ da ova država (tada još i podeljena na dve Nemačke) i formalno ima ustav.

¹² H. Gropengießer, Helmut Kreischerl, „Landesbericht Deutschland“, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* (Hrsg. Albin Eser und Helmut Kreicker), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 2003, 56.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Hiroschi Oda, *Japanese Law*, Oxford University Press, London, 1999, 417.

¹⁵ Amos Shapira and Keren DeWitt-Arar, *Introduction to the Law of Israel*, „Kluwer Law International“, Boston, 1994, 258.

sistemima, dok ono u tom svom užem smislu nije u punoj meri svojstveno anglosaksonske krivičnim zakonodavstvima, kod kojih se izvori krivičnog prava ne svode samo na zakone (koji ipak sve više dobijaju na značaju), već su još uvek veoma brojni i raznovrsni.¹⁶ Ni u državama koje pripadaju anglosaksonskom pravnom sistemu, a koje se odlikuju vladavinom prava, danas niko po pravilu ne može biti pozvan na odgovornost za delo koje u vreme izvršenja nije bilo propisano kao krivično delo, kao ni kažnjen za učinjeno delo, ako pre njegovog izvršenja kazna za to delo nije bila propisana.¹⁷ Na primer, u tom pogledu u savremenom američkom krivičnom pravu postoji vrlo stroga i dosledna sudska praksa po kojoj se striktno zahteva da je delo propisano kao krivično delo¹⁸ pre nego što je učinjeno.¹⁹ Suštinska razlika je u tome što se krivična dela i kazne u mnogim državama koje pripadaju anglosaksonskim pravnim sistemima mogu propisivati ne samo zakonima, već i drugim izvorima prava.²⁰ U stvari, u tom smislu se u anglosaksonskim državama, pre nego o načelu zakonitosti, može govoriti o „načelu pravnosti“ ili „principu propisanosti dela i kazne“.²¹

Kada se u anglosaksonskim državama govori o krivičnom pravu, tada se po pravilu ne misli samo na *zakonsko krivično pravo* već i na krivično pravo sadržano

¹⁶ Tako se u izvore engleskog krivičnog prava, osim određenih zakona, koji potiču iz 19. veka i nekih novijih, donesenih poslednjih decenija 20. veka i formalno svrstava pre svega *common law*, koje i suštinski predstavlja jednu vrstu običajnog prava, a razvilo se i razvija kroz odluke sudova, koje ga s jedne strane potvrđuju, a s druge strane i dodatno kreiraju, ali je *common law* takođe kreirano i stvaralačkim radom poznatih pisaca, kao što su *Coke* i *Hale* u 17. veku, te *Hawkins*, *Foster* i *Blackstone* u 18. veku. Ovdje treba imati u vidu da je prihvatanjem Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, sudijama u Engleskoj uskraćeno pravo da zakone interpretiraju na način koji je protivan pravilima Konvencije, što već predstavlja značajno ograničenje u daljem razvoju klasičnog *common law* sistema. Više o tome: Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Third Edition, „Oxford University Press“, Oxford – New York, 1999, 5.

¹⁷ U stvari, nekada su u SAD u tom pogledu bili mogući i određeni daleko veći izuzeci (naravno u tzv. pionirsko doba), kada je u pitanju pravo koje su stvarale same sudije (*judge made law*), koji su praktično, kreirajući krivično delo, propisivali i kaznu, ali je to doba nepovratno prošlo kada se pravni sistem SAD stabilizovao i osavremenio.

¹⁸ Slučaj: *Rex v. Manley* – Court of Criminal Appeal, 1932.

¹⁹ Više o tome: Richard J. Bonnie, Anne M. Coughlin, John C. Jeffries, Jr., Peter W. Low, *Criminal Law*, The Foundation Press, Westbury – New York, 1997, 31–32.

²⁰ M. Škulić, *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022, 31–32.

²¹ U tom smislu u SAD postoji pravilo da je pravom definisan, kako *zločin* tako i *kazna* – „Law Defining the Crime and the Punishment“, ali se pod pravom ne podrazumeva samo zakonsko pravo, već u „stvaraocima prava“ (*Lawmakers*) spadaju kako Kongres i organi državne legislature tako i druge „javne vlasti“. *Ibidem*.

i u drugim izvorima prava, a što onda poprilično odudara od ustaljenih shvatanja u kontinentalnoj Evropi. S druge strane, kada se radi o stabilnim pravnim sistemima država zasnovanih na vladavini prava, ni činjenica da se, ne samo zakonima već i drugim izvorima prava, mogu stvarati krivičnopravne norme, pa i propisivati krivična dela i kazne za njih, ne utiče na zaštićenost građana u okvirima pravnog sistema, jer i u tim državama u odnosu na krivičnopravne norme važe uobičajeni elementi načela *nullum crimen, nulla poena, sine lege*,²² bez obzira na to što se ne radi uvek o propisima zakonskog karaktera.

Iako je kolevka anglosaksonskog prava Engleska,²³ danas se tipičnim savremenim predstavnikom tog velikog pravnog sistema smatraju SAD.²⁴ Krivično pravo SAD još uvek izvire iz prilično heterogenih izvora: 1) većina krivičnopravnih odredbi je propisana zakonima (statutima) država, kao i zakonima (statutima) koji se donose na saveznom nivou; 2) krivično pravo je delom sadržano u trgovinskoj, sanitarnoj, zdravstvenoj, finansijskoj i poreskoj regulativi, koja se usvaja kako na saveznom tako i na nivou država, odnosno regulatornih agencija; 3) jedan deo krivičnog prava izvire i neposredno iz Ustava SAD; te 4) krivično pravo se danas u retkim prilikama u nekim od država SAD stvara i kao *common law*, što je inače, po uzoru na takvo pravo Engleske, bio prvi i najraniji izvor krivičnog prava u SAD, a svodi se na svojevrsno običajno pravo, odnosno obuhvata pravo i inkriminacije koje svojim odlukama stvaraju same sudije (*judge-made crimes*). Tako su, na primer, u državi Masačusets u SAD *common law* krivična dela (zločini) kažnjivi čak i kada nikada nisu propisani statutom.²⁵

²² U tom smislu bi ovo pravilo u većini anglosaksonskih država bilo shvaćeno kao – „nema krivičnog dela, niti kazne, bez prava, a ne kao što je to uobičajeno u evropskim kontinentalnim državama: „nema krivičnog dela, niti kazne, bez zakona“.

²³ Engleska je u poslednje vreme u najvećoj meri napustila *common law* kao izvor krivičnog prava, tako da se danas daleko najveći broj krivičnih dela u Engleskoj propisuje zakonima (statutima), dok Škotska još uvek ostaje daleko vernija klasičnom *common law* sistemu, što znači da i u toj državi postoje „zakonska“ krivična dela, tj. krivična dela propisana statutima, ali je još uvek veći broj krivičnih dela svrstan u *common law*, a i ona krivična dela koja su predviđena statutima su se tamo našla neposrednim preuzimanjem iz *common law* sistema. Više o tome: Francis Lyall, *An Introduction to British law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, 182.

²⁴ Za razliku od trgovinskog prava, poreskog prava, građanskog prava itd., koja se primarno regulišu na saveznom nivou, materijalno krivično pravo je u SAD tradicionalno regulisano zakonima država članica federacije, pri čemu su kodifikacije u većini država orijentisane na rešenja prisutna u „Modelu krivičnog zakona“ (*Model Penal Code*). Više o tome: Peter Hay, *US-Amerikanisches Recht*, „Verlag C. H. Beck“, München, 2000, 259.

²⁵ Joseph R. Nolan, *Massachusetts Practice – Criminal Law*, West Publishing CO, St. Paul, Minn., 1976, 2.

Izraz *common law* se uobičajeno koristi kao termin za pravo stvoreno od strane samih sudija, što je prvobitno bilo tipično u ugovornom pravu, ali je potom ono obuhvatilo i definisanje krivičnih dela, kao i sudsku interpretaciju zakona, s tim da je pravo suda da „kreira“ krivična dela široko egzistiralo do 19. veka, a ono je samo u retkim prilikama opstalo i do danas.²⁶ *Common law* je najstarija forma krivičnog prava u SAD koja je, u istorijskom smislu posmatrano, razvijena u Engleskoj i od strane engleskih kolonista prenesena u SAD, a podrazumeva kompleks nepisanog prava razvijenog iz običaja, opštih principa i prakse, priznate u sudskim odlukama, a iz njega izvire koncept sudskog precedenta koji podrazumeva da sud svojom odlukom rešava određeno pitanje, a onda tom odlukom vezuje sebe, ali i druge sudove u odnosu na isti ili veoma sličan slučaj koji bi se pojavio u budućnosti.²⁷ Iako deo izvora krivičnog prava SAD nije zakonskog karaktera, što je posebno karakteristično za *common law*, činjenica je da se danas veoma retko može dogoditi da krivično delo bude propisano nezakonskim izvorom prava ili čak „kreirano“ od strane suda.²⁸ Međutim, i pored toga nije sporno da se u toj državi, kao i u većini drugih država anglosaksonске pravne provenijencije, načelo zakonitosti bitno drugačije shvata nego u kontinentalnoj Evropi.

Za samu Englesku koja se nesporno smatra rodonačelnicom anglosaksonskog pravnog sistema, a naročito *common law* sistema, koji podrazumeva da i sudski precedenti mogu da budu izvor krivičnog prava, danas se primećuje da njeno pravo poznaje načelo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, u smislu da se nijedna kazna ne može izreći ako pre izvršenja krivičnog dela nije bila propisana odgovarajuća zabrana ponašanja koje predstavlja krivično delo, kao i kazna za takvo delo,²⁹ s tim da su danas krivična dela i u Engleskoj pretežno zakonskog karaktera, a veoma su retko sadržana u *common law* izvoru prava.

²⁶ Richard G. Singer and John Q. La Fond, *Criminal Law – Examples and Explanations*, Aspen Law & Business, New York, 1997, 2.

²⁷ Daniel Hall, *Criminal Law and Procedure*, Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers, New York, 1992, 35.

²⁸ Tako se u literaturi ističe da je u SAD nakon Drugog svetskog rata sve prisutnija težnja za kodifikacijama, što se ogleda i u tome da je Američki pravni institut 1952. godine započeo rad na donošenju jedinstvenog Krivičnog zakonika, koji bi obuhvatio i sistematizovao postojeća krivična dela propisana brojnim statutima, a taj posao je deset godina kasnije rezultirao „Modelom krivičnog zakonika“ (*Model Penal Code*), koji nikada nije usvojen, pa i nema obavezujući karakter, ali je ostvario jak uticaj na zakonodavstvo država članica SAD, mada se i sada ironično ističe da je težnja za kodifikacijom u SAD rezultirala time da je krivično pravo u ovoj državi danas kodifikovano u 50 krivičnih zakona koji se međusobno dosta razlikuju. Više o tome: Vanja Bajović, *Sporazum o priznanju krivice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, 17–18.

²⁹ Christoph Graf von Bernstoff, *Einführung in das englische Recht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000, 247.

Načelo zakonitosti je na odgovarajući način, ali ne pod tim nazivom, propisano i međunarodnopravnim aktima najvišeg ranga. U Univerzalnoj deklaraciji UN,³⁰ ovo načelo je propisano na jedan širok način, koji je karakterističan za shvatanje „načela pravnosti“, ili principa „propisanosti pravom krivičnog dela i kazne“ u anglosaksonskom pravu. Prema članu 11. stav 2 ove deklaracije, niko se neće smatrati krivim za bio koje krivično delo ili propuštanje, ako ono domaćim ili međunarodnim pravom nije propisano kao kazneno delo. Takođe, ne sme se izreći teža kazna od one kazne koja je bila primenjiva u vreme kada je krivično delo učinjeno. Slična formulacija se koristi i u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.³¹ Prema članu 7. stav 1 ove Konvencije niko se neće smatrati krivim za krivično delo učinjeno činjenjem ili nečinjenjem, koje u vreme izvršenja nije prema pravilima nacionalnog ili međunarodnog prava bilo krivično delo. Ne može se primeniti teža kazna od one koja je bila propisana u vreme izvršenja krivičnog dela. Evropska konvencija u članu 7. stav 2 sadrži i svojevrstu ogradu od ovog primarnog pravila, tako što se propisuje da ono ne utiče na suđenje i kažnjavanje lica za činjenje ili propuštanje koje je u vreme izvršenja smatrano krivičnim delom u skladu sa opštim pravnim principima priznatim od strane civilizovanih naroda. Navedene formulacije, a posebno ona iz člana 7. stav 2 Evropske konvencije suštinski predstavljaju načelo zakonitosti,³² ali ne u potpunosti i u striktnom smislu, jer formalno ostavljaju prostora da se i drugim izvorima prava propisuju krivična dela i kazne, mada je to u državama kontinentalne Evrope praktično nezamislivo, a formalno nemoguće, jer je u većini tih država, načelo zakonitosti ustavnog ranga.³³

U nemačkoj krivičnopravnoj teoriji se u vezi ovih evropskih pravila u odnosu na načelo zakonitosti konstatuje da je formulacija načela zakonitosti sadržana u Osnovnom zakonu Nemačke,³⁴ stroža u odnosu na odredbe člana 7. stav 1

³⁰ Usvojena i proglašena rezolucijom Generalne skupštine UN 217 A (III) od 10. decembra 1948. godine.

³¹ European Treaty Series, No. 5.

³² U tom smislu i većina autora iz evropskih zemalja i formalno član 7. Konvencije imenuje kao – načelo *nulla poena sine lege*. Uporedi: Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, „Nomos“, Baden-Baden, 2005, 142.

³³ U tom smislu se u literaturi primećuje da iako član 7 Evropske konvencije sadrži načelo zakonitosti (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), tako što se u stavu 1 ovog člana štiti od povratnog dejstva krivičnopravnih normi, te od kažnjavanja bez zakonske osnove ili na temelju analogije, ukupna sadržina tog člana je daleko iza načela zakonitosti propisanog u nemačkom Ustavu (Osnovnom zakonu – član 103 stav 2 GG). Više o tome: Kai Ambos, *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, „Verlag C. H. Beck“, München, 2006, 362.

³⁴ Ta konstatacija važi i za većinu ostalih država kontinentalne Evrope.

Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, kao i u odnosu na istovetan tekst Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima od 19. decembra 1966. godine, te u pogledu člana 49 (1) stav 2 Evropske povelje o osnovnim pravima od 7. decembra 2003 godine,³⁵ koji svi sadrže upućivanje na mogućnost kažnjavanja shodno „međunarodnom pravu“ i onda kada kažnjivost u vreme izvršenja krivičnog dela nije bila propisana nacionalnim zakonodavstvom.

Načelo zakonitosti, kao jedno od najznačajnijih dostignuća krivičnog prava i principa pravne države, se u nacionalnim krivičnopravnim sistemima postovećuje sa poznatim pravilom – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – nema krivičnog dela, niti kazne bez zakona,³⁶ što se u osnovi odnosi na nekoliko važnih zahteva:³⁷

Krivičnim zakonom se ne mogu stvarati inkriminacije na jedan opšti način, po principu sličnosti, što znači da je zabranjeno kreirati krivična dela i kazne za njih putem analogije – *nullum crimen nulla poena sine lege strikta*.

Održivo krivično pravo podrazumeva pretežno restriktivne metode tumačenja krivičnopravnih normi, uz veoma retke situacije u praksi kada u obzir dolazi ekstenzivan metod tumačenja određenih pravila krivičnog prava,³⁸ te uz striktnu zabranu stvaranja inkriminacija metodom sličnosti, što se svodi na zabranjenu analogiju u kreiranju krivičnih dela pre svega, ali i kada se u širem smislu radi o interpretaciji određenih krivičnopravnih normi, od kojih zavisi zaključak o postojanju/nepostojanju konkretnog krivičnog dela.

Krivični zakon mora da postoji u pisanom obliku, tako da se inkriminacije i kazne ne mogu zasnivati na nepisanom pravu, odnosno pre svega, one se ne mogu temeljiti na običajnom pravu – *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*.

³⁵ *Službeni list EU* Nr. C 364/1 d 18. 12. 2000, štampano u zbirci „Sartorius II“.

³⁶ Za princip zakonitosti se ističe da on „garantuje zaštitu građana od samovoljne primene i prostiranja državne vlasti. On utvrđuje da samo pisani zakon propisuje kažnjivost određene radnje, kao i zaprečenu kaznu kao njenu pravnu posledicu.“ Više o tome: Johaness Wessels, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und ihr Aufbau*, 26. neubearbeitete Auflage, „C. F. Müller Verlag“, Heidelberg, 1996, 8.

³⁷ Više o tome: C.Roxin, op. cit., 99–104.

³⁸ Takav je slučaj na primer, sa tumačenjem u praksi jednog od uslova za postojanje nužne odbrane, a to je da postoji *istovremenost* između napada i odbrane, što znači da se mora raditi o napadu koji je već započeo i u odnosu na koji se odbrana usmerava, pri čemu odbrana može egzistirati samo dok napad ne prestane, tako da onda kada se radi o tzv. ekstenzivnom prekoračenju nužne odbrane, postoji krivično delo učinioca, koji se prethodno branio, ali je sa „odbranom“ nastavio i nakon što je napad već prestao, ali što pritom, na osnovu legitinmog tumačenja, uveliko prihvaćenog u praksi, najčešće podrazumeva da je odbrana moguća i u pogledu napada koji još nije započeo, ali očigledno u konkretnim okolnostima, što je *questio facti*, svakako *neposredno predstoji*.

Održivost modernog krivičnog prava po logici stvari, isključuje običaje kao svoje formalne izvore, kao nedovoljno precizne izvore prava, podložne nekada i suviše širokom tumačenju.

Krivična dela moraju da budu zakonski predviđena, odnosno propisana kao krivična dela, kao i kazne za njih, pre nego što su delikti izvršeni što znači da se zabranjuje retroaktivna primena krivičnog zakona, mada se po pravilu omogućava takvo povratno dejstvo određene materijalne krivičnopravne norme, ako je ona povoljnija (blaži zakon) za okrivljenog – *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

Koncept održivosti prava u opštem smislu samim tim što je usko povezan sa zahtevima pravne sigurnosti, koja je imanentna modernim pravnim državama, odnosno državama čiji ustavnopravni sistemi podrazumeva vladavinu prava, podrazumeva načelnu zabranu retroaktivnog delovanja krivičnopravnih normi, osim onda, a to se temelji na dominantnom delovanju načela pravičnosti u opštem smislu, kada bi takva primena bila povoljnija za učinioca krivičnog dela, a tada je čak retroaktivno primenjivanje novog krivičnog zakon(ik)a, odnosno konkretne krivičnopravne novele, ne samo moguća, već i obavezna.

Krivični zakon mora da ima visok stepen određenosti u pogledu predviđenih inkriminacija, odnosno propisanih krivičnih dela i kazni – *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

Samo krivično pravo koje je u dovoljnoj meri određeno, što znači precizno i jasno u najvećem mogućem stepenu (što je naravno, *de facto* stvari primenjene pravne tehnike prilikom formulisanja krivičnopravnih normi), može biti adekvatno u pravnoj državi, a samo se takve krivičnopravne norme mogu smatrati održivim u elementarnom smislu.

OSNOVNI ELEMENTI NAČELA KRIVICE U KRIVIČNOM PRAVU I NJIHOVA VEZA SA KONCEPTOM ODRŽIVOSTI PRAVA

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“.³⁹ Zaštitna funkcija krivičnog prava svodi se na „očuvanje elementarnih vrednosti koje omogućavaju zajednički život ljudi u zajednici“, jer „ako ponašanja

³⁹ Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, dvadeset sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 65.

kao što su ubistva, silovanja ili krađe,⁴⁰ ne bi bila smatrana kriminalnim, opstanak društva ne bi bio moguć“, pa je „stoga osiguranje temeljenih pretpostavki života u zajednici, i onih dobara bez bi kojih njeno funkcionisanje bilo dovedeno u pitanje, u svim kulturama predstavljalo jedno od najvažnijih zadataka uspostavljenog poretka pravila“.⁴¹ 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* učinioaca, pri čemu je stepen krivice od značaja i za odmeravanje kazne.⁴² Savremeno krivično pravo počiva na „principu krivice“.⁴³

U teoriji se ističe da princip krivice znači da se kazne koje propisuje država mogu utemeljiti jedino na „konstataciji da se učinilac može prekorigiti za njegovo

⁴⁰ Ovde se u *egempli causa* smislu nabrajaju određena „klasična krivična dela“, koja po svom karakteru, svakako spadaju u *mala in se*, shodno jednoj od opštih tradicionalnih teorijskih podela 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 and John M. Sheb Jr., *Criminal Law and Procedure*, Wadsworth, Belmont, CA, 2011, 86 i M. Škulić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih država*, zajednički broj – *Revija za kriminologiju i krivično pravo* i *Crimen – časopis za krivične nauke*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2016, 63–78.

⁴¹ Igor Vuković, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 1–2.

⁴² Više o tome: Claus Roxin und Luis Greco, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagentexte – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2020, 1–2.

⁴³ 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 und Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Fünfte 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*).

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“,⁴⁴ što u stvari, znači da kazna mora biti „pravična“, odnosno srazmerna na odgovarajući način, tako da po vrsti i meri odgovara stepenu krivice. Iz ovog zahteva da *između stepena krivice i težine kazne*, mora postojati odgovarajuća srazmernost, koja odgovara zahtevima pravičnosti, proizlazi i da jedno načelo koje se u našoj teoriji, često izlaže kao poseban princip međunarodnog krivičnog prava, u stvari nema svoju samostalnost, već proizlazi iz načela krivice, odnosno njegovog aspekta koji podrazumeva da između *mere/stepena krivice* i vrste i težine *kazne*, mora postojati odgovarajuća srazmernost. Dakle, radi se o načelu pravednosti i srazmernosti, koje kao što je objašnjeno, proizlazi iz delovanja načela krivice, koja je individualnog karaktera.

Samo postojanje krivice podrazumeva mogućnost/pravo „pravnog preko-
revanja“ učinioaca krivičnog dela. Iz takvog „prekora“ proizlazi i mogućnost kažnjavanja, a onda kada se učinilac ne može „prekoriti“, što znači kada mu se zbog postojanja određenih zakon(ik)om propisanih razloga „delo ne može pripisati u krivicu“, poput učinilaca koje u stanju neuračunljivosti učine protivpravno delo koje je zakonom propisano kao krivično delo, onda se tada ni ne radi o krivičnom delu, iz čega proizlazi i da se učinilac takvog dela ne može kazniti, ali se prema njemu mogu preduzimati određene mere koje podrazumevaju odgovarajuće terapeutsko delovanje prema takvom učiniocu i njegovo lečenje radi otklanjanja stanja opasnosti i sl., kao što je to slučaj se merama bezbednosti medicinskog karaktera koje se prema pravilima našeg krivičnog zakonodavstva mogu izreći neuračunljivim učiniocima dela koja su protivpravna i zakonom propisana kao krivična dela.⁴⁵

⁴⁴ H. H. Jescheck und T. Weigend, op. cit., 23.

⁴⁵ U našem krivičnom pravu ovde postoji izvestan paradoks formalne prirode da se mere bezbednosti i formalno definišu kao vrsta krivičnih sankcija, iako se inače, određene mere bezbednosti medicinskog karaktera, izriču učiniocima koji uopšte ne snose krivicu za delo koje je protivpravno i zakonom propisano kao krivično delo, a koje su učinili u stanju neuračunljivosti. Dakle, licima koja nisu učinila krivično delo, izriču se krivične sankcije.

Naime, osnov za izricanje krivičnih sankcija medicinsko-psihijatrijskog karaktera, tj. mera bezbednosti koje se izriču neuračunljivim učiniocima (član 79. stav 1. tač. 1 i 2 KZ), jeste određeni element koji ne samo da ne podrazumeva krivicu, već je suštinski potpuno „spoljašnjeg“ karaktera u odnosu na delo koje je protivpravno i zakonom određeno kao krivično delo, a tiče se konkretnog neuračunljivog učinioaca takvog dela, a to je određena *opasnost tog lica po okolinu*, što se u smislu zakonske formulacije (član 81. stav 1 KZ), svodi na neophodnost kumulativnog ispunjenja dva uslova: 1) postojanje ozbiljne opasnosti da će učinilac učiniti teže krivično delo, te 2) postojanje ocene da je za otklanjanje takve opasnosti potrebno lečenje i čuvanje učinioaca u zdravstvenoj ustanovi

Da bi mogućnost odgovarajućeg „pravnog prekoravanja“ učinioca krivičnog dela mogla legitimno da se ostvaruje, neophodno je da i samo krivično pravo i svom svojevrsnom totalitetu, bude legitimnog karaktera, što znači da krivičnopravna zaštita mora pre svega, biti usmerena na dobra i vrednosti koja su načelno tako velikog značaja da zaslužuju da se od povređivanja i ugrožavanja štite i krivičnopravnom represijom. U ovome se ogleda i veza tako shvaćenog načela krivice, odnosno tog aspekta njegovog dejstva, sa konceptom održivosti, što podrazumeva da se legitimna krivičnopravna zaštita najvažnijih društvenih dobara i vrednosti, mora u demokratskom društvu ostvarivati na način koji podrazumeva elementarnu održivost takve zaštite.

Postojanje obeležja krivičnog dela utvrđenih zakonom, kao i protivpravnosti, mora biti direktno skopčano i sa postojanjem skrivljenosti, da bi se za takvo delo učinilac mogao smatrati odgovornim, što „kako se to uglavnom objašnjava“, znači da se učiniocu 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“.⁴⁶

U teoriji se ističe da „razlika između nepostojanja *protivpravnosti* i nedostajuće *krivice*, tj. između osnova koji opravdavaju delo koje bi inače (da nema takvih osnova), bilo krivično i onih koji delo čine neskrivljenim, leži u tome, da je ponašanje koje nije protivpravno od strane zakonodavca priznato kao zakonito i dozvoljeno, te ga kao takvog može preduzeti bilo ko, dok ponašanje koje se smatra neskrivljenim, nije kao takvo odobreno i stoga ostaje nedozvoljeno i zabranjeno“.⁴⁷

Zahtev da odgovornost za krivično delo mora biti subjektivno definisana, povezano sa objektivno-subjektivno konstruisanim opštim pojmom krivičnog dela, a što suštinski proizlazi iz delovanja načela krivice, esencijalno odgovara konceptu održivosti prava u demokratskoj pravnoj državi, odnosno državi koja se odlikuje vladavinom prava. Naime, održivo pravo u njegovom krivičnopravnom segmentu ne može suštinski biti utemeljeno na objektivnoj odgovornosti, nezavisno od toga što i savremeno krivično pravo utemeljeno između ostalog i na delovanju načela krivice, poznaje neke primese objektivne odgovornosti, poput na primer,

(član 81. stav 1 KZ), odnosno na slobodi (član 82. stav 1 KZ). Više o ovome: M. Škulić, „Mere bezbednosti i načelo krivice u krivičnom zakonodavstvu Srbije“, Međunarodna konferencija OEBSA, Beograd, 2017, 33–63.

⁴⁶ Claus Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2006, 197.

⁴⁷ *Ibidem*.

objektivnog uslova inkriminacije kod nekih krivičnih dela, ali i instituta komandne odgovornosti u faktičkom smislu, kada se radi o njenim oblicima koji postoje kada je komandant/učinioc, ispoljio nehat u odnosu na svoju konkretnu radnju nečinjenja/propuštanja dužnog činjenja.

EKOLOŠKI KONCEPT ODRŽIVOG RAZVOJA U KONTEKSTU DELOVANJA KRIVIČNOPRAVNIH I USTAVNOPRAVNIH NORMI, KAO I U ODNOSU NA RELEVANTNE MEĐUNARODNOPRAVNE STANDARDE

Održivi razvoj, utemeljen na ideji iznalaženja racionalnog balansa između ostvarenja odgovarajućih ekonomskih ciljeva i ekološke „cene“ koja se „plaća“ radi postizanja tih ciljeva koji su neposredno povezani sa industrijskim razvojem, tehnologijama koje su dominantne na određenom prostoru i u određenom vremenu, kao i drugim relevantnim faktorima koji se odnose na proizvodne i ekonomsko-finansijske sfere. Stoga je održivi razvoj kao „poželjan cilj“ u sferi industrije i drugih vidova proizvodnje, saobraćaja itd., jedan od osnovnih pojmova koji se tiče savremenog koncepta zaštite životne sredine razvojem i primenom odgovarajućih pravnih mehanizama, a što je između ostalog, od posebnog značaja i u kontekstu krivičnopravne zaštite životne sredine.

Kada je reč o krivičnom pravu kao segmentu normi pravnog sistema u onom delu u kojem je ono u funkciji zaštite životne sredine, ono takođe u savremenom pravnom sistemu, načelno mora biti održivo, što u određenoj meri proizlazi i iz dejstva određenih međunarodnopravnih dokumenata.⁴⁸

Smatra se da je za savremene pravne sisteme karakteristično da oblast zaštite životne sredine regulišu *posebnim* zakonima, takav je slučaj i u Srbiji, a najznačajniji zakon te vrste je Zakon o zaštiti životne sredine, a pored toga, za pravno regulisanje ove oblasti zainteresovana je i međunarodna zajednica.⁴⁹

Čitav niz međunarodnopravnih akata, koje je ratifikovala naša zemlja odnosi se na zaštitu životne sredine. Od posebnog je značaja u tom pogledu Konvencija Saveta Evrope o krivičnopravnoj zaštiti životne sredine od novembra 1998. godine. Stoga se može smatrati da su krivična dela sadržana u odredbama Glave XXIV Krivičnog zakonika (*Krivična dela protiv životne sredine*) utemeljena na odgovarajućim osnovima međunarodnopravnog karaktera.

⁴⁸ Milan Škulić, *Međunarodno krivično pravo – Prostorno važenje krivičnog prava, Krivično pravo međunarodnog porekla, Međunarodna krivičnopravna pomoć, Začeci krivičnog prava EU*, Službeni glasnik, Beograd, 2022, 314.

⁴⁹ Više o tome: Z. Stojanović (2019), op. cit., 857.

Većina krivičnih dela protiv životne sredine sadržanih u Glavi XXIV Krivičnog zakonika, temelji se na određenim međunarodnopravnim osnovima, bilo opšteg tipa, poput prethodno spomenute Konvencije Saveta Evrope o krivičnopravnoj zaštiti životne sredine, bilo specifično i konkretizovano u odnosu na određene aspekte zaštite životne sredine. Tako je krivično delo unošenja opasnih materija u Srbiju i nedozvoljeno prerađivanje, odlaganje i skladištenje opasnih materija (član 266 KZ), zasnovano između ostalog, na efektu Konvencije o fizičkoj zaštiti nuklearnog materijala iz 1979. godine.⁵⁰ Ta konvencija je međunarodnopravni osnov i za krivično delo iz člana 287 Krivičnog zakonika (Neovlašćeno pribavljanje i ugrožavanje bezbednosti nuklearnim materijama). Od značaja u ovoj oblasti je i Bazelska konvencija o prekograničnom kretanju opasnog otpada i njegovom odlaganju.⁵¹

NAČELO PRAVIČNOG VOĐENJA KRIVIČNOG POSTUPKA
U KONTEKSTU DOMINANTNIH DOKAZNIH PRAVILA SAVREMENE
KRIVIČNE PROCEDURE I PRIMENE NAUČNIH METODA
RADI SUZBIJANJA/KONTROLE KRIMINALITETA

Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka je jedan od osnovnih krivičnoprocesnih principa, koji autori mnogih starijih udžbenika krivičnog procesnog prava nisu posebno izdvajali, ali koje se i pored toga, u savremenoj nauci krivičnog procesnog prava nesporno smatra najvažnijim, odnosno praktično *suštinskim načelom krivične procedure*.⁵² Takav status je ovo načelo dobilo iz *dva osnovna razloga*; s jedne strane, ono vrlo skladno uobličava dejstvo svih drugih krivičnoprocesnih načela u funkciji pravičnog rešavanja krivične stvari koja je predmet postupka, a s druge strane, ono ima veoma izražen etički karakter, a za savremene i demokratske krivične procedure je karakteristično nastojanje da se u njihovim okvirima i shodno njihovim pravilima, ostvare ne samo osnovni pravni, već i važni etički imperativi, odnosno teži se da pravni zahtevi istovremeno i dominantno imaju i etičku sadržinu.

U starijoj literaturi se ponekad pisalo o načelu raspolaganja jednakim „oružjem“ u krivičnom postupku,⁵³ što je predstavljalo jedan metaforični izraz, koji se

⁵⁰ Zakon o ratifikaciji Konvencije o fizičkoj zaštiti nuklearnog materijala, *Službeni list SFRJ – međunarodni ugovori*, broj 9/85.

⁵¹ Zakon o potvrđivanju Bazelske konvencija o prekograničnom kretanju opasnog otpada i njegovom odlaganju, *Službeni list SRJ – međunarodni ugovori*, broj 2/99.

⁵² Više o tome: M. Škulić i T. Bugarski, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2015, 57–68.

⁵³ Ovo načelo bi se moglo označiti i kao *princip stranačke ravnopravnosti* u krivičnom postupku.

pre svega odnosio na utvrđivanje potpuno jednakog procesnog položaja obe stranke u krivičnom postupku, tako da nijedna stranka ne bude u svom procesnom položaju, odnosno skupu prava i dužnosti, kojima raspolaže, favorizovana u odnosu na drugu stranku. Smatra se da „internacionalizacija krivičnog postupka“, dovodi do posebnog odnosa između uspešnosti postupka i aspiracija da proces bude „fer“, ali se to pitanje posmatra različito, sa stanovišta različitih procesnih tradicija.⁵⁴ Ponekad se u teoriji navodi i da je ovaj princip artikulisan kroz tri osnovna standarda: jednakost sredstava („oružja“) kojima stranke raspolažu, javnost postupka i brzina procedure.⁵⁵ Već smo objasnili da princip *fair* postupka, ili poštenog, odnosno pravičnog vođenja postupka smatramo osnovnim krivičnoprocesnim načelom, koje je samim tim povezano i sa drugim fundamentalnim načelima postupka i sa njima čini skladnu celinu i čiji je svakako važan element pravilo o pravnoj i procesnoj jednakosti stranaka, odnosno njihovim načelno jednakim procesnim mogućnostima u postupku. Međutim, smatramo da je ipak načelo javnosti poseban princip, koji se kao takav i izdvaja u većini sistematskih radova i udžbenika krivičnog procesnog prava, dok brzina postupka, zavisno od teorijskog pristupa može biti svrstana u načelo poštenog vođenja postupka, ili se može definisati kao poseban princip.

Nije sporno da je „jedan od očiglednih zahteva 'fair' postupka da sudska procedura bude što je moguće brža“,⁵⁶ ali naravno, brzina se ne sme pretvoriti u brzopletost, jer bi se to tada, naročito ako bi bilo rezultat uprošćavanja neophodnih procesnih formi, selektivnog izvođenja dokaza, neopravdanog ograničavanja vremena za pripremanje i realizaciju odbrane, neostavljanja dovoljno vremena za prikupljanje svih relevantnih činjenica i sl., preobrati u suprotnost poštenom i pravičnom krivičnom postupku, te predstavljalo očigledno ogrešenje o princip „fair“ postupka. Citirani autor (*A. Cassese*), pored toga, a u vezi potrebe za brzim postupkom, navodi: „Jednostavno, s obzirom da optuženi uživa pretpostavku nevinosti sve dok se ne utvrdi njegova krivica, jedino racionalno i prikladno je, da se što je brže moguće ustanovi da li je on nevin ili kriv.“⁵⁷ U stvari, ovde se nepotrebno i na u suštini potpuno pogrešan način meša dejstvo pretpostavke nevinosti sa zahtevom za brzim postupkom. S jedne strane, kao što smo prethodno objasnili,

⁵⁴ Mark Findlay, „Internationalised Criminal Trial and Access to Justice“, *International Criminal Law Review*, No. 3/2002, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2002, 237–238.

⁵⁵ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 395.

⁵⁶ *Ibidem*, 398.

⁵⁷ *Ibidem*.

ako je brzina takav imperativ kojim se ugrožava ravnopravnost stranaka, ili se suviše oskudno izvode dokazi i posebno, ukoliko se pretvara u štetnu brzopletost, ona može direktno ugroziti pre svega prava optuženog, a onda se i pretpostavka nevinosti može neopravdano negirati. Tada je ona i direktna suprotnost zahtevima koji proizlaze iz načela pravičnog postupka.

S druge strane, ako se pretpostavlja da je okrivljeni do pravnosnažnog okončanja postupka nevin, ne može se reći da sud „utvrđuje da li je on nevin ili kriv“, jer je on i za sud nevin, uz postojanje sumnje da je eventualno kriv i zbog čega se postupak i vodi, a sud samo na kraju dokaznog postupka iznosi svoj stav baš u odnosu na pretpostavku nevinosti, koja je po svojoj prirodi *oboriva*, te je negira (ako optuženog oglašava krivim), ili je potvrđuje (ako ga oslobađa), ali naravno, i ako je optuženi oglašen krivim, on će se takvim definitivno smatrati, tek kada i ako, ta sudska odluka, odnosno presuda postane pravnosnažna. Načelo pravičnog vođenja postupka ili zahtev da suđenje bude „fair“ je inače posebno tipično za evropske krivične procedure, gde je formalno dospelo zahvaljujući delovanju Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, odnosno njegovim odlukama u odnosu na prava čoveka u krivičnom postupku (iako u teoriji postoji znatno ranije), u vezi čega se ističe: „Mnogi od Strazburških krivičnih slučajeva su usmereni na pojam *fair* suđenja kao ključnog elementa čl. 6.⁵⁸. Apstraktnim terminima objašnjeno, za ovaj pojam se obično smatra da ga čine dva elementa: jednakost oružja i ono što je u Francuskoj poznato kao „pravo na kontradiktoran postupak“. Drugom elementu se u Engleskoj obično daje značenje „adverzijalnog suđenja“.⁵⁹ U stvari, načelo pravičnog, odnosno poštenog vođenja postupka se u osnovi zaista sastoji iz spoja elemenata drugih važnih načela krivičnog postupka, ali i ono samo po sebi, ima posebno značenje, koje se ogleda u tome da svaka stranka, a posebno odbrana, imaju mogućnost da slobodno raspolažu svim pravima koja im se u postupku inače garantuju, te da se postupak vodi tako da njegov ishod bude zasnovan jedino i isključivo na pravnim argumentima i činjeničnom stanju koje je tokom suđenja utvrđeno na temelju korektno izvedenih dokaza i uz puno poštovanje ravnopravnosti stranaka u svim fazama postupka.

Inače, često se poistovećuju *brz* i *efikasan* krivični postupak. Krivični postupak bi načelno morao da bude brz, ali je brzina relativna kategorija, što znači da krivični postupak može da bude brz samo u onoj meri u kojoj je to moguće u konkretnim okolnostima i naravno, usklađeno sa potrebom efikasne zaštite

⁵⁸ Evropska povelja o ljudskim pravima: „... svako ima pravo na javno suđenje u razumnom roku i od strane nezavisnog i nepristrasnog suda, osnovanog zakonom...“

⁵⁹ Mireille Delmas Marty and J. R. Spencer (deo koji je pisao J. R. Spencer), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge – New York, 2002, 45.

svih prava koja se garantuju kako okrivljenom, tako i drugim subjektima i učesnicima krivičnog postupka.

U suštini je veoma opasno apriorno poistovećivati *brz* i *efikasan* krivični postupak, a davno je cinično zaključeno da je „najbrži sud – preki sud“, što je naravno nezamislivo u pravnoj državi.

Pored toga, izuzetno je opasno, a naročito kada se takav stav „medijski plasira“, te kada to čine značajni društveni činioци, javne ličnosti, funkcioneri i sl., kada se efikasnost krivičnog postupka poistoveti sa *osuđujućom presudom*, koju javnost ili bilo ko drugi, očekuje. I ovde se treba podsetiti poznate ideje da je u pravnoj državi uvek bolje da se i „sto krivaca, nađe na slobodi, nego jedan nevin čovek u zatvoru“.

Pravo na pravično suđenje je izričito propisano odredbama člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, shodno kojima svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravično i javno suđenje u razumnom roku, pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona, a potom se posebno utvrđuje dejstvo načela javnosti, uz ostavljanje mogućnosti za odstupanje od njega iz opravdanih razloga, te pretpostavka nevinosti i određeni minimum prava koje mora posedovati svako lice protiv koga se vodi krivični postupak, a koja predstavljaju osnovne elemente prava na odbranu u krivičnom postupku.

Načelo poštenog, odnosno pravičnog vođenja krivičnog postupka nije izričito prihvaćeno pod tim nazivom u našem Zakoniku o krivičnom postupku, kao što ono po pravilu, ne egzistira ni u drugim nacionalnim izvorima krivičnog procesnog prava, ali nije sporno da ono važi i za naš krivični postupak i da čak po logici stvari, predstavlja najvažnije načelo krivične procedure. Njegovo dejstvo se u teoriji pre svega vezuje za opširno definisan skup prava koja ima okrivljeni tokom krivičnog postupka, pre svega pravo na *fair* i brz postupak, poštovanje svih procesnih prava optuženog, njegova posebna prava tokom ispitivanja svedoka, suočavanje sa drugim dokazima i uvidom u njih i tome sl., a što je u opštem smislu povezano sa pravima sadržanim u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima, kao i drugim međunarodnopravnim dokumentima.⁶⁰

Elementi prava na pravično suđenje propisani članom 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, u osnovi su prisutni u odredbama

⁶⁰ Više o tome: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (ed. Otto Triffterer), 2nd Edition, (deo koji je pisao William A. Shabas), Beck/Hart, De Hague, 2008, 846–847.

našeg Zakonika o krivičnom postupku, a oni su s druge strane i inače, sastavni deo našeg unutrašnjeg pravnog poretka. Pored toga, već u članu 1. stav 1 Zakonika i formalno se propisuje pravično vođenje krivičnog postupka, kao jedan od deklariranih ciljeva, tako što se utvrđuje 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*. Reč je o normi koja ima izrazito *deklarativan značaj*.

U konkretnijem smislu, načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka posebno se ogleda u dužnosti državnih organa da budu nepristrasni i da ne prejudiciraju krivicu okrivljenog, kao i da stranke u krivičnom postupku načelno raspolažu jednakim procesnim sredstvima i mogućnostima (načelo jednakosti „oružja“). Iako je javni tužilac stranka koja je u funkciji optužbe i mada je osnovni zadatak policije da otkriva krivična dela, suzbija kriminalitet, te i sprečava krivična dela onda kada za to postoji mogućnost,⁶¹ ovi državni organi su i formalno dužni da postupaju *nepristrasno*, te da obrate jednaku pažnju kako na dokaze koji terete određeno lice da je učinilo krivično delo tako i na one koje tom licu idu u prilog. Javni tužilac i policija dužni su da nepristrasno razjasne sumnju o krivičnom delu za koje sprovode službene radnje, i da sa jednakom pažnjom ispituju činjenice koje terete okrivljenog i činjenice koje mu idu u korist (član 6. stav 4 ZKP).

Savremeni krivični postupak podrazumeva da se u nizu situacija u cilju kako suzbijanja krivičnih dela u generalnom smislu, tako i inače, radi ostvarenja osnovnih ciljeva demokratskog krivičnog postupka, što podrazumeva i zaštitu nevinih ljudi od osude u sudskoj zabludi, podrazumeva i primenu određenih sistematski razvijenih naučnih metoda, čime se pre svega bavi kriminalistika, kao nepravna krivična nauka, usko povezana sa krivičnim procesnim pravom. Izraz kriminalistika potiče od latinske reči „*crimen*“, koja znači *zločin*. Isto poreklo u etimološkom smislu ima i kriminologija, što predstavlja razlog da se u laičkoj javnosti često mešaju ili poistovećuju kriminalistika i kriminologija. Suština je u tome što je u korenu njihovog naziva reč *crimen* (zločin), iz čega proizlazi osnovni predmet usmerenosti te dve krivične nauke, koje pri tom nisu pravnog karaktera, iako su blisko povezane sa krivičnim pravnim naukama. Ta predmetna fokusiranost se kada je reč o kriminologiji ogleda u bavljenju kriminalitetom kao društvenom pojavom, pre svega sa stanovišta njegove fenomenologije i etiologije, a kada se radi o kriminalistici, ona se bavi kriminalitetom u cilju njegovog suzbijanja i kontrole, što se sve detaljnije objašnjava u daljem tekstu koji se tiče odnosa kriminalistike i drugih nauka, kako pravnih, tako i vanpravnih.

⁶¹ M. Škulić, *Kriminalistika*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022, 41–42.

U teoriji se ističe da je „kriminalistika kao nauka, nastala u novije vreme“,⁶² iako „kriminalitet nije nova pojava.“⁶³ Naprotiv, od kada postoji ljudsko društvo, postoji i kriminalitet. Kao samostalna naučna disciplina sa izrazito praktičnom usmerenošću u smislu stvaranja neophodnih uslova za efikasno otkrivanje, razjašnjavanje i dokazivanje krivičnih dela, kriminalistika nije stara nauka. Ona nastaje tek tokom 19. veka, kao jedna od zakonomernih konsekvenci velikih društvenih promena nastalih nakon Francuske buržoaske revolucije 1789. godine. Suština je, kada se radi o uticaju te revolucije i njenih tekovina na nastanak i primenu kriminalistike, u promeni krivičnoprocesnih pravila do čega u tadašnjim modernim evropskim državama dolazi tokom 19. veka, kada se napušta inkvizitorski sistem krivične procedure,⁶⁴ koji je bio striktno utemeljen na formalnoj oceni dokaza, bez mogućnosti za slobodnu ocenu dokaza i slobodno sudijsko uverenje, iz čega su između ostalog, proizlazila stroga zakonska pravila o tome šta mogu biti dokazi, kako se oni moraju izvoditi i kakva je dokazna snaga/vrednost/kredibilitet pojedinih dokaza. Ova pravila su kao legalno i legitimno dokazno sredstvo, te sasvim rutinski način izvođenja dokaza, ustoličila mučenje, funkcionalno usmereno na dobijanje priznanja okrivljenog. Dakle, mučenje se sasvim rutinski primenjivalo u tadašnjim krivičnim postupcima. Stoga materijalni dokazi, poput tragova krivičnog dela

⁶² Dugo se kod nas Kriminalistika pretežno smatrala veštinom i svojevršnim „spiskom praktičnih uputstava“, nego naukom, iako savremena Kriminalistika svakako predstavlja i važnu krivičnu nauku vanpravnog karaktera, koja je pritom, od ogromnog značaja za primenu pravila nekih pravnih nauka i grana pozitivnog zakonodavstva, kao što je pre svega, krivično procesno pravo. Veliki doprinos shvatanju i objašnjenju Kriminalistike kao nauke je svojevremeno dao prof. dr Živojin Aleksić. Više o tome: Ž. Aleksić, *Naučno otkrivanje zločina (sabrana dela)*, Glosarijum, Beograd, 1996, 17–19.

⁶³ Manfred Lukaschewski, *Die Geschichte der Kriminalistik, – Kriminalistike in Theorie und Praxis*, „Antheum Verlag“, Frankfurt am Mein, 2020, 7–8.

⁶⁴ Za inkvizitorski krivični postupak (istražni/istraživački postupak), karakteristična su načela pismenosti i formalne (zakonske) ocene dokaza, kao i odsustvo javnosti u najvećem delu postupka. Ovaj tip postupka je u Evropi dominirao do epohe Francuske buržoaske revolucije, ali se u nekim evropskim državama, zadržao i niz godina nakon te revolucije.

Iako se inkvizitorski krivični postupak načelno smatra nedemokratskim i lošim po položaj okrivljenog, on je u stvari, svojevremeno nastao kao plod intencije da se umanjí do tada vladajuća velika ili skoro apsolutna arbitrarnost feudalnih sudija, koji su načelo slobodne ocene dokaza koristili da potpuno samovoljno i nezavisno od realne snage i kredibiliteta određenih dokaza donose svoje odluke, a pritom, nisu bili dužni da takve odluke detaljnije obrazlažu.

Sve dok sa naraslim društvenim promenama nije sazrelo vreme za davanje većeg značaja načelu slobodne ocene dokaza, ali uz obavezu suda da uvek obrazloži svoju dokaznu ocenu, inkvizitorski tip postupka, kao i samo načelo zakonske (formalne) ocene dokaza su imali i svoja ubedljiva opravdanja. Više o tome: M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, 12. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.

u klasičnim inkvizitorskim krivičnim postupcima, nisu imali veliki značaj, čak su bili sekundarne važnosti, a sudije su se u krivičnom postupku primarno prilikom izvođenja i vrednovanja dokaza fokusirale na iskaze svedoka i samog okrivljenog, a pritom se do iskaza okrivljenog najčešće dolazilo zahvaljujući primenjenoj torturi, iz čega bi naravno, po redovnom toku stvari proizašlo i njegovo priznanje krivičnog dela.

Razvoj kriminalistike je neposredno proistekao iz prevage načela slobodne ocene dokaza u odnosu na nekadašnju zakonsku (formalnu) ocenu dokaza, tipičnu za klasične inkvizitorske krivične postupke. Kao važno dostignuće savremenog krivičnog postupka pojavljuje se vremenom slobodno sudijsko uverenje u odnosu na dokaze u postupku, tako da je odstupanje od formulisanja zakonskih pravila ocene dokaza, važan iskorak savremenog krivičnog procesnog prava u odnosu na pravila srednjovekovnog prava, sadržanih npr. u „božjem sudu“ germanskog krivičnog postupka, ili pravilima formulisanim u *Constitutio Criminalis Carolina (CCC)*.⁶⁵

U teoriji krivičnog procesnog prava se zaključuje da je uvođenje zakonske ocene dokaza koja je trebalo da spreči osudu na osnovu beznačajnih i površno ocenjenih dokaza i omogući kontrolu višeg suda, proizvelo niz teških negativnih posledica, jer koliko god da se zakonom određena vrednost određenih dokaza zasnivala na iskustvu, ona je predstavljala pokušaj zakonskog regulisanja onog što se zakonom ne može regulisati, tako da je sud sputan zakonskim pravilima, sabirao i oduzimao dokaze i izricao presudu prema nekoj vrsti matematičkog rezultata nezavisno od toga šta sam misli o konkretnim dokazima.⁶⁶ Iz ovakvih teškoća koje su sudu nametnute kroz obavezu da strogo poštuje zakonska dokazna pravila, proizašlo je i davanje prevashodnog značaja priznanju okrivljenog, koje postaje *regina probationem – kraljica dokaza*, a tom priznanju se težilo po svaku cenu, što je dovelo do rutinske upotrebe torture, koja čak postaje legitimni krivičnoprocesni institut. Način mučenja okrivljenog prilikom torture je bio tako užasan, da svest o vlastitoj nevinosti nije mogla biti dovoljna da nevinog odvrati od priznanja – razlika kriv–nevin nije se ni približno poklapala s razlikom priznao na torturi – izdržao torturu i nije priznao, s obzirom na to da su torturi mogli odoleti samo oni koji su imali dovoljno tvrdokornosti i okorelosti da izdrže mučenje, a da ne priznaju, a to su mogli biti isto tako i krivci, kao i nevini; to je zavisilo od fizičke i psihičke konstitucije okrivljenog.⁶⁷

⁶⁵ Werner Beulke, *Strafprozeßrecht*, „C. F. Müller Verlag“, Heidelberg, 2000, 12.

⁶⁶ Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava*, Savremena administracija, Beograd, 1986, 21.

⁶⁷ Vladimir Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga druga – Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Školska knjiga, Zagreb, 1972, 120.

Zabrana primene torture u krivičnom postupku do koje postepeno dolazi u 19. veku, pod uticajem ideja Francuske buržoaske revolucije, dovodi vremenom kako do promene dominantnog krivičnoprocesnog sistema kontinentalne Evrope, koji dobija mešoviti karakter,⁶⁸ tako i do potrebe da se u krivičnom postupku i za potrebe krivičnog postupka koriste nove i na nauci zasnovane dokazne metode, što je bilo neposredno povezano i sa razvijanjem interesa za jedno sistematsko i efikasnije suzbijanje kriminaliteta, korišćenjem adekvatnih naučnih metoda i sredstava.

Potreba za efikasnijom reakcijom na kriminalitet, u Evropi je posebno narasla zahvaljujući industrijskim revolucijama tokom 19. veka, kada je u tom društveno-ekonomskom kontekstu, širom tadašnje Evrope, a posebno u Srednjoj Evropi, došlo do ogromnih socijalnih i ekonomskih promena, zasnovanih na potpuno promenjenoj socijalnoj i privrednoj strukturi. Tada dolazi do masovne „seobe“ iz sela u gradove, dotadašnji zemljoradnici postaju industrijski radnici, nastaju izuzetno masovne i masivne migracije, gradovi se ubrzano šire i razvijaju, uz čestu prenaseľjenost i ogromne socijalne probleme nastale zahvaljujući pre svega, takvoj izrazito ekspanzivnoj urbanizaciji. Drastično ubrzan razvoj ranog kapitalizma i period veoma surove i bespoštedne prvobitne akumulacije kapitala je naravno, dovodio i do velikog broja privrednih slomova i masovnih bankrota nedovoljno jakih privrednih subjekata, nesposobnih da opstanu u „tržišnoj utakmici“. Tadašnje države nisu imale razvijen sistem socijalne zaštite, te je stoga nezaposlenost automatski dovela i do ekonomske bede radnika koji bi ostali bez posla, a usled toga naravno, dolazi i do drastičnog porasta kriminaliteta, što je posledično, dovelo i do potrebe da državni aparat počne da intenzivno razvija metode i sredstva kojima bi najefikasnije mogao da suzbija kriminalitet.

Radi efikasnijeg otkrivanja, razjašnjavanja i dokazivanja krivičnih dela u periodu drastičnih društvenih promena, usled kojih je između ostalog, došlo i do enormnog porasta opšte stope kriminaliteta, počinju da se intenzivno koriste i sasvim nova saznanja i unapređene metode iz domena prirodnih i tehničkih nauka, što je bilo direktno omogućeno i izuzetno značajnim napretkom nauke, posebno prirodnih i tehničkih naučnih disciplina tog vremena. Mnoga naučna saznanja su svoju primenu našla i u cilju suzbijanja kriminaliteta, tj. radi otkrivanja, razjašnjavanja i dokazivanja krivičnih dela.

⁶⁸ I inače su savremeni krivični postupci uglavnom *mešovitog karaktera*, što je posebno karakteristično za većinu krivičnih postupaka kontinentalne Evrope, pri čemu inkvizitorski elementi, ali uz niz strogih garancija za efikasno ostvarenje funkcije odbrane u svakoj fazi postupka, pretežno dominiraju u istrazi, ali su u određenim formama prisutni i u kasnijim fazama – krivičnog postupka, dok akuzatorski elementi u većoj meri postoje u fazi glavnog pretresa, odnosno tokom suđenja u užem smislu.

Svaki od tih pronalazaka i naučnih metoda, kao i uvođenje striktno naučnog pristupa u suzbijanju kriminaliteta, zbog svog značaja predstavlja svojevrsnu prekretnicu u razvoju savremene i na naučnim metodama, zasnovane kriminalistike. Tu pre svega, spadaju: 1) Bertilonov sistem registracije i identifikacije učinilaca krivičnih dela na temelju sistematskog merenja delova ljudskog tela i glave, do čega dolazi sredinom druge polovine 19. veka; 2) primena fotografske tehnike u kriminalističke svrhe, do čega dolazi krajem prve polovine 19. veka, a što je potom svoju kulminaciju doživelo krajem 20. veka i početkom 21. veka, kada je digitalna fotografija postala svojevrsan kriminalistički standard, uz rutinsko korišćenje digitalne videografije; 3) daktiloskopija, zasnovana na identifikaciji i registraciji učinilaca krivičnih dela i ljudi uopšte, na osnovu otisaka prstiju, što je identifikaciono registraciona tehnika razvijena krajem 19. veka; 4) i delovanje kriminalističkih laboratorija širom tada savremenih država, do čega dolazi u prvoj deceniji 20. veka, kada se u tim laboratorijama vremenom sistematski primenjuju kriminalistička mikroskopija, raznovrsne hemijske analize, dalje razvija i koristi koncept kriminalističke fotografije i uopšte, sistematski koriste prirodne i tehničke metode, radi otkrivanja, razjašnjavanja i dokazivanja krivičnih dela, 5) DNK analiza, koja se razvija krajem 80-ih godina 20. veka, a potom veoma brzo postaje jedna od ključnih identifikacionih metoda savremene kriminalistike;⁶⁹ kao i 6) generalno, veoma brzo uvođenje čitavog niza novih tehničkih metoda u kriminalističku praksu, te razvoj novih tehnologija, poput digitalne biometrijske fotografije, biometrijskih kamera i uopšte, biometrijskih načina automatske i veoma ubrzane identifikacije ljudi.⁷⁰

PRAVOSUDNO-ORGANIZACIONA PRAVILA USTAVNOG KARAKTERA
KOJA SU NEPOSREDNO POVEZANA SA NAČELOM PRAVIČNOG
KRIVIČNOG POSTUPKA I OSNOVNI ELEMENTI ULOGE
USTAVNOG SUDA U KRIVIČNOPRAVNOM SMISLU

Prema članu 142 Ustava Srbije sudska vlast pripada sudovima koji su nezavisni. Sudska vlast je jedinstvena na teritoriji Republike Srbije, a sudske odluke se donose u ime naroda.

Sudsku odluku može preispitivati samo nadležni sud u zakonom propisanom postupku, kao i Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi. Naravno, Ustavni sud ne deluje kao instancioni sud, on nije deo redovnog pravosuđa, već se njegova kontrolna uloga u odnosu na odluke redovnih sudova, svodi na ispitivanje mogućih

⁶⁹ Više o tome: Ž. Aleksić i M. Škulić, *Kriminalistika*, 10. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 157–158.

⁷⁰ M. Škulić (2022), op. cit., 4–5.

povreda osnovnih ljudskih prava i sloboda u redovnom sudskom postupku. Sam Ustavni sud ne može da svojom odlukom meritorno odluči o bilo kojem pitanju koje spada u nadležnost redovnih sudova, iako poništavanjem i sudske odluke, on može praktično izdejstvovati da redovan sud određenog stepena, ponovo odlučuje o određenom sudskom predmetu, pa i onom koji ima krivičnopravni karakter. Dakle, Ustavni sud u Srbiji, iako nije deo sudske vlasti, niti naravno, predstavlja krivični sud, onda kada odlučuje o ustavnim žalbama protiv pravnosnažnih odluka krivičnih sudova protiv kojih su iskorišćenja sva raspoloživa procesna sredstva, svojim odlukama ostvaruje i odgovarajući krivičnopravni efekat.⁷¹

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 krivičnopravnom smislu. To se odnosi na ustavne norme što su one 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), sloboda 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 je ili neposredno povezan sa krivičnopravnom materijom ili može u određenoj situaciji imati i odgovarajuću krivičnopravnu komponentu.⁷²

Od posebnog značaja u praksi Ustavnog suda Srbije jesu sledeće norme Ustava, na kojima se primarno i zasniva najveći broj ustavnih žalbi.

– 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 postupku 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

⁷¹ M. Škulić, „Uloga Ustavnog suda u krivičnopravnom sistemu pravnog sistema Republike Srbije“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, broj 2/2018, Beograd, 2018, 205.

⁷² *Ibidem*, 206–207.

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.

– 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 (načelo zakonitosti);

2) *pretpostavku nevinosti* – svako se smatra nevinim za krivično delo dok se njegova krivica ne utvrdi pravnosnažnom odlukom suda;⁷³ kao i

⁷³ Inače, krivica u jezičkom smislu predstavlja *sinonim za termin* „vinost“ koji se nekada ru-tinski upotrebljavao u našem materijalnom krivičnom pravu, odnosno krivičnopravnoj teoriji. Na-ime, u našem je jeziku sasvim uobičajena reč *nevinost*, dok je reč *vinost* sasvim neuobičajena, osim u krivičnopravnom smislu. Jezički je nesporno da su vin i nevin opozitnog značenja, što obrnuto, znači da su istog značenja i reči „vin“ i „kriv“, odnosno „vinost“ i „krivica“. Druga je stvar, što zakonodavac nešto drugačije reguliše u važećem krivičnom zakonodavstvu sadržaj krivice u odnosu na sadržaj vinsti u ranijem krivičnom zakonodavstvu, isto kao što se izraz krivična odgovornost više

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, da su bile poznate u vreme suđenja, mogle bitno da utiču na njegov ishod ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla uticati na njegov ishod.

ne koristi u zakonskom smislu („spoj uračunljivosti i vinosti“), mada izraz „krivična odgovornost“, naravno i sada ima odgovarajuće teorijsko značenje, a još uvek je prilično prisutan i u našoj krivičnopravnoj praksi.

Konačno, ovde treba imati u vidu i da kada se kaže da se „svako smatra nevinim“, to ipak ne znači u jednom logičkom smislu je okrivljeni zaista apriorno baš nevin u elementarnom značenju te reči, odnosno da je on zaista „dokazano“ nevin, te da svakako nije učinilac krivičnog dela, jer da je tako, onda se ne bi mogao ni voditi bilo kakav krivični postupak protiv njega. *Zašto bi se nevin čovek krivično gonio?* Suština je da se okrivljeni u pogledu kojeg postoji odgovarajući procesno relevantan stepen sumnje da je učinio krivično delo (osnovi sumnje / osnovana sumnja / opravdana sumnja), uvek tretira kao nevin, dok se eventualno njegova krivica validno ne dokaže.

Nekada je u našem ZKP-u pretpostavka nevinosti decenijama bila regulisana na nešto drugačiji način i u terminološkom smislu samo u jednom „implicitnom“ obliku, tako što je bila formulisana kao *pretpostavka nekrivice*, pa se tako utvrđivalo da „niko ne može biti smatran krivim za krivično delo dok to ne bude utvrđeno pravnosnažnom odlukom nadležnog suda. U teoriji se ponekad (u vreme formulisanja u ZKP-u pretpostavke nevinosti, kao pretpostavke „nekrivice“), isticalo kako se ne može prezumpcija nevinosti izvoditi iz jedne odredbe u kojoj se reč 'nevinost' i ne pominje“ – Tihomir Vasiljević i Momčilo Grubač, *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, drugo izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1982, 31. U stvari, ovo shvatanje previđa da su u jezičkom smislu pojmovi „vinost“ i „krivica“ sinonimi, pa je shodno tome, opet u jezičkom smislu, potpuno isto značenje i njihovih opozita – „nevinosti“ i „nekrivice“, s tim da je u uobičajenom govoru reč „nevinost“ prilično uobičajena, dok je reč „nekrivica“ neuobičajena i praktično se ni ne upotrebljava, iako je obrnuto reč „krivica“ sasvim jasnog značenja i ima široku jezičku, pa i pravnu upotrebu.

Drugim rečima objašnjeno, logički i jezički je potpuno jednakog značenja kada se neko, odnosno svako „smatra nevinim“ i kada se „ne smatra krivim“, ali nije sporno da je jasnije značenje pretpostavke nevinosti koja se formuliše u pozitivnom obliku, te da u tom slučaju ona ima i nešto pozitivniju simboličku konotaciju i psihološko značenje za okrivljenog, pa je u tom pravcu i išla modifikacija pretpostavke nevinosti u našem ZKP-u. Takva intervencija je bila opravdana i sa stanovišta međunarodnopravnih pravila, jer se u svim relevantnim aktima te vrste pretpostavka nevinosti definiše na pozitivan način, kao pravo lica da se smatra nevinim. Naravno, sada je ta uskladenost samo dodatno pojačana i na jednom terminološkom nivou, ali suštinski nema nikakve „prave“ razlike između *nevinosti* i *nekrivice*.

U skladu sa članom 143 Ustava, osnivanje, ukidanje, vrste, nadležnost, područja i sedišta sudova, sastav suda i postupak pred sudovima uređuju se zakonom. Najviši sud u Republici Srbiji je Vrhovni sud. Na ovaj je način ponovo, kao što je to i inače, do 2006. godine u pravni sistem Republike Srbije ponovo uveden Vrhovni sud, što je terminološki ispravnije, nego izraz – „Vrhovni kasacioni sud“. Ustavom je zabranjeno osnivanje prekih, privremenih ili vanrednih sudova.

Pravično vođenje bilo kojeg sudskog postupka, pa naravno i krivičnog postupka, moguće je samo ukoliko se sud koji postupak vodi ili pred kim se vodi postupak, može smatrati nezavisnim. Samo ukoliko je krivični sud nezavisan, on može biti i nepristrasan u krivičnom postupku, što je jedan od ključnih uslova iz domena delovanja načela pravičnog vođenja krivičnog postupka.

Sudija je nezavisan i sudi na osnovu Ustava, potvrđenih međunarodnih ugovora, zakona, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i drugih opštih akata, donetih u skladu sa zakonom, a zabranjen je svaki neprimeren uticaj na sudiju u vršenju sudijske funkcije (član 144 Ustava Srbije).

Članom 155 Ustava Srbije uređeni su osnovni elementi javnotužilačke organizacije, što je od velikog značaja kada se radi o delovanju načela pravičnog vođenja krivičnog postupka, koje između ostalog podrazumeva i da javni tužilac kako kao stranka u krivičnom postupku, tako i kao državni organ koji vodi istragu, te rukovodi predistražnim postupkom kao prvom neformalnom istražnom fazom krivične procedure, ima atribut samostalnost, što se suštinski svodi na specifičnu *funkcionalnu nezavisnost*.

Javno tužilaštvo je jedinstven i samostalan državni organ koji goni učinioce krivičnih i drugih kažnjivih dela i vrši druge nadležnosti kojima se štiti javni interes određen zakonom, a vrši svoje nadležnosti na osnovu Ustava, potvrđenih međunarodnih ugovora, zakona, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i drugih opštih akata, donetih u skladu sa zakonom.

Niko izvan javnog tužilaštva ne može uticati na javno tužilaštvo i nosioce javnotužilačke funkcije u postupanju i odlučivanju u pojedinom predmetu. Ovde se radi o zabrani koja podrazumeva isključivanje tzv. neprimerenih uticaja na nosioce javnotužilačke funkcije, što je naravno jedan od neophodnih uslova za samostalno delovanje javnog tužioca, te njegovu nepristrasnost u krivičnom postupku, a naročito tokom vođenja istrage, koje po logici stvari, samim tim što je poverena budućoj stranci u eventualno kasnijem toku krivičnog postupka, ima svojevrsan jednostranački karakter.

U skladu sa Ustavom osnivanje, ukidanje, organizacija i nadležnost javnog tužilaštva uređuju se zakonom, a sam Ustav definiše najviše javno tužilaštvo u Republici

Srbiji. To je Vrhovno javno tužilaštvo, kojim rukovodi Vrhovni javni tužilac. Na ovaj je način prevaziđena višedecenijska tradicija nekadašnjeg jugoslovenskog pravosudno-organizacionog prava, zadržana dugo i u Srbiji, koja se ticala Republičkog javnog tužilaštva i Republičkog javnog tužioca, kao ekskluzivnog formalno nosioca kompletnog javnotužilačkog autoriteta.

Funkciju javnog tužilaštva vrše Vrhovni javni tužilac, glavni javni tužioci i javni tužioci. Na ovaj je način ustavotvorac (što će u propisanom roku biti oživotvoreno u odgovarajućim zakonima), odustao od višedecenijske tradicionalnog koncepta javnotužilačke organizacije, koja je podrazumevala definisanje funkcije nadležnih javnih tužilaca, kao izvornih nosilaca konkretne javnotužilačke funkcije i njihovih zamenika. Sada su praktično svi nosioci javnotužilačke funkcije, dobili status javnih tužilaca, a neki od njih su rukovodioci konkretnih javnih tužilaštava, tj. predstavljaju glavne javne tužioca.

Vrhovni javni tužilac i glavni javni tužilac u rukovođenju javnim tužilaštvima imaju neophodna hijerarhijska ovlašćenja u odnosu na postupanje nižih javnih tužilaca i javnih tužilaca u konkretnom predmetu, te ipak nisu samo „prvi među jednakima“, iako same ustavne odredbe (što će se naravno, dalje konkretizovati u relevantnim organizacionim zakonima donesenim na osnovu Ustava), značajno „olabavljaju“ do sada decenijama uobičajenu strogu hijerarhijsku organizaciju javnog tužilaštva.

Samostalnost javnog tužioca u pravosudno-organizacionom smislu, te njegovo nepristrasno postupanje u krivičnom postupku neposredno su povezani i sa dejstvom načela pravičnog vođenja krivičnog postupka, kao elementom opšteg koncepta održivosti prava u državi koja se odlikuje vladavinom prava, te se smatra pravnom državom. Naime, iako je javni tužilac stranka koja je u funkciji optužbe, i mada je osnovni zadatak policije da otkriva krivična dela, suzbija kriminalitet itd., ovi državni organi (što znači javni tužilac kada vodi istragu i rukovodi predistražnim postupkom, te policija u predistražnom postupku), su i formalno dužni da postupaju nepristrasno, te da obrate jednaku pažnju kako na dokaze koji terete određeno lice da je učinilo krivično delo, tako i na one koje tom licu idu u prilog. Javni tužilac i policija dužni su da nepristrasno razjasne sumnju o krivičnom delu za koje sprovode službene radnje, i da sa jednakom pažnjom ispituju činjenice koje terete okrivljenog i činjenice koje mu idu u korist. Prema zakonskim pravilima osnovno pravo i osnovna dužnost javnog tužioca je gonjenje „učinilaca“ krivičnih dela, ali se ovde u stvari, s obzirom na dejstvo pretpostavke nevinosti, te druga krivičnoprocesna pravila, radi o krivičnom gonjenju lica u pogledu kojih postoji odgovarajući procesno relevantan stepen sumnje da je učinilo krivično delo.

ZAKLJUČAK

Može se u generalnom smislu zaključiti da samo održivo pravo ima *potencijal* da se smatra pravom koje je imanentno pravnoj državi, odnosno državi koja se odlikuje vladavinom prava.

Samo održivo pravo poseduje specifičan kapacitet *trajanja*, a pravni sistem koji nije sposoban da u svom izvornom obliku traje i „živi“ u dužem vremenskom periodu, ne samo da se po definiciji ne može smatrati održivim, već on praktično i gubi karakter *sistema*, jer sistem ako je valjano uređen, podrazumeva trajanje.

Naravno, moderan pravni sistem se često i modifikuje u raznim svojim segmentima, što između ostalog, podrazumeva i novele u sferi krivičnog prava, kako materijalnog, tako i krivičnog procesnog prava. Međutim, te novele u modernoj demokratskoj državi, koja se može smatrati pravnom državom, odnosno državom koja se odlikuje vladavinom prava, bi načelno morale biti u duhu već ustaljene postojeće pravne tradicije i po pravilu, u interesu pravne stabilnosti pre svega, povezano sa pravnom sigurnošću, ali i zahtevu da pravni sistem bude efikasan, ali istovremeno i elementarno pravičan, nikada ne treba težiti nekim „revolucionarnim“ modifikacijama u normativnoj (pre svega zakonskoj) sferi. Takve promene su naravno, drastične kada se radi o društvenim revolucijama nakon kojih dolazi do radikalnih promena u svim društvenim oblastima, pa i u pravnom sistemu, ali one ne smeju da se ispoljavaju u normalnim društvenim okolnostima. Ovo je posebno važno kada se radi o krivičnom pravu, kako krivičnom materijalnom pravu, tako i krivičnom procesnom pravu, u vezi sa čim se može primetiti da u obe ove sfere poslednjih godina postoje određeni problemi.

Materijalno krivično pravo, a pre svega u pogledu njegovog osnovnog izvora, a to je Krivični zakonik, se poslednjih godina prilično često menjalo, a nekada i bez prave potrebe, pri čemu je posebno bilo upadljivo da su se zakonske modifikacije, učestalo uglavnom odnosile na propisivanje težih kazni za neka krivična dela (nekada i bez sasvim jasnih kriterijuma za značajno pooštavanje zakonske kaznene politike/kaznene politike zakonodavca), gde je ponekad bilo moguće uočiti i delovanje poznatog kriminološkog fenomena *moralne panike*.⁷⁴

⁷⁴ Radi se o nekim slučajevima specifičnog reagovanja zakonodavca koji najčešće pod pritiskom laičke javnosti, a uglavnom u vezi sa nekim konkretnim slučajevima u praksi, „brže-bolje“ modifikuje određene zakone, često se fokusirajući na stvaranje uslova za „pooštavanje zakonske kaznene politike“, što se svodi na delovanje u okviru jednog šireg društvenog fenomena koji je u kriminologiji poznat kao „moralna panika“, što je prevod termina koji je izvorno formulisano na engleskom jeziku i nije sasvim adekvatan sa stanovišta značenja kako imenice „moral“, te atributa „moralna“,

Krivično procesno pravo je doživelo svoju radikalnu modifikaciju stupanjem na snagu i primenom važećeg Zakonika o krivičnom postupku (2011/2013. godine), za koji je karakteristično da predstavlja izrazito veliki raskid sa dosadašnjom kontinentalnoevropskom krivičnoprocesnom tradicijom naše zemlje, pri čemu tekst tog Zakonika obiluje kako velikim brojem pravno-tehničkih grešaka, tako i nekim veoma bitnim suštinskim nedostacima, zbog čega je već od momenta stupanja na snagu, zaslužio neslavan epitet zakonskog teksta koji je najviše kritikovan zakon(ik) u istoriji kako Srbije, tako i nekadašnje Jugoslavije. Stoga, ne može biti sporno da sada važeći ZKP, koji predstavlja radikalni raskid sa kontinentalnoevropskom tradicijom srpskog krivičnog postupka i koji je svakako jedan od najkritikovanijih zakona u novijoj srpskoj pravnoj istoriji u dogledno vreme, pre ili kasnije, a najbolje što je moguće pre, treba bitno modifikovati, ili što bi bilo najadekvatnije, zameniti daleko kvalitetnijim Zakonikom.

Dakle, kada je reč o pozitivnom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije, već dugo se, iako je reč o relativno „novom“ izvoru prava, često i veoma žustro u našoj stručnoj javnosti debatuje o potrebi njegovih značajnih izmena i dopuna ili čak o neophodnosti izrade/usvajanja potpuno novog Zakonika o krivičnom postupku, što bi verovatno bilo i najbolje rešenje, mada se to još uvek izbegava i sa time se okleva iz određenih praktičnih razloga.

Ako bi se pristupilo donošenju novog Zakonika o krivičnom postupku, koji bi bio utemeljen na proverenim rešenjima tipičnim za kontinentalnu Evropu, kojoj Srbija pripada ne samo geografski, već i kulturološki i istorijski, onda bi pre svega, trebalo obratiti pažnju na nekoliko osnovnih pitanja, iz kojih proizlazi da je *potrebno*:

1. pažljivo razviti i unaprediti koncept javnotužilačke istrage, ali tako da on bude usklađen sa potrebama naše zemlje i našom krivičnoprocesnom tradicijom, a ne da se u okviru njega „eksperimentiše“ sa svojevrsnim „egzotičnim“ idejama, poput tzv. paralelne istrage. Dobar uzor u tom pravcu može da bude relativno novi ZKP Austrije, zemlje u kojoj je nedavno sudska istraga, zamenjena državnotužilačkom. U novom Zakoniku o krivičnom postupku treba da, kao što je to uobičajeno širom savremenog „sveta“, postoji samo jedna istražna faza, a ne kao sada dve – predistražni postupak i istraga. Pored toga, ovde treba imati u vidu da je u stvari, naš nekadašnji pretkrivični postupak uvek i bio neka vrsta neformalne ili poluformalne *javnoutužilačko/policijske istrage*, pa treba racionalno koristiti i ta već ustaljena iskustva;

tako i reči „panika“ u srpskom jeziku, ali je već postao prilično ustaljen i kod nas. Više o tzv. moralnoj panici: Frank E. Hagan, *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*, 6th Edition, Sage Publications, Thousand Oaks, California, 2008, 450.

2. dati znatno veći značaj načelu neposrednosti, što znači da se ne mogu rutinski i sasvim jednostavno dokazi javnog tužioca automatski koristiti na glavnom pretresu (jer to nisu dokazi suda, niti dokazi izvedeni pred sudom), pri čemu istovremeno treba omogućiti šire angažovanje sudije (bilo da je to sudija za istragu, ili sudija za prethodni postupak), prilikom obezbeđenja dokaza u istrazi, onda kada postoji opasnost da oni neće moći da se ponove na glavnom pretresu, ili kada se radi o dokaznim aktivnostima u korist odbrane;

3. pažljivije i znatno opreznije postupiti prilikom uvođenja u sistem raznih oblika zadobijanja tzv. kooperativnih svedoka (svedoci saradnici, odnosno „okrivljeni/osuđeni saradnici“), jer sistem uveden Zakonikom iz 2011. godine u tom pogledu omogućava i neke potencijalne zloupotrebe, naročito kada se radi o primeru da se čak osuđujuća presuda donesena na temelju iskaza okrivljenog/osuđenog saradnika, koristi (čita) kao dokaz u drugom predmetu, uz istovremeno apsolutno onemogućavanje da se saokrivljeni/saoptuženi ispituju kao svedoci, tj. da se okrivljeni saradnik u odnosu na kojeg je doneta pravnosnažna presuda u drugom krivičnom postupku, ispita i kao svedok, umesto da se kao specifičan „materijalno-formalni dokaz“ koristi samo osuđujuća presuda koja se njega tiče i sl.;

4. bolje definisati sporazum o priznanju krivičnog dela, kao i mehanizam oportuniteta krivičnog gonjenja, pri čemu treba posebno imati u vidu i potrebu adekvatnije zaštite interesa oštećenog, ali pri tom, uvesti i striktnu zabranu da se sama presuda proistekla iz sporazuma o priznanju okrivljenog, rutinski koristi kao „ekskluzivan“ dokaz u drugim krivičnim postupcima, te čak i uz svojevrstu „zabranu“ da se okrivljeni koji su sklopili sporazuma o priznanju krivičnog dela, ispituju kao svedoci u drugim krivičnim postupcima, odnosno postupcima koji se vode protiv drugih okrivljenih, čime se drastično odstupa od načela neposrednosti;

5. razviti efikasne alternativne načine rešavanja predmeta krivičnog postupka, odnosno tzv. uprošćene i sumarne procesne forme, te postupak za lakša krivična dela načelno učiniti bržim i jednostavnijim;

6. ukinuti održavanje pripremnog ročišta, jer se ono u praksi pokazalo kao izuzetno komplikovano i uglavnom, potpuno nekorisno, a istovremeno se time i nepotrebno odugovlači postupak, te uvesti bolji i efikasniji sistem sudske kontrole optužnice, kojim bi se prevazišlo sadašnje očigledno „usko grlo“ u procesnom toku;

7. (pro)naći pravu meru između delovanja načela istine i pravila o teretu dokazivanja, a na temelju i opšteg dejstva načela pravičnog krivičnog postupka;

8. urediti na bolji način glavni pretres, kao centralnu procesnu fazu (stadium suđenja u užem smislu), tako da se otklone neki sada postojeći nepotrebni elementi koji omogućavaju odugovlačenje krivičnog postupka, ali ga istovremeno i značajno komplikuju i poskupljuju;

9. učiniti sud dokazno aktivnijim, ali tako da to bude u skladu sa osnovnim elementima načela pravičnog vođenja krivičnog postupka; kao i

10. urediti na adekvatniji način sistem pravnih lekova, pri čemu posebno treba obratiti pažnju na kvalitetnije formulisanje konkretnih žalbenih razloga, te što je posebno važno, uvesti više razloga za žalbu o kojima drugostepeni sud vodi računa po službenoj dužnosti, ali i adekvatnije formulisati norme koje se odnose na vanredne pravne lekove, a naročito u pogledu zahteva za zaštitu zakonitosti.

Prof. Dr. MILAN ŠKULIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade
Judge of the Constitutional Court of Serbia

CRIMINAL LAW AND CONSTITUTIONAL LAW REFLECTIONS OF THE CONCEPT OF SUSTAINABILITY OF LAW

Summary

In the article are explained the basic characteristics of the concept of sustainability of law, as well as the basic criminal and constitutional reflections of that concept. Special attention is devoted to the analysis of the relationship between the concept of sustainability of law and the principle of legality, as well as the principle of guilt in substantive criminal law, with an explanation of the idea of sustainable development when it comes to environmental protection, and especially the criminal law aspects of that protection. In the article, in the context of dominant reflections on the concept of the sustainability of law, special attention is paid to relevant questions from the domain of criminal procedural law, which primarily concern the principles of fair conduct of criminal proceedings, with an explanation of the basic evidentiary rules of modern criminal procedural law, connected with the application of modern and scientific method-based means of crime suppression in the legal environment of a modern legal state, i.e. the state characterized by the rule of law.

Key words: criminal law, constitutional law, sustainability of law, principle of legality, principle of guilt, fair criminal procedure

Literatura

- Aleksić Ž., *Naučno otkrivanje zločina* (sabrana dela), Glosarijum, Beograd, 1996.
Aleksić Ž. i Škulić M., *Kriminalistika*, 10. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
Ambos K., *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, Verlag „C. H. Beck“, München, 2006.

- Ashworth A., *Principles of Criminal Law*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford – New York, 1999.
- Bajović V., *Sporazum o priznanju krivice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009.
- Bayer V., *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga druga – Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Školska knjiga, Zagreb, 1972.
- Bernstoff von C. G., *Einführung in das englische Recht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000.
- Beulke W., *Strafprozeßrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000.
- Bonnie R. J., Coughlin A. M., Jeffries J. C. Jr., W. Low P. W., *Criminal Law*, The Foundation Press, Westbury – New York, 1997.
- Cassese A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- Gropengießer H. i Kreicher H. „Landesbericht Deutschland“, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* (Hrsg. Eser A. und Kreicker H.), Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 2003.
- Findlay M., „Internationalised Criminal Trial and Access to Justice“, *International Criminal Law Review*, No. 3/2002, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2002.
- Hagan F. E., *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*, 6th Edition, Sage Publications, Thousand Oaks, California, 2008.
- Hall D., *Criminal Law and Procedure*, Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers, New York, 1992.
- Hay P., *US-Amerikanisches Recht*, Verlag „C. H. Beck“, München, 2000.
- Hübner U., Constantinesco V., *Einführung in das französische Recht*, Verlag „C. H. Beck“, München, 2001.
- Jeschek H. H., Weigend T., *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Fünfte vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Kerameus K., Kozyris J., *Introduction to Greek Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1993.
- Lukaschewski M., *Die Geschichte der Kriminalistik – Kriminalistike in Theorie und Praxis*, Antheum Verlag, Frankfurt am Mein, 2020.
- Lyall F., *An Introduction to British law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000.
- Marty M. D., Spencer J. R., *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge – New York, 2002.
- Nolan J. R., *Massachusetts Practice – Criminal Law*, West Publishing CO, St. Paul, Minn., 1976.
- Oda H., *Japanese Law*, Oxford University Press, London, 1999.

- Roxin C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I., – *Grundlagen Aufbau der Verbrechenlehre*, 3. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997.
- Roxin C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, Verlag „C. H. Beck“, München, 2006.
- Roxin C., Greco L., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band I – Grundlage – Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5. Auflage, Verlag „C. H. Beck“, München, 2020.
- Satzger H., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- Singer R. G., La Fond J. Q., *Criminal Law – Examples and Explanations*, Aspen Law & Business, New York, 1997.
- Stojanović Z., *Krivično pravo*, CID, Podgorica, 2008.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, 9. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2019.
- Stojanović Z., *Krivično pravo – opšti deo*, dvadeset sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Shapira A., DeWitt-Arar K., *Introduction to the Law of Israel*, Kluwer Law International, Boston, 1994.
- Sheb J. M., Sheb J. M. Jr., *Criminal Law and Procedure*, Wadsworth, Belmont, CA, 2011.
- Škulić M., Bugarski T., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2015.
- Škulić M., „Objektivna odgovornost u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih država“, zajednički broj – *Revija za kriminologiju i krivično pravo i Crimen – časopis za krivične nauke*, Srpsko udruženje za krivičniopravnu teoriju i praksu i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2016.
- Škulić M., „Mere bezbednosti i načelo krivice u krivičnom zakonodavstvu Srbije“, Međunarodna konferencija OEBS-a, Beograd, 2017.
- Škulić M., „Uloga Ustavnog suda u krivičnompravnom sistemu pravnog sistema Republike Srbije“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 2, 2018.
- Škulić M., *Krivično procesno pravo*, 12. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Škulić M., *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022.
- Škulić M., *Međunarodno krivično pravo – Prostorno važenje krivičnog prava, Krivično pravo međunarodnog porekla, Međunarodna krivičnopravna pomoć, Začeci krivičnog prava EU*, Službeni glasnik, Beograd, 2022.
- Škulić M., *Kriminalistika*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022.
- Triffterer O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2nd Edition, Beck/Hart, De Hague, 2008.
- Vasiljević T., Grubač M., *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, drugo izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1982.

Vasiljević T., *Sistem krivičnog procesnog prava*, Savremena administracija, Beograd, 1986.

Vuković I., *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.

Wessels J., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und ihr Aufbau*, 26. neubearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

VANJA BAJOVIĆ

NEPOSREDNA PRIMENA MEĐUNARODNIH UGOVORA I OPŠTEPRIHVACENIH PRAVILA MEĐUNARODNOG PRAVA U KRIVIČNOM POSTUPKU

U radu se razmatra problematika direktne implementacije međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava u pravnom poretku Republike Srbije, sa akcentom na njihovoj primeni u krivičnom postupku. Polazne teze su da direktna primena ovih izvora nije uvek ni moguća ni poželjna, kako zbog nedovoljno jasnih i uopštenih pravila međunarodnih ugovora i njihove međusobne neusklađenosti, tako i usled različitih i neujednačenih tumačenja kako pojma tako i sadržine opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava. Prvi deo rada bavi se neposrednom primenom potvrđenih međunarodnih ugovora, razlikom neposredno primenjivih (samoizvršnih) međunarodnih ugovora i onih koji zahtevaju zakonodavnu intervenciju (nesamoizvršni), lošim zvaničnim prevodom pojedinih ugovora kao i njihovom međusobnom neusklađenošću u pojedinim slučajevima, dok je drugi deo rada posvećen opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i njihovim tumačenjem u praksi međunarodnih krivičnih tribunala za bivšu Jugoslaviju i Ruandu.

Ključne reči: Ustav RS, potvrđeni međunarodni ugovori, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, krivični postupak

U V O D

Član 16 Ustava RS predviđa da spoljna politika RS počiva na opštepriznatim principima i pravilima međunarodnog prava kao i da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka

Dr Vanja Bajović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: bajovic@ius.bg.ac.rs. Rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije – Pravosuđe i izazovi današnjice“, Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Ustav dalje obavezuje sudiju da sudi na osnovu Ustava, potvrđenih međunarodnih ugovora, zakona, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i drugih opštih akata donetih u skladu sa zakonom (čl. 144, st. 1). Hijerarhijski posmatrano, ustavotvorac međunarodne ugovore i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava stavlja ispred zakona, propisujući da zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava (čl. 194, st. 5 Ustava RS). Do usvajanja amandmana na Ustav iz 2021. godine ovaj monistički pristup nije bio ostvariv u potpunosti uprkos ustavotvornoj zamisli, imajući u vidu da je čl. 145, st. 2 Ustava obavezivao sudiju da sudske odluke zasniva na Ustavu, zakonu, potvrđenim međunarodnim ugovorima i propisu donetom na osnovu zakona, izostavljajući opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava iz ove klasifikacije.¹ Aktom o promeni Ustava RS², otklonjena je ova „formalna“ prepreka u pogledu neposredne primene ne samo međunarodnih ugovora već i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava, ali suštinski problemi ostaju i posebno su izraženi u krivičnopravnoj materiji.

NEPOSREDNA PRIMENA POTVRĐENIH MEĐUNARODNIH UGOVORA

Ustav RS govori o neposrednoj primeni *potvrđenih* međunarodnih ugovora, odnosno onih ugovora koje je Srbija zvanično ratifikovala u skladu sa zakonom o ratifikaciji. Sam zakon o ratifikaciji ima dvostruku ulogu. Prva je da se njime izražava saglasnost na obavezivanje ugovorom na međunarodnom planu, u smislu Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. godine,³ a druga je unošenje međunarodnog ugovora u unutrašnji pravni poredak bez potrebe usvajanja posebnog implementirajućeg zakonodavstva, osim ako sam međunarodni ugovor ne traži donošenje posebnih propisa.⁴ Prema tome, prvi korak je provera da li je određeni ugovor

¹ Prema ovoj odredbi, sudija dakle nije mogao da se u svojoj odluci pozove na opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, iako je čl. 16 Ustava predviđao njihovu direktnu primenu. O tome: Milan Škulić, „Neposredna primena međunarodnog krivičnog prava u Srbiji“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, br. 5(10), Zenica, 2012, 73–100.

² *Službeni glasnik RS*, br. 115/21.

³ Bečka konvencija o pravu ugovora, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 30/72.

⁴ Sanja Đajić, „Primena međunarodnog prava u pravnom poretku Republike Srbije: načela i praksa“, *Basis Concepts of Public International Law – Monism & Dualism* (ur. Marko Novaković), Begrade 2013, 485–486.

objavljen u *Službenom glasniku*, te ako nije objavljen sud odbija njegovu primenu po tom osnovu. Neratifikovani međunarodni ugovori nemaju obavezujući pravnu snagu i njihova primena je neustavna.⁵ Shodno tome, za neposrednu primenu je relevantna potvrđena, odnosno zakonom ratifikovana verzija međunarodnog ugovora.

Potvrđeni međunarodni ugovori i načelo zakonitosti

Postoji izvesna tenzija između čl. 16(2) i čl. 34 (2) Ustava RS jer dok čl. 16 (2) zahteva neposrednu primenu međunarodnog ugovora, čl. 34 (2) predviđa da se krivična dela i kazne određuju isključivo zakonom. Očigledna je namera ustavotvorca da se u krivičnom pravu zadrži načelo zakonitosti i isključi neposredna primena međunarodnih ugovora u pogledu pozivanja na određena krivična dela i kazne eventualno propisane međunarodnim ugovorima (što je na nivou izuzetka u ovim aktima), s tim da čl. 16(2) treba tumačiti tako da država svojim nacionalnim pravom ne sme da liši lica na svojoj teritoriji višeg standarda zaštite ljudskih prava.⁶ To bi između ostalog podrazumevalo da se na nacionalnom nivou ne smeju propisati teže kazne od onih propisanih potvrđenim međunarodnim ugovorom, jer bi to značilo lošiji položaj pojedinca, u ovom slučaju okrivljenog, na nacionalnom nego na međunarodnom nivou.

Statut Međunarodnog krivičnog suda (Rimski statut) je ratifikovan odnosno potvrđen Zakonom o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda.⁷ Član 77(1)(a) ovog zakona predviđa da se pred ovim sudom, kao najteža kazna za krivična dela iz njegove nadležnosti (genocid, zločin protiv čovečnosti, ratni zločini, agresija) može izreći kazna od 30 dana zatvora?! Reč je o lošem prevodu koji je postao sastavni deo ratifikovane verzije ovog ugovora, pa se umesto 30 godina zatvora u našoj potvrđenoj verziji može izreći 30 dana zatvora. Da paradoks bude veći i krivični zakonik bi trebalo izmeniti u skladu sa tim, imajući u vidu ustavnu odredbu po kojoj zakoni i drugi opšti akti ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava (čl. 194, st. 5 Ustava), a „dosetljivi“ okrivljeni bi se mogao pozvati na ovu odredbu insistirajući na tome da mu se pred nacionalnim sudom ne može izreći teža kazna za ova krivična dela, budući da se dostignuti nivo prava garantovanih potvrđenim međunarodnim ugovorima ne može smanjivati u unutrašnjem poretku.

⁵ S. Đajić navodi primer pogrešne primene modela ugovora o distribuciji od strane Višeg trgovinskog suda u Beogradu. S. Đajić, op. cit., 492–493.

⁶ Tako i: Rodoljub Etinski, „Neposredna primena međunarodnih ugovora u pravnom poretku Republike Srbije“, *Basis Concepts of Public International Law- Monism & Dualism* (ur. Marko Novaković), Belgrade, 2013, 753.

⁷ *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 5/2001.

Pored ovog hipotetičkog primera, u praksi su zamislive i daleko realnije situacije. Tako, kada bi Međunarodni krivični sud tražio od Srbije da dozvoli tranzit okrivljenog preko njene teritorije, moglo bi da dođe do međunarodnog skandala i „bruke“ neslućenih razmera jer bi naši sudovi između ostalog od ovog suda zahtevali da dostavi „Kratak opis činjeničnog stanja *presude* i pravnu ocenu“ (čl. 89, st. 3, tač. b (ii) Zakona o potvrđivanju RS), što bi bilo nemoguće jer protiv okrivljenog presuda po logici stvari još uvek ne postoji (MKS ne dozvoljava suđenje u odsustvu okrivljenog), već bi zapravo trebalo tražiti da se dostavi „kratak činjenični opis dela i njegova pravna kvalifikaciju“ (*A brief statement of the facts of the case and their legal characterization*). Jasno je da se ovde radi o apsurdno lošem zvaničnom prevodu Rimskog statuta, u kome se recimo *charge* (optužnica) prevodi kao zahtev za sprovođenje istrage, *trial* (suđenje) kao sud, *the presiding judge* (predsednik veća) kao predsedništvo i tome slično,⁸ ali Ustav govori o primeni *potvrđenih* međunarodnih ugovora, što znači da za neposrednu primenu od strane suda nije relevantna originalna verzija već ona koja je potvrđena našim zakonom o potvrđivanju. Pored toga, sudija nije dužan da zna engleski ili francuski kako bi međunarodne konvencije čitao i tumačio u originalu, već je dužan da ih primenjuje u skladu sa njihovom ratifikovanom verzijom.

Čak i pod pretpostavkom „savršenog prevoda“ međunarodnih konvencija, njihova neposredna primena često nije moguća, što zbog preterano širokih i nepreciznih odredbi, tako i zbog nedostataka mehanizama za njihovu direktnu implementaciju. Većina međunarodnih konvencija samo sadrži načelne obaveze za države potpisnice da preuzmu određene mere na nacionalnom nivou, u smislu inkriminisanja određenih ponašanja, formiranja određenih tela i sl., jer su odredbe konvencija uopštene, neprecizne i kao takve neadekvatne za neposrednu primenu.

Samoizvršni i nesamoizvršni ugovori

Neposredna primena međunarodnih ugovora podrazumeva da fizička i pravna lica stiču neka prava ili neke obaveze neposredno na osnovu propisa međunarodnog ugovora,⁹ odnosno fizička i pravna lica imaju mogućnost da se pred sudovima neposredno pozovu na međunarodni ugovor radi ostvarivanja svojih prava garantovanih tim ugovorom.¹⁰

⁸ O tome: Vanja Bajović, „Izgubljeni u prevodu – greške u zvaničnom prevodu Rimskog Statuta“, *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, 238–254.

⁹ R. Etinski, op. cit., 731,732.

¹⁰ S. Đajić, op. cit., 487.

Ustav RS ne pravi razliku između različitih tipova međunarodnih ugovora, predviđajući u svim slučajevima njihovu neposrednu primenu i hijerarhijski ih postavljajući iznad zakona i drugih opštih akata. Pravna teorija sa druge strane pravi razliku između neposredno primenjivih ili samoizvršnih ugovora (eng. *Self-executive treaties*) i onih drugih čija primena odnosno implementacija u unutrašnji pravni poredak zahteva određenu zakonodavnu aktivnost (eng. *Non-self Executing Treaties*).

Doktrina samoizvršnih ugovora potiče iz američkog prava ali je prihvataju mnoge države i podrazumeva da države same biraju način za izvršenje obaveza preduzetih međunarodnim ugovorom, obično kroz zakonodavne okvire, odnosno kroz donošenje novih ili izmenu postojećih zakona.¹¹ Analizirajući austrijsko, francusko, italijansko i nemačko rešenje, Etinski zaključuje da ni u jednoj od ovih država ne postoji automatska neposredna primena propisa međunarodnih ugovora, već se primenjuje kauzističko načelo, odnosno analiziraju se konkretni ugovori da bi se ustanovilo da li ispunjavaju uslove za neposrednu primenu.¹² U SAD se pravi razlika između međunarodnih ugovora koje je moguće primeniti neposredno, bez ikakve zakonodavne intervencije (*Self-executive Treaties*) i onih koji zbog nedovoljno preciznih odredaba nisu neposredno primenjivi jer predstavljaju samo „načelna obećanja da će se države potpisnice pridržavati njihovih odredbi“, ali je njihovo konkretno sprovođenje neophodno urediti zakonom (tzv. *Non-self Executing Treaties*).¹³ I Nemačka pravi razliku između samoizvršnih i nesamoizvršnih ugovora, pa tako nemački sudovi smatraju da ugovor nije samoizvršan ako sam ugovor izričito isključuje svoju neposrednu primenu ili ako ne određuje organe nadležne za njegovo izvršenje.¹⁴ Po mišljenju Ustavnog suda Austrije, ugovor nije samoizvršan ako se analizom ugovora i domaćeg prava ne može saznati koji državni organ treba da izvrši ugovor, ko je adresat ugovornog propisa ili na koji način treba izvršiti prava koja proističu iz ugovora.¹⁵

Pod samoizvršnim ugovorima razumevaju se međunarodni ugovori za čije izvršavanje u unutrašnjem pravnom poretku nisu potrebni domaći propisi kojima se sadržaj ugovora prenosi u unutrašnje pravo. Subjekti u unutrašnjem pravnom

¹¹ Ward N. Ferdinandusse, *Direct application of international criminal law in national courts*, T.M.C. Asser Press, 2005, 144.

¹² R. Etinski, op. cit., 738–743. Isti autor zaključuje „Činjenica da je pitanje neposredne primene međunarodnih ugovora ostavljeno u celosti ili delimično na rešavanje nacionalnim sudovima znači postojanje izvesne mogućnosti za fleksibilnost, prilagodljivost pravnom i socijalnom razvoju u traženju odgovora na to pitanje, dakle znači postojanje mogućnosti sudske evolucije.“ R. Etinski, op. cit., 743.

¹³ Stephen I. Vladeck, „Non-Self-Executing Treaties and the Suspension Clause After St. Cyr“, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 8, 2004, 2007–2014.

¹⁴ Hans-Peter Folz, „Germany“, *International Law and Domestic Legal Systems* (ed. D. Shelton), Oxford University Press, 2011, 243.

¹⁵ Elisabeth Handl-Patz, „Austria“, *Ibid.*, 31.

poretku pozivaju se neposredno na ugovor kao osnov sticanja prava ili obaveza i nacionalni sudovi ili drugi organi primenjuju propise ugovora neposredno.¹⁶ U tom smislu, Etinski naglašava da ne mogu svi potvrđeni međunarodni ugovori da budu neposredno primenjivi jer međunarodni ugovori, odnosno propisi međunarodnih ugovora treba da imaju izvesne pravno-tehničke kvalitete koji omogućavaju njihovu neposrednu primenu.¹⁷ U pravno-tehničkom smislu, odredbe međunarodnog ugovora moraju da budu dovoljno jasne i precizne, da bi se na osnovu njega mogle odrediti prava i obaveze privatnopravnih subjekata.¹⁸ Isti autor dalje navodi da čak i kada su propisi međunarodnog ugovora podobni u pravno-tehničkom smislu za neposrednu primenu, postoje izvesni razlozi koji se u nekim situacijama protive neposrednoj primeni.¹⁹ Tako recimo propisi međunarodnih ugovora iz oblasti međunarodnog krivičnog prava nisu uglavnom podobni za neposrednu primenu zbog svoje nepotpunosti, zbog toga što njima nije propisana krivičnopravna sankcija.²⁰ Slično tome i S. Đajić naglašava da „iako domaći pravni sistem zastupa monistički princip i tehniku adopcije, to još uvek ne znači da su svi međunarodni ugovori jednako neposredno primenjivi. Postoje ugovori sa odredbama koje se zbog svoje formulacije, prirode obaveze koje nameće državama, ne mogu neposredno primeniti.“²¹

Ne postoji saglasnost u pogledu toga šta čini jedan međunarodni ugovor neposredno primenjivim, odnosno samoizvršnim, ali po široko prihvaćenom mišljenju ugovor se ne može primenjivati neposredno ako njegove odredbe nisu dovoljno precizne da bi nacionalni sudovi samo na osnovu njih mogli odlučivati, odnosno kada njegovo izvršenje zahteva akciju zakonodavca.²² Dok bi primera radi bilatelan- ni ekstradicioni ugovori pripadali kategoriji samoizvršnih ugovora, UN Konvencija protiv torture spada u kategoriju ugovora čija neposredna primena nije moguća.²³ Tako ova konvencija nalaže državama potpisnicima da odbije ekstradiciju lica kome u državi molilji preti opasnost od torture (čl. 3), ali ne precizira da li zahtev po ovom osnovu treba da odbije sud, izvršna vlast ili neki treći organ, ostavljajući državama potpisnicima da ta pitanja detaljnije regulišu svojim unutrašnjim zakonodavstvom.

¹⁶ R. Etinski, op. cit., 731.

¹⁷ R. Etinski, op. cit., 730.

¹⁸ R. Etinski, op. cit., 756.

¹⁹ R. Etinski, op. cit., 730.

²⁰ R. Etinski, op. cit., 756.

²¹ S. Đajić, op. cit., 486.

²² W. N. Ferdinandusse, op. cit., 144.

²³ Nitisha Baronia, „Reviewing Extraditions to Torture“, *Stanford Law Review*, Vol. 73, 2021, 1237.

Zbog toga se u teoriji osnovano ističe da Ustav samo generalno daje ovlašćenje za neposrednu primenu međunarodnih ugovora, ali da to ne čini svaki međunarodni ugovor neposredno primenjivim, te da sud u svakom konkretnom slučaju treba da istraži mogućnost neposredne primene potvrđenog međunarodnog ugovora u kontekstu prava Republike Srbije.²⁴

„Sukob“ potvrđenih međunarodnih ugovora

Može se desiti da potvrđeni međunarodni ugovori državama potpisnicama nalažu različite, međusobno protivurečne obaveze. Do ovoga vrlo lako može doći u postupcima ekstradicije jer dok bilateralni ili multilateralni ekstradicioni ugovor nalažu izručenje između država potpisnica, Konvencija protiv torture ili Konvencija o statusu izbeglica mogu nalagati suprotno. Tako ako država članica Saveta Evrope i potpisnica Evropske konvencije o ekstradiciji od Srbije traži izručenje njenog državljanina, a Srbija smatra da licu u toj državi preti opasnost od torture, dolazimo u situaciju da će jedan međunarodni ugovor biti prekršen (Konvencija Saveta Evrope o ekstradiciji) da bi drugi bio ispoštovan (Konvencija UN protiv torture) ili obrnuto.

Čak su i međunarodne Konvencije donete u okviru iste organizacije neretko neusklađene i uzajamno protivurečne. Tako Konvencija UN protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci članom 6. obavezuje potpisnice na ekstradiciju za sva krivična dela obuhvaćena Konvencijom čak i u odsustvu ekstradicionog sporazuma dve države, propisujući da će se „ova konvencija smatrati pravom osnovom za ekstradiciju“ (čl. 6 st. 3). Obaveza izručenja za koruptivna krivična dela takođe je propisana članom 44 Konvencije UN protiv korupcije. Shodno tome može se postaviti pitanje može li Srbija odbiti da Kolumbiji izruči njenog državljanina osuđenog za trgovinu opojnim drogama ili podmićivanje javnih funkcionera, na šta bi bila obavezna prema ovim konvencijama, ako mu u toj državi preti opasnost od torture, pa bi je na izručenje sprečavala Konvencija UN protiv torture? Drugim rečima, po kom osnovu sud da odluči kojoj od ovih konvencija da da prednost?

Ustav RS ne daje odgovor na to pitanje, propisujući samo da potvrđeni međunarodni ugovori ne smeju biti u suprotnosti sa Ustavom, a zakoni i drugi opšti akti ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava (čl. 194, st. 4. i 5 Ustava RS).

Autori Konvencije UN protiv torture bili su svesni ovog problema, pa su sugerisali da bi nakon ratifikacije ove Konvencije države potpisnice trebalo da se uzdrže od postupaka i preuzimanja obaveza koji su joj suprotni, te da ne bi trebalo da zaključuju ekstradicione ugovore sa državama u kojima je tortura rasprostranjena.

²⁴ R. Etinski, op. cit., 743–744.

U pogledu ranije zaključenih ekstradicionih ugovora države potpisnice imaju na raspolaganju mogućnost da ih ne primenjuju dajući prednost članu 3 Konvencije, ali moguće je i da država prilikom ratifikacije Konvencije o torturi stavi rezerve na član 3 Konvencije.²⁵ Shodno tome, ovi autori ostavljaju državama diskreciono pravo da odluče kojim će ugovorima u tom slučaju dati prednost, ne insistirajući na apsolutnoj prirodi zabrane propisane članom 3.

Drugi autori smatraju da prednost treba dati ugovorima koji se bave zaštitom ljudskih prava jer njihova jača pravna snaga proizilazi iz *ius cogens*, odnosno prirodnog prava, kao i činjenice da međunarodne konvencije koje se bave zaštitom ljudskih prava predstavljaju javni poredak (*ordre public*) međunarodne zajednice.²⁶

U našoj teoriji se, sa druge strane insistira na pravilu da dvostrani ugovor kao *lex specialis* uvek ima prednost u primeni nad višestranim ugovorom (*lex specialis derogat legi generali*),²⁷ što bi značilo da ekstradicioni ugovori imaju prednost nad Konvencijom UN protiv torture.

Po članu 30 Bečke konvencije o ugovornom pravu raniji ugovor se primenjuje samo ako su njegove odredbe saglasne sa odredbama kasnijeg ugovora, a ako nisu saglasne primenjuje se princip *lex posterior derogat legi prior*, odnosno primenjuju se odredbe kasnijeg ugovora, što bi primera radi značilo da Konvencija protiv torture ima prednost nad Evropskom konvencijom o ekstradiciji, ali da Konvencija protiv opojnih droga ima prednost nad Konvencijom protiv torture.

U literaturi se pominje i princip suprematije konvencija donetih u okviru UN nad ostalim ugovorima,²⁸ ali i ovo tumačenje nameće gore pomenuti problem neusklađenosti akata donetih u okviru ove organizacije. Primera radi dok Konvencija UN protiv torture zabranjuje ekstradiciju pojedinca državi u kojoj mu preti opasnost od torture, Konvencija UN protiv opojnih droga kao i Konvencija UN

²⁵ David Weissbrodt, I. Hortreiter, „The Principle of Non-Refoulment: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulment Provisions of Other International Human Rights Treaties“, *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 5, 1999, 8.

²⁶ John Dugard, Cristine Van den Wyngaert, „Reconciling Extradition with Human Rights“, *American Journal of International Law*, Vol. 92, 1998, 187, 195.

²⁷ Mihajlo Dika, Gašo Knežević, Srđan Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Nomos, Beograd, 1991, 14; Tibor Varadi, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2016, 78.

²⁸ Profesor Kalin smatra da prednost konvencija zaključenih u okviru UN ima svoje uporište u članu 103 Povelje UN koji predviđa suprematiju UN povelje nad ostalim ugovorima. Prema članu 55(3) i 56, države članice se obavezuju da poštuju ljudska prava i osnovne slobode. Svaki zahtev za ekstradiciju suprotan tome je samim tim suprotan i obavezama država shodno ovim članovima. Navedeno prema: D. Weissbrodt, I. Hortreiter, op. cit., 61.

protiv korupcije nalažu izručenje pojedinca za ova krivična dela, bez obzira na postojanje ekstradicionog ugovora. Tvrdnja da navedene konvencije nisu međusobno neusklađene odnosno da bi ekstradiciju i u ovim slučajevima trebalo odbiti ako licu preti opasnost od torture, iako to nije izričito pomenuto ovim kasnije donetim konvencijama, opet nameće pitanje zašto ove konvencije sadrže diskriminatornu klauzulu odnosno pravilo da se ekstradicija može odbiti ako licu preti progon po nekom diskriminatornom osnovu,²⁹ kad je ova klauzula već svakako sastavni deo Konvencije UN o statusu izbeglica? Ili je dakle tvorcima ovih konvencija opasnost od torture jednostavno promakla, ili im je namera bila da je namerno izostave kada se radi o krivičnim delima vezanim za opojne droge i korupciju.

Navedeno ukazuje da je, uprkos „dobroj nameri“ ustavotvoraca, neposredna primena potvrđenih međunarodnih ugovora, kao i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava za sud neretko „nemoguća misija“ posebno imajući u vidu da same međunarodne konvencije najčešće sadrže opšte principe oko kojih je postignut generalni konsenzus, a čija razrada i implementacija u unutrašnjem poretku zahteva njihovo zakonsko preciziranje i prilagođavanje konkretnom pravnom poretku.

Imajući to u vidu u našoj literaturi se opravdano navodi da je neposredna primena međunarodnog prava danas svojevrsna „hit tema“ koju rado prihvataju pojedini „međunarodni pravници“, ali koju veoma teško „vare“ klasični „krivičari“, koji smatraju da se kada je u pitanju krivično pravo u tom pogledu mora ispoljiti velika opreznost.³⁰ Ova opreznost je još izraženija kada se radi o opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.

OPŠTEPRIHVAĆENA PRAVILA MEĐUNARODNOG PRAVA

U teoriji ne postoji saglasnost u pogledu toga šta su to opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. Po jednom viđenju reč je o principima zajedničkim svim (ili većini) državama, koja su toliko široko prihvaćena da se ne mogu smatrati specifičnošću samo nacionalnog prava.³¹ Ovakvo tumačenje bi od sudije zahtevalo da uporedi zakone i sudsku praksu nekolicine država (po sopstvenom izboru)

²⁹ Tako čl. 44, st. 15 UN Konvencije protiv opojnih droga propisuje: „Nijedna odredba ove konvencije ne sme se tumačiti kao da nameće obavezu izručenja, ukoliko država ugovornica kojoj se upućuje zahtev ima razloga da osnovano smatra da je zahtev podnet u cilju krivičnog gonjenja ili kažnjavanja nekog lica na osnovu pola, rase, veroispovesti, nacionalnosti, etničkog porekla ili političkog ubeđenja ili da bi ispunjenje zahteva nanelo štetu tom licu iz bilo kojeg od navedenih razloga.“ Slično je propisano i čl. 44, st. 15 Konvencije UN protiv korupcije.

³⁰ M. Škulić, op.cit., 94–95.

³¹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, 19.

i da izvuče neke zajedničke karakteristike za konkretan slučaj. Drugi smatraju da je reč o principima i pravilima zasnovanim na međunarodnoj pravnoj svesti, prirodi međunarodne zajednice i prirodnom pravu,³² što bi drugim rečima značilo „na elementarnoj pravičnosti“ i od sudije bi zahtevalo da odluči u skladu sa tim svojim subjektivnim viđenjem pravičnosti u konkretnom slučaju. Kaseze pravi razliku između opštih načela međunarodnog (krivičnog) prava gde svrstava ona načela inherentna međunarodnom pravnom sistemu, koja se postupkom indukcije i uopštavanja mogu izvući iz ugovornih odredaba ili običajnih pravila (pretpostavka nevinosti, pravo na pravično suđenje i sl.) i opštih načela koja priznaje zajednica država a koja se mogu pronaći uporednim pregledom različitih pravnih sistema.³³

Međunarodni krivični tribunali su ih primenjivali u smislu upoređivanja nacionalnih zakonodavstava i prakse i pronalaženja „zajedničke konstante“, ali MKS odstupa od ovog viđenja praveći izričitu razliku između pravila i principa međunarodnog prava sa jedne i opštih principa koji proizilaze iz nacionalnih pravnih sistema sa druge strane.³⁴ Ni u okviru UN ne postoji opšteprihvaćena definicija i saglasnost u pogledu pojma i sadržine „opšteprihvaćenih načela međunarodnog prava“, pa je u okviru Komisije za međunarodno pravo UN poslednjih nekoliko godina intenziviran rad na tim pitanjima.³⁵

U starijoj literaturi je naglašavano da opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava ne mogu biti formalni izvor prava jer čak i u slučaju da sudija u konkretnom slučaju primeni neko od ovih pravila on ga primenjuje samo na konkretan slučaj ali ono time ne postaje deo međunarodnog prava.³⁶ Opšteprihvaćena pravila

³² Margaret deGuzman, „Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court“, *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, 2008, 1400, 707.

³³ Antonio Kaseze, *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005, 35–41.

³⁴ Rimski statut članom 21 reguliše izvore prave u postupku pred ovim sudom predviđajući, kao primaran izvor Rimski Statut, Elemente krivičnog dela i pravila o postupku i dokazima (čl. 21(1) (a), zatim supsidijarno međunarodne ugovore, principe i pravila međunarodnog prava (čl. 21(1)(b) i na kraju opšte pravne principe koji proizilaze iz unutrašnjih pravnih sistema uključujući i pravo države koja bi bila nadležna u konkretnom slučaju (čl. 21(1)(c).

³⁵ Na zasedanju iz 2018. godine Komisija za međunarodno pravo je u program rada uključila i temu „opštih pravnih principa“ i imenovala posebnog izvestioca za to pitanje. Prvi izveštaj od ove radne grupe podnet je godinu dana kasnije, a poslednji 2022. godine, ali još uvek nije postignuta saglasnost u pogledu određivanja i sadržine ovih principa, kao i njihovog odnosa sa drugim izvorima prava. V.: International Law Commission, *General Principles of Law*, dostupno na https://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml (15. 9. 2022).

³⁶ Anzilotti, Dionisio, *Corso di Diritto Internazionale*, 3rd ed., Atheneum, Roma, 1928, 107, navedeno prema: Fabian Raimondo, *General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals*, University of Amsterdam, 2007, 40–43.

međunarodnog prava su ušla na „velika vrata“ kao izvor prava nakon II svetskog rata, pod uticajem međunarodnih krivičnih sudova i tribunala i to iz praktičnih razloga. Kako su Statutima MKT mnoga pitanja bila neregulisana, tribunalni su odgovor tražili u zakonima i praksi nacionalnih država kako bi se izvukli neki „opšti, generalni koncepti zajednički svim velikim pravnim sistemima na svetu“.³⁷ Navodi ih i Statut Međunarodnog suda pravde kao jedan od izvora koje sud primenjuje kao „opšta pravna načela priznata od civilizovanih naroda“, različita od međunarodnih običaja, koji su opet poseban izvor (čl. 38 Statuta).

Međunarodni krivični tribunalni za bivšu Jugoslaviju i Ruandu su se u svojoj praksi često pozivali na opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, što ne treba da iznenađuje imajući u vidu da mnoga pitanja nisu bila regulisana Statutom i pravilnicima ovih tribunala.

Tako se, u prvom predmetu pred MKTJ postavilo pitanje da li je ovaj tribunal osnovan u skladu sa zakonom, budući da je osnovan od strane Saveta bezbednosti UN a da Povelja UN osnivanje sudova i tribunala ne stavlja u nadležnost UN. Odbrana se pozivala na instrumente koji se bave zaštitom ljudskih prava (Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i EKLJP) koji garantuju pravo na pravično suđenje od strane nezavisnog i nepristrasnog suda *osnovanog u skladu sa zakonom*. Žalbeno veće Tribunala je odbilo ovu argumentaciju pod obrazloženjem da je suđenje od strane suda osnovanog u skladu sa zakonom opšteprihvaćeni princip međunarodnog prava, ali da on nema isto značenje u unutrašnjem i na međunarodnom nivou, gde nema podele na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast, pa ne postoji ni zakonodavno telo koje bi osnovalo sud. Žalbeno veće je ovaj princip tumačilo u smislu da međunarodni sudovi ili tribunalni treba da obezbede sve garancije pravičnosti u skladu sa priznatim međunarodnim standardima za zaštitu ljudskih prava zaključujući da je MKTJ osnovan u skladu sa zakonom jer njegov Statut sadrži sve garancije za pravičnost postupka, nepristrasnost i nezavisnost sudija.³⁸ Ovo objašnjenje zvuči apsurdno, posebno u svetlu činjenice da je stalni Međunarodni krivični sud nekoliko godina kasnije osnovan međunarodnim ugovorom te mu zakonitost osnivanja niko nije osporavao. Pored toga i tzv. preki sudovi mogu *pro forme* sadržati sve garancije za pravičnost postupka, što ne znači da su osnovani u skladu sa zakonom, ali pozivanje na opšte principe međunarodnog prava daje osnova za najrazličitija tumačenja i obrazloženja kako bi se opravdale najrazličitije odluke.

³⁷ Prosecutor v. Furundžija, *Judgement*, Case No. IT-95-17/1-T, ICTY T. Ch. II, 10. December 1998., para. 178.

³⁸ Prosecutor v. Tadić, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Case No. IT-94-1-AR72, App. Ch., 2 October 1995, par. 41–45.

Pored toga u istom predmetu odbrana je tvrdila da je prekršen i princip *ne bis in idem*, jer je suđenje već počelo u Nemačkoj gde je okrivljeni lišen slobode i kasnije izručen Tribunalu. Pretresno veće je našlo da nije došlo do povrede ovog principa jer se on odnosi samo na zaštitu od ponovnog suđenja „u granicama iste države“, a ne sprečava ponovno suđenje za isto delo na teritoriji druge države.³⁹ Primena ovako prihvaćenog „opšteprihvaćenog pravila međunarodnog prava“ bi u našoj praksi podrazumevala da naši sudovi mogu da sude okrivljenima i za ona krivična dela za koja su već osuđeni u inostranstvu, imajući u vidu da po tumačenju Tribunala princip *ne bis in idem* zabranjuje ponovno suđenje samo u okviru iste jurisdikcije. Isto viđenje zastupljeno je i u američkoj jurisprudenciji.⁴⁰

Sporno je bilo i da li optuženi može biti krivično odgovoran za ubistvo pet civila iako nema dokaza da ih je on lično lišio života, odnosno da li jedno lice može krivično da odgovara za radnju koju je izvršilo drugo lice, ako oboje učestvuju u izvršenju „zajedničkog kriminalnog plana“. Žalbeno veće je dalo pozitivan odgovor, pozivajući se na pojam saučesništva kao oblika odgovornosti zajedničkog svim zakonodavstvima i nalazeći da ono potkrepljuje doktrinu udruženog zločinačkog poduhvata, odnosno da se ista može smatrati opšteprihvaćenim pravilom međunarodnog prava.⁴¹ S tim u vezi, u drugom predmetu je postavljeno pitanje da li doktrina udruženog zločinačkog poduhvata predstavlja kršenje principa zakonitosti imajući u vidu da ovaj oblik odgovornosti nije izričito propisan Statutom MKT. Žalbeno veće Tribunala je dalo negativan odgovor obrazlažući ga time da princip zakonitosti nalaže da krivično delo ili oblik odgovornosti koji se stavlja na teret optuženom bude *predvidljiv* i da pravo kojim je predviđen taj oblik odgovornosti bude dostupno. Žalbeno veće se pozvalo na odluke ESLJP u kojima je načelo zakonitosti tumačeno u kontekstu zahteva za predvidljivošću i dostupnošću propisa,⁴²

³⁹ Prosecutor v. Tadić, *Decision on the Defence Motion on the Principle of Non Bis in Idem*, Case No. IT-94-1-T, T. Ch. II, 14 November 1995, par. 9.

⁴⁰ U postupku *Heath v. Alabama*, 474 U.S.82 (1985) Vrhovni sud SAD-a potvrdio je presudu suda u Alabami kojom je licu koje je u jednoj državi osuđeno na kaznu doživotnog zatvora, u postupku za isto delo u drugoj državi izrečena smrtna kazna. Okrivljeni je angažovao dva lica da ubiju njegovu suprugu koja je bila u devetom mesecu trudnoće. Žrtva je kidnapovana u Alabami, a ubijena u Džordžiji. Okrivljeni je pred sudom u Džordžiji priznao krivicu i osuđen je na kaznu doživotnog zatvora, a kasnije je protiv njega pokrenut postupak i u Alabami i izrečena mu je smrtna kazna. Navedeno prema: Stephen A. Saltzburg, Daniel J. Capra, *American Criminal Procedure*, Seventh Edition, Thomson West Edition, Minnesota, US, 1571–1572.

⁴¹ Prosecutor v. Tadić, *Judgment*, Case No. IT-94-1-A, App. Ch., 15 July 1999, pars. 187–191.

⁴² Reč je o odlukama: *Kokkinakis v. Greece*, *Judgment*, 25 May 1993, Ser A 260-A (1993), pars 36, 40; *EV v. Turkey*, *Judgment*, 7 Feb 2002, par 52; *SW v. United Kingdom*, *Judgment*, 22 Nov 1995, Ser A 335-B (1995), pars 35–36; *CR v United Kingdom*, *Judgment*, 22 Nov 1995, Ser A 335-C (1995), par 34.

naglašavajući to da „ovim kriterijumima u međunarodnom pravu treba dati posebno značenje imajući u vidu nedostatak univerzalnog međunarodnog zakonodavca i činjenicu da međunarodno pravo nije sadržano u zakonima već u ugovorima, običajima i sudskim odlukama“.⁴³

U predmetu Erdemović optuženi je priznao izvršenje krivičnog dela, ali je istakao da je delo izvršio po naređenju pretpostavljenog i pod prinudom, no problem je bio u tome što Statut MKTJ nije precizirao uslove za primenu naređenja pretpostavljenog i prinude. Kako bi precizirao ove uslove, veće se pozvalo na nacionalne zakone i sudsku praksu, ali se ovoj odluci zamera da se navodi samo francusko pravo i sudska prakse,⁴⁴ te da su na osnovu toga izvedeni zaključci o opšteprihvaćenim pravnim pravilima.⁴⁵

U istom postupku sporno je bilo i koju kaznu izreći za zločin protiv čovečnosti jer Statut Tribunala uopšte nije predviđao kazne propisujući da će, „prilikom određivanja kazne zatvora pretresno veće imati u vidu opštu praksu izricanja zatvorskih kazni od strane sudova na teritoriji bivše Jugoslavije“ (čl. 24, st. 1 Statuta). Problem je bio što zločin protiv čovečnosti uopšte nije bio predviđen kao krivično delo po jugoslovenskom zakonodavstvu, pa se pretresno veće pozvalo na opšte principe zajedničke svim narodima da se „za zločin protiv čovečnosti u nacionalnim jurisdikcijama izriču najteže kazne, odnosno da postoji standard da je zločin protiv čovečnosti jedan od najtežih zločina za koji se izriče najteža kazna“.⁴⁶

Po mišljenju Tribunala načelo zakonitosti (*nullum crimen nulla poena sine lege*) jeste opšteprihvaćeno pravilo međunarodnog prava, ali ima drugačije, uže značenje od onoga koje mu naše pravo i druga evrokontinentalna zakonodavstva tradicionalno pridaju. U našoj teoriji se tradicionalno navodi da je ovo pravilo sačinjeno iz četiri komponente – *lex praevia* (zabrana retroaktivnosti), *lex certa* (zahtev za preciznošću krivičnopравnih odredbi), *lex scripta* (krivična dela mogu biti predviđena samo pisanim izvorom) i *lex stricta* (zabrana analogije). U anglosaksonskom pravu glavni izvor prava jesu sudske odluke, a ne pisani zakoni, pa se ne može primeniti princip *lex scripta*, a ni analogija nije isključena. Tribunal je stao na stanovište da kao opšteprihvaćen princip ovo pravilo sadrži samo prve dve komponente,

⁴³ Prosecutor v. Milutinović *et al.*, *Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise*, Case No. IT-99-37-AR72, App. Ch., 21 May 2003, § 34–41.

⁴⁴ Prosecutor v. Erdemović, *Sentencing Judgment*, Case No. IT-96-22-T, T. Ch. I, 29 November 1996, par. 19, footnote 13.

⁴⁵ F. Raimondo, *op. cit.*, 107.

⁴⁶ Prosecutor v. Erdemović, *Sentencing Judgment*, Case No. IT-96-22-T, T. Ch. I, 29 November 1996, par. 31.

odnosno da u međunarodnom krivičnom pravu nije zabranjena analogija i pozivanje na nepisane pravne izvore.⁴⁷

U vezi sa kažnjavanjem, nametnulo se i pitanje da li je pravilo da se uvek primenjuje zakon blaži za učinioca, opšteprihvaćeni princip međunarodnog prava? Za krivična dela koja su se okrivljenom stavljala na teret, KZ SFRJ je predviđao maksimalnu kaznu od 15 godina zatvora ili smrtnu kaznu, a kako MKTJ ne predviđa smrtnu kaznu, shodno ovom principu je proizilazilo da se okrivljenom u konkretnom slučaju u postupku pred Tribunalom može izreći najviše kazna od 15 godina zatvora. Tribunal je ustanovio da se pravilo primene blažeg zakona primenjuje u svim analiziranim jurisdikcijama,⁴⁸ kao i da je sadržano u instrumentima koji se bave zaštitom ljudskih prava,⁴⁹ ali je opet odbio njegovu primenu kao opšteprihvaćenog pravila pod obrazloženjem da se „ovaj princip primenjuje samo kada je krivično delo izvršeno na teritoriji u kojoj se i sudi i izriče kazna, ali ne i u slučajevima pred međunarodnim krivičnim sudom“?⁵⁰

Proizilazi da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava u praksi Tribunalala bila pogodno sredstvo da se obrazloži bilo kakva odluka, čak i ona koja je suprotna elementarnoj logici i pravičnosti. Tribunal je određena pravila prihvatao kao opšteprihvaćena kada je to odgovaralo potrebama konkretnog postupka (primera radi udruženi zločinački poduhvat kao oblik odgovornosti), druga nije usvajao uprkos činjenici da ih priznaju sva zakonodavstva i instrumenti koji se bave zaštitom ljudskih prava pod obrazloženjem da nisu primenjiva pred međunarodnim krivičnim sudom (princip primene zakona blažeg za učinioca), a pojedina je modifikovao i tumačio u skladu sa potrebama konkretnog slučaja (tumačenje načela *ne bis in idem* ili modifikovano tumačenje načela zakonitosti).

U teoriji se navodi da se opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava smatraju pomoćnim i supsidijarnim pravnim izvorom, u smislu da se sud na njih poziva samo kada neko pitanje nije regulisano pisanim izvorima.⁵¹ U tom smislu i Rimski statut predviđa da Međunarodni krivični sud primarno primenjuje Statut,

⁴⁷ Prosecutor v. Delalić *et al.*, *Judgment*, Case No. IT-96-21-T, T. Ch. II quater, 16 November 1998.

⁴⁸ Tribunal je u konkretnom slučaju analizirao zakone Švedske, Nemačke i Švajcarske.

⁴⁹ Član 15 MPGPP predviđa da niko ne može biti kažnjen težom sankcijom od one koja je bila predviđena u vreme izvršenja krivičnog dela, a u slučaju da se zakon naknadno izmeni primenjuje se kazna blaža za učinioca; čl. 7, st. 1 EKLJP predviđa da se „ne može izreći stroža kazna od one koja se mogla izreći u vreme kada je krivično delo izvršeno“.

⁵⁰ Prosecutor v. Nikolić, *Sentencing Judgment*, Case No. IT-94-2-S, T. Ch. II, 18 December 2003., pars. 157–165.

⁵¹ F. Raimondo, *op. cit.*, 46; A. Kaseze, *op. cit.*, 37.

Elemente krivičnog dela i Pravila o postupku i dokazima, a supsidijarno (na drugom mestu i kada je to odgovarajuće), međunarodne ugovore, principe i pravila međunarodnog prava, uključujući i ustanovljene principe međunarodnog prava oružanih sukoba (čl. 21, st. 1(a)(b)). Na ove sporedne izvore MKS se može pozvati samo ako postoji pravna praznina u primarnim izvorima, a ova praznina ne može biti popunjena kriterijumima tumačenja propisanim Bečkom konvencijom o ugovornom pravu i članom 21(3) Rimskog statuta.⁵² Naglašava se i da sudija nije dužan da se prilikom popunjavanja pravnih praznina pozove na ove supsidijarne izvore,⁵³ imajući u vidu da član 21(1)(b) predviđa pozivanje na njih „kada je to adekvatno“ (*when appropriate*) što ukazuje na to da sudija ima izvesnu diskreciju u pogledu njihovog korišćenja.⁵⁴

Suprotno tome, naš ustavotvorac opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava hijerarhijski postavlja iznad zakona, zahtevajući od sudija njihovu direktnu primenu, kao i usklađivanje zakona sa ovim pravilima. To bi recimo zahtevalo izmenu ili neprimenjivanje Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima koji zabranjuje izručenje lica kome je suđeno u Republici Srbiji ili koje je kaznu izdržalo (čl. 7, st. 1, tač. 2 ZMPPKS), imajući u vidu da načelo *ne bis in idem*, kao opšteprihvaćeni princip međunarodnog prava u tumačenju međunarodnih krivičnih tribunala, podrazumeva zabranu ponovnog suđenja za isto delo samo u okvirima jedne iste jurisdikcije. Isto tako, primena konstrukcije udruženog zločinačkog poduhvata kao opšteprihvaćenog pravila međunarodnog prava faktički omogućava da se osudi svako za koga se proceni da je imao „kriminalnu nameru“ ili je znao za „kriminalni plan“. Čak ni čl. 34 Ustava RS ne mora predstavljati prepreku u tom smislu, budući da se odnosi samo na zakonsko propisivanje krivičnih dela i kazni, a ne i na oblike odgovornosti i ostalih krivičnopravnih instituta.

Dodatni problem predstavlja činjenica da pojam opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava nije nedvosmisleno i jedinstveno definisan ni u pravnoj teoriji ni u međunarodnim pravnim aktima, pa se sa jedne strane mogu tumačiti kao opšti pravni principi koji proizilaze iz elementarne i univerzalne pravičnosti, što je

⁵² V. odluke MKS: Prosecutor v. Al Bashir, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 March 2009, para. 44. Prosecutor v. Ruto et al., ICC PT. Ch. I, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the ICC Statute*, 23 January 2012, para. 289.

⁵³ ICC, „Situation in the Democratic Republic of the Congo“, *Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's*, 31 March 2006, Decision Denying Leave to Appeal, AC, 13 July 2006, pars. 33–39.

⁵⁴ Mark Klamberg, *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, TOAEP, Brussels, 2017, 242–251.

uprkos prizvuku „univerzalnosti“ uvek subjektivna kategorija, a sa druge strane kao opšti principi zajednički pravnim sistemima širom sveta, što bi od suda zahtevalo da u svakom slučaju sprovodi posebnu komparativnu analizu određenih rešenja.

Na kraju, naš ustavotvorac opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava hijerarhijski postavlja iznad zakona, predviđajući da zakoni i drugi opšti akti ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava (čl. 194, st. 5 Ustava RS), što je suprotno pretežnom i prethodno navedenom viđenju ovih pravila kao pomoćnog i sporednog pravnog izvora koji služi popunjavanju pravnih praznina i tumačenju postojećih zakonskih odredbi (čl. 21 Rimskog statuta MKS).

ZAKLJUČAK

U pozadini monističke ideje za neposrednom primenom međunarodnog prava oličenog u međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim načelima leži plemenita ideja zaštite pojedinca i njegovih prava koja ne bi trebalo da imaju samo nacionalnu, već i univerzalnu konotaciju i zaštitu. Ipak, kako na međunarodnom planu još uvek ne postoje jedinstveni „međunarodni“ sudovi kojima se pojedinac može direktno obraćati (sa izuzetkom onih regionalnih poput ESLJP), ova zaštita je u primarnim rukama nacionalnih sudova i sudija. Od sudije se više ne očekuje samo „tumačenje i primena zakona“ već i neposredna primena Ustava, potvrđenih međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava. Tako se pojedinac koji je nezakonito otpušten, ima nezadovoljavajuće uslove rada ili nije raspoređen na radno mesto za koje smatra da mu pripada može neposredno pozvati na čl. 60 Ustava RS koje mu garantuje pravo na rad, onaj ko dugo čeka na zakazivanje kod lekara ili na određenu medicinsku intervenciju ima mogućnost da se neposredno pozove na čl. 68 Ustava koji mu garantuje pravo na zdravstvenu zaštitu, a ono što je posebno aktuelno danas, svako ko je nezadovoljan kvalitetom vazduha, izgradnjom mini hidroelektrana ili drugim ekološki spornim projektima ima mogućnost da tuži Republiku Srbiju, neposredno se pozivajući na čl. 74 Ustava koji mu garantuje pravo na zdravu životnu sredinu.

Ustav isto tako omogućava pojedincima i neposredno pozivanje na potvrđene međunarodne konvencije i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, obavezujući sudiju da im da prednost u odnosu na zakon, pa tako lice optuženo za ratni zločin može insistirati na kazni od 30 dana zatvora, kako glasi maksimalna zadržavajuća kazna u potvrđenoj „domaćoj“ verziji Rimskog statuta, pozivajući se na opšteprihvaćeno pravilo da njegov položaj ne može da bude gori u nacionalnom nego u međunarodnom pravu?! Pored toga, za razliku od mnogih drugih sistema naš

ustavotvorac ne pravi razliku između onih međunarodnih ugovora koji su direktno primenjivi i onih drugih koji to nisu, pa bi recimo direktna primena Konvencije UN protiv torture nametnula pitanje ko odbija ekstradiciju pojedinca ako mu u stranoj državi preta opasnost od torture, da li je to sud ili ministar za pravosuđe? U ekstradicionom postupku sudija može biti suočen i sa dilemom kom od potvrđenih ugovora dati prednost, da li ugovoru o ekstradiciji ili Konvenciji UN protiv torture, koja *de facto* može sprečiti svako izručenje SAD i primenu ekstradicionog ugovora sa ovom državom, budući da se drastično visoke kazne propisane američkim pravom iz naše vizure mogu smatrati „nečovečnim“.

Pozivanje na opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava je još teže imajući u vidu da ni na međunarodnom nivou ne postoji saglasnost u pogledu pojma ovih pravila, pa bi tako jedno tumačenje zahtevalo od sudije da radi komparativnu analizu određenog pravila ne bi li našao zajedničke, svuda prihvaćene konstante, dok bi drugo tumačenje nalagalo sudiji da presudi u skladu sa shvatanjem „univerzalne pravičnosti“ koja bi se na kraju svela na subjektivnu pravičnost, a sudbina pojedinca bi presudno zavisila od toga kom sudiji „zapadne“ njegov predmet. Na kraju, polazeći od toga da je „put do pakla popločen dobrim namerama“, stiče se utisak da dobre i plemenite ideje neposredne primene međunarodnog prava, na unutrašnjem planu mogu voditi u „pakao“ pravne nesigurnosti i proizvoljnosti.

Dr. VANJA BAJOVIĆ
Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

DIRECT IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL TREATIES
AND GENERALLY ACCEPTED RULES OF INTERNATIONAL LAW
IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

The paper discusses the problems of direct implementation of international treaties and generally accepted rules of international law in the Serbian legal system, with an emphasis on their application in criminal proceedings. Serbian Constitution stipulates that generally accepted rules of international law and ratified international treaties are an integral part of the legal system in the Republic of Serbia and are applied directly. The Constitution further obliges a judge to base the decisions on the basis of the Constitution, ratifies international treaties, laws, generally accepted rules of international law and other general acts enacted in accordance with the law. Hierarchically observed, international treaties and generally accepted rules of international law were put ahead of the domestic laws, since according to Constitution, the laws and other general acts enacted in the Republic of Serbia must not contravene ratified international treaties and generally accepted rules of international law.

The starting thesis of this paper is that the direct application of these „international“ sources is not always possible or desirable, which is due to the insufficiently clear and general rules of international treaties and their mutual dissent, as well as due to different and uneven interpretations of the concept and the content of the generally accepted rules of international law. The first part of the paper deals with the direct implementation of ratified international treaties, the difference between directly applicable (self-executive) treaties and those requiring legislative intervention (non-self-executive treaties), poor official translation of certain treaties and their mutual non-compliance in certain cases, while the second part is devoted to the generally accepted rules of international law and their interpretation in the ICTY case-law.

Key words: Serbian Constitution, confirmed international treaties, generally accepted rules of international law, criminal proceedings

Literatura

- Bajović V., „Izgubljeni u prevodu – greške u zvaničnom prevodu Rimskog Statuta“, *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011.
- Baronia N., „Reviewing Extraditions to Torture“, *Stanford Law Review*, Vol. 73, 2021.
- Brownlie I., *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2008.
- DeGuzman M., „Gravity and the Legitimacy of the International Criminal Court“, *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, 2008.
- Dika M., Knežević G., Stojanović S., *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Nomos, Beograd, 1991.
- Dugard J., Van den Wyngaert C., „Reconciling Extradition with Human Rights“, *American Journal of International Law*, Vol. 92, 1998.
- Đajić S., „Primena međunarodnog prava u pravnom poretku Republike Srbije: načela i praksa“, *Basis Concepts of Public International Law- Monism & Dualism*, (ur. Marko Novaković), Belgrade, 2013.
- Etinski R., „Neposredna primena međunarodnih ugovora u pravnom poretku Republike Srbije“, *Basis Concepts of Public International Law – Monism & Dualism*, (ur. Marko Novaković), Belgrade, 2013.
- Ferdinandusse W. N., *Direct application of international criminal law in national courts*, T.M.C. Asser Press, 2005.
- Folz H-P., „Germany“, *International Law and Domestic Legal Systems* (ed. D. Shelton), Oxford University Press, 2011.
- Handl-Patz E., „Austria“, *International Law and Domestic Legal Systems* (ed. D. Shelton), Oxford University Press, 2011.
- International Law Commission, *General Principles of Law*, https://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml
- Kaseze A., *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005.
- Klamberg M., *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, TOAEP, Brussels, 2017.

- Raimondo F., *General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals*, University of Amsterdam, 2007.
- Saltzburg S. A., Capra D. J., *American Criminal Procedure*, Seventh Edition, Thomson West Edition, Minnesota, US, 2004.
- Škulić M., „Neposredna primena međunarodnog krivičnog prava u Srbiji“, *ANALI Pravnog fakulteta u Zenici*, br. 5(10), 2012.
- Varadi T., Bordaš B., Knežević G., Pavić V., *Međunarodno privatno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2016.
- Vladeck S. I., „Non-Self-Executing Treaties and the Suspension Clause After St. Cyr“, *The Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 8, 2004.
- Weissbrodt D., Hortreiter I., „The Principle of Non-Refoulment: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulment Provisions of Other International Human Rights Treaties“, *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 5, 1999.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MIODRAG N. SIMOVIĆ
MILE ŠIKMAN

DECADE OF THE ISTANBUL CONVENTION - PRACTICE AND APPLICATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, better known as the Istanbul Convention, has been in force in Bosnia and Herzegovina for more than a decade since its adoption. Another question that arises is what are the effects of its use? More specifically, to what extent the incriminations introduced into criminal legislation achieved their purpose, expressed in the effects of general and special prevention, to what extent the protection of victims of domestic violence was achieved by urgent measures and protection measures prescribed by special laws, and finally, how effective were investigations into criminal offenses of gender-based violence in terms of their effectiveness and the type of criminal sanction imposed? Certain answers to the questions asked are the subject matter of this paper, which should show where the criminal substantive and procedural legislation in Bosnia and Herzegovina is today in relation to the provisions of the Istanbul Convention. This is important from the aspect of identifying and eliminating obstacles in the implementation of convention standards, all with the aim of achieving the highest possible level of a society free of gender-based violence.

Key words: *Istanbul Convention, investigation, prosecution, protective measures, criminal law*

Academician Prof. Dr. Miodrag N. Simović, Vice-president of the Constitutional Court of BiH, Full professor, Faculty of Law, University of Bihać, Full member of Academy of Sciences and Arts of Bosnia and Herzegovina, e-mail: vlado_s@blic.net.

Dr. Mile Šikman, Associate professor, Faculty of Law, University of Banja Luka, e-mail: mile.sikman@pf.unibl.org.

INTRODUCTION

It has been more than a decade since the adoption of the “Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence” (2011), better known as the Istanbul Convention, whose proclaimed goal was to achieve zero tolerance of violence against women. It is a new comprehensive legal and binding international document for the prevention of violence against women and domestic violence,¹ by creating a legal framework at the pan-European level for the protection of women from all forms of violence and prevention, prosecution and elimination of violence against women and domestic violence. This document further affirms the positive obligation to prevent “private” acts of violence, which is still evolving in international human rights law.² The Convention is an international legal act of a dual nature: it contains a section on human rights (the principle of equality and the principle of non-discrimination) and provisions on criminal legislation that are relevant to violence against women and domestic violence.³ The representation of domestic violence as a violation not only of the standards of criminal law, but also of human rights, is important because this phenomenon is now explicitly included in the human rights agreement, which in itself has significant symbolic weight.⁴ As such, it is increasingly being applied in the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR), confirming the obligation of due attention,⁵ the responsibility of the state for violating the provisions

¹ Of course, the Istanbul Convention is not the first international document that treats women’s rights. These rights have been in the focus of international documents since the 1950s. Since 1979, the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) has been in force, which was later amended several times by additional protocols. However, what singles this document out is its comprehensive approach based on a holistic approach that includes violence prevention, victim assistance measures, prosecution of perpetrators of criminal offenses, and comprehensive anti-violence policy. Dubravka Šimonović, “Development and synergies of global CEDAW Convention and the regional European Istanbul Convention, as instruments for eliminating discrimination and violence against women”, in: *Zbornik radova Perspektive antidiskriminacijskog prava* (eds. Potočnjak Ž., Grgurev I., Grgić A.), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2014, 93.

² Lisa Grans, “The Istanbul Convention and the Positive Obligation to Prevent Violence”, *Human Rights Law Review*, 18(1), 2018, 133–155. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngx041>, 17 June 2022.

³ Olga Jurasz, “The Istanbul Convention: a new chapter in preventing and combating violence against women”, *Australian Law Journal*, 89(9), 2015, 619–627.

⁴ See Ronagh McQuigg, “Advantages of the Istanbul Convention and potential challenges”, in: *The Istanbul Convention, Domestic Violence and Human Rights* (ed. McQuigg R.), Routledge, London, 2017.

⁵ *Opuz v Turkey* (Application No. 33401/02), Judgment, 9 June 2009; *Ebcin v Turkey* (Application no. 19506/05), Judgment, 1 February 2011.

regarding the prohibition of torture, cruel inhuman and degrading treatment, the right to life or the prohibition of discrimination,⁶ and the importance of the right to an effective remedy in cases involving violence against women, especially when it is of a sexual nature.

The ECHR considers the Istanbul Convention relevant because it “contains very detailed provisions on the responses that states should adopt regarding the issue of domestic violence“ .⁷ It follows that the provisions of the Istanbul Convention are extremely important for the ECHR, in order to expand the scope of application of convention standards that are relevant in cases of violence against women and domestic violence.⁸ The consistency of the Court is also visible in actions taken in its latest cases.⁹ In addition, the engagement of the ECHR at the Istanbul Convention has created a motivation for non-member states to sign this international human rights document. For example, Lithuania signed the Istanbul Convention three months after the publication of the *Valiuliene v. Lithuania* case.¹⁰ Thus, *Valiuliene v. Lithuania* proves once again that the ECHR, through its recent jurisprudence, has become a key player in the protection of victims against domestic violence.¹¹

Although it is a document that deals with complex and important social relations, it has been accompanied by certain criticisms and controversies from the very beginning. It seems that the peak was reached in 2021 when, on the tenth anniversary, on 1 July 1 2021, Turkey officially withdrew from this international

⁶ *MC v Bulgaria* (Application No. 39272/98), Judgment, 4 December 2003; *Aydin v Turkey* (Application No.23178/94), Judgment, 27 September 1997; *Opuz v Turkey* (Application No.33401/02), Judgment, 9 June 2009; *Raquel Martí de Mejía v Peru*, Inter-American Commission on Human Rights, Case 10.970, Report No. 5/96, 1 March 1996; *O’Keefe v Ireland* (Application No.35810/09), Judgment, 28 January 2014.

⁷ Ronagh McQuigg, “The European Court of Human Rights and Domestic Violence: *Valiuliene v. Lithuania*”, *The International Journal of Human Rights*, 18(7–8), 2014, 756–773. <https://doi.org/10.1080/13642987.2014.930820>, 18 June 2022.

⁸ Jelena Ristik, J., “Protection from gender-based violence before the European Court of Human Rights”, *Journal of Liberty and International Affairs*, 6(2), 2020, 84.

⁹ Example: *Halime Kilic v Turkey* (application no. 63034/11) Judgment, 28 June 2016 para 64; *J. D. and A v United Kingdom* (Applications nos. 32949/17 and 34614/17) Judgment, 24 October 2019, paras 50 and 51; *Talpis v Italy* (application no. 41237/14) Judgment, 2 march 2017, para 58; *Vodolina v Russia* (Application no. 41261/17) Judgment, 1 June 2017, para 60.

¹⁰ *Valiuliene v Lithuania* (Application no. 33234/0) Judgment, 26 March 2013.

¹¹ Ebru Demir, “The European Court of Human Rights’ Engagement with International Human Rights Instruments: Looking at the Cases of Domestic Violence”, *The Age of Human Rights Journal*, 17, 2021, 79–96. , 16 June 2022.

agreement,¹² the country in which the document was signed¹³. This is not the end, as other countries are announcing similar procedures (e.g. Poland)¹⁴ or have *de facto* and/or legally prevented further procedures required for ratification¹⁵ (United Kingdom,¹⁶ Bulgaria,¹⁷ Hungary,¹⁸ Czech Republic, Latvia, Lithuania and Slovakia). In fact, it seems that two main challenges for preventing and punishing violence against women, namely, the intersection of socio-cultural factors, customs,

¹² A statement from the Communications Directorate of the President of the Republic said, among other things: “The Istanbul Convention, which was originally aimed at promoting women’s rights, was abducted by a group of persons trying to normalize homosexuality – which is incompatible with Turkey’s social and family values. Hence the decision on withdrawal”. See Carola Cerami, “Turkey, Europe and Women’s Rights: The Controversial Debate on the Istanbul Convention”, *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, 3(1), 2021, 187–195, doi 10.13130/2612-6672/15644, 192.

¹³ See Merve Kütük-Kuriş, “The rise and fall of support for the Istanbul Convention: Understanding the case of KADEM”, *Women’s Studies International Forum*, 2022, 93, <https://doi.org/10.1016/j.wsif.2022.102601>; C. Baytok, “The Istanbul Convention, Gender Politics and Beyond: Poland and Turkey”, Hafiza Merkezi, Berlin, 2021.

¹⁴ In July 2020, the Polish Minister of Justice announced that the Government had begun steps to withdraw from the Convention and started a diplomatic action to adopt international agreement on “protection of family rights” that would replace the Istanbul Convention, i.e. to replace the gender principle with family mainstreaming. See: Katarzyna Sękowska-Kozłowska, “Implementation of the Istanbul Convention in the Shadow of Populism: The Case of Poland”, *IACL-AIDC Blog*, 16 February 2021. Dostupno putem interneta, <https://blog-iacl-aidc.org/gender/2021/2/16/implementation-of-the-istanbul-convention-in-the-shadow-of-populism-the-case-of-poland>, 16 June 2022.

¹⁵ See Darija Željko, “Procjena prvih deset godina Konvencije Vijeća Europe o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji”, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, Zagreb, 28(2), 2021, 381–404, 382; Lídia Balogh, “The Ratification Status of the Council of Europe’s Istanbul Convention Among EU Member States”, *MTA Law Working Papers 2020/7*, Budapest, Hungarian Academy of Sciences, Budapest, 2020.

¹⁶ The UK Government cites one main remaining requirement for ratification of the Convention: namely, legislation that allows other states to prosecute perpetrators of criminal offenses under the Convention, when committed by UK citizens or residents abroad (the so-called extraterritoriality principle). See: Stephen Orme, “CEDAW and the Istanbul Convention: A comparative view on transposition and implementation in domestic law and practice”, *Research and Information Service Research Paper*, Paper no. 30, Northern Ireland Assembly, Belfast, 2021.

¹⁷ On 27 July 2018 the Constitutional Court of Bulgaria judged that the Istanbul Convention was in contravention with the Constitution of Bulgaria. Radosveta Vassileva, “Bulgaria’s Constitutional Troubles with the Istanbul Convention, Verfassungsblog: On Matters Constitutional”, 2018. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3226830, 16 June 2022.

¹⁸ In May 2020, Hungarian Assembly voted against its ratification, stating that the Convention is incompatible with Hungarian national values on gender and migrations. See: Aliz Nagy, “The Non-Ratification of the Istanbul Convention – Gender Inequality in Hungary”, *V4 Human Rights Review*, 3(2), 2020, 19–22.

traditions, gender stereotypes and violence against women and jurisdiction over actions of violence against women, are still relevant today.¹⁹ This worrying trend, to say the least, calls into question the fundamental values set out in the Convention, and it is the protection of women against all forms of violence, including domestic violence. The causes of such positions should certainly be carefully analyzed and present results to the public,²⁰ in order to eliminate all dilemmas that may call into question the importance of such an important international document.

The Istanbul Convention resulted in obligations for the signatory countries in terms of harmonization of domestic legislation with the provisions contained in the text of the Convention. The Istanbul Convention imposes a number of obligations on the signatory states that fall within the domain of various branches of law.²¹ As Bosnia and Herzegovina [BiH] has ratified this Convention,²² its obligations in this regard are clear. BiH is hereby committed to taking legislative and other measures to ensure the legal, institutional and organizational framework for the prevention of violence against women, the protection of victims of violence, and the punishment of perpetrators of violence. The subject matter of this analysis includes those provisions relating to substantive criminal law, which are contained in Chapter V of the Convention, while the provisions concerning the investigation, prosecution, procedural law and protective measures contained in Chapter VI, are given as a recommendation for further research.

METHODOLOGICAL REMARKS

As there are four criminal laws in BiH, which are existing on the principles of parallel and shared jurisdiction, the provisions in those laws have been previously defined, which will be covered by the analysis in question. There is a parallel jurisdiction in relation to the matter of the General Part, because this part is completely

¹⁹ O. Jurasz, op.cit., 6.

²⁰ Compare Lourdes Peroni, "Violence Against Migrant Women: The Istanbul Convention Through a Postcolonial Feminist Lens", *Fem Leg Stud* 24, 2016, 49–67. <https://doi.org/10.1007/s10691-016-9316-x>, 16 June 2022.

²¹ Olivera Ševo, *Usklađenost Krivičnog zakonika Republike Srpske sa poglavljem V Istanbul-ske konvencije*, 2019. Available at web site: <http://hcabl.org/wp-content/uploads/2019/04/Olivera-S%CC%8Cevo-Uskladjenost-KZRS-sa-IK.pdf>, 16 June 2022.

²² On 7 November 2013 BiH has ratified the Convention, on the basis of the Decision on approval to ratify the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (ETS 210), published in the *Official Gazette of BiH – International Agreements*, no. 15/13.

within the jurisdiction of BiH itself, as well as its Entities and the Brčko District, while in relation to the matter of the Special Part the jurisdiction is divided²³. This is a very specific model of regulation of criminal law and its provisions, because the criteria for the distribution of jurisdiction are not clearly and explicitly set, as was the case in previous criminal legislation.²⁴

Thus, as certain issues fall within the general part, and the second in particular within the criminal law, the relevant provisions were identified first. Thus, the general part of criminal laws contain provisions such as attempt, aiding, abetting or sentencing, while the special part incriminates individual criminal offenses. It was necessary to examine whether the requirements prescribed by the Convention regarding the incrimination of certain behaviors as criminal offenses were met, whether the legislator decided to incriminate certain behavior as criminal offense in some cases (when the Convention leaves the possibility of such behavior being punishable under some other branch of law), as well as whether the requirements related to harmonization with regard to the general part of criminal legislation are met, such as the issue of attempt, aiding, abetting or sentencing and, in that sense, aggravating and mitigating circumstances.²⁵ As a special task, the assessment of the harmonization of the mentioned criminal offenses of violence against women and domestic violence in the criminal legislation in Bosnia and Herzegovina in relation to criminal policy, whose basic component is performing a protective function, i.e. crime prevention.²⁶ More specifically, the aim is to determine whether the harmonization of the provisions of the Istanbul Convention with domestic legislation contributes to the achievement of the purpose of punishment. In that sense, the application of criminal law is, above all, in the function of general prevention, since the criminal policy decision on whether to declare a certain behavior criminal, as well as determination of the criminal range, is mainly determined by general prevention.²⁷

²³ Miloš Babić, “Materijalno krivično zakonodavstvo u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini (pitanje nadležnosti i primjena)”, *Crimen*, Beograd, 7(3), 2016, 291–310, 294.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Compare O. Ševo, *op.cit.*, 2.

²⁶ It is achieved by providing a protective function to legal goods by acting on human behavior, i.e. distracting him from behaviors that are harmful and cause consequences to others, while directing them to behaviors that are socially acceptable (in accordance with legal norms). See Miodrag Simović, Mile Šikman, *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2017.

²⁷ See Zoran Stojanović, “Krivičnopravna represije kao instrument suzbijanja kriminaliteta – savremene tendencije”, in: *Savremene tendencije krivične represije kao instrument suzbijanja kriminaliteta*, zbornik radova, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010, 7–28, 7.

At the same time, this is one of the most complex issues of criminal policy concerning the justification and efficiency of criminal law and its protective function.

Also, equally important for realization of the preventive role of criminal legislation is the determination of its borders, so the issues of criminalization and decriminalization are inevitable. Consideration of such complex issues (criminalization and decriminalization of criminal legislation) opens many dilemmas and leaves uncertainty whether retribution will be put in the function of prevention and how important it will be.²⁸ In the context of criminal offenses related to violence against women and domestic violence, this issue particularly comes to the fore. This is reflected in the existence of several different criminal offenses, the heterogeneity of acts of execution of the same criminal offenses, the consequence of which, as well as the prescribed punishment, is identical or similar.

When determining the general provisions of criminal laws in BiH for analysis, there were no dilemmas and certain provisions, which regulate the attempt, aiding, abetting and determining of criminal sanction, were determined.

When determining the special provisions of criminal laws in BiH for analysis, certain doubts arose as to which criminal offenses will be analyzed in relation to compatibility with the provisions of the Istanbul Convention. Namely, as the Istanbul Convention requires signatory states to criminalize psychological violence²⁹ in their legislation (Article 33), physical violence (Article 35) regardless of the context in which such an attack occurs or the introduction of a number of behaviors as criminal offenses against sexual integrity (Art. 36 and 40), as well as other explicitly stated behaviors: forced marriage (Article 37) and female genital mutilation (Article 38), then it was necessary to define those criminal offenses. It is quite clear that when we talk about what the Convention collectively calls “physical violence”, we can talk about a number of criminal offenses, primarily criminal offenses against life and limb, which can be committed with direct or possible intent such as murder, aggravated murder, bodily injury, severe bodily injury, etc., but we should not neglect criminal offenses from other chapters which, for example, result in violation of bodily integrity of a person or the infliction of severe bodily injury which constitutes a more serious form of offense, such as a more serious form of criminal offense of “domestic or family violence” under Article 190 paragraph 3 of the CCRS (Criminal Code of the Republika Srpska)³⁰.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ “Intentional behavior which seriously violates psychological integrity of a person by coercion or threat.”

³⁰ O. Ševo, *op.cit.*, 2.

The case is similar with criminal offenses committed by the so-called “psychological violence”, where incriminations can be covered by a wider range of criminal offenses that contain threat, which can cause a sense of threat (e.g. the criminal offense of compromising security), as well as the so-called criminal offenses of “sexual violence” whose incriminations are also contained in a number of criminal offenses (from rape to lewd acts)³¹. Taking into account all the above stated, we decided to analyze criminal offenses of gender-based violence covered by the Istanbul Convention, while other criminal offenses of a violent nature (murder, robbery, endangering safety, etc.) are not specifically analyzed because their object of protection is not primarily person’s gender, but another protected value.

In that sense, the norms of the Istanbul Convention will be considered first, and then the norms in the comparative criminal legislation (Serbia, Croatia, Montenegro and Slovenia). After that, they are singled out and subjected to the interpretation of criminal law norms in domestic criminal laws, first in the CC RS, then in the Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina (CC FBiH), Criminal Code of the Brčko District (CC BDBiH), and finally in the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina (CC BiH). The reason for such distribution is that the provisions in the CC RS are harmonized with the provisions of the Istanbul Convention to the greatest extent. After that, the analysis and interpretation of other criminal laws in BiH are made in such a way that present differences in relation to the CC RS, either in terms of general provisions or in terms of defining individual criminal offenses.

The analysis performed in this way was the basis for assessing compatibility with the provisions of the Istanbul Convention. The assessment was made in relation to the provisions that are systematized in Chapter V – substantive law (Articles 29–48).

SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW

It should be noted that the norms of criminal legislation relating to violence against women and domestic violence are under special sensitivity, both because of the gravity of such crimes and because of the need to protect guaranteed human rights and freedoms (of both, victims and accused persons). The criminal offense is the primary and fundamental requirement and basis for the measure of criminal repression, as well as for the application of criminal sanctions in each

³¹ *Ibidem.*

specific case; together with guilt – it is a measure of fairness, which is expressed through the principle of proportionality between the criminal offense and punishment, and the principle of individualization of criminal sanctions.³² It is common for the criminal law to be understood in a unique way, by combining its substantive and formal components. Hence the need to determine, through definition of the general concept of criminal offense, the elements that represent general preconditions of punishment, those circumstances that must always exist for a behavior to be punishable. This means that each individual criminal offense must have all the elements of the general concept of criminal offense.

The basic questions regarding the criminal offenses of violence against women and domestic violence are whether the descriptions of existing criminal offenses cover all forms of this criminal phenomenon, whether the sanctions provided for them correspond to the need to combat this form of crime and all this taking into account that incriminating some of its forms – would not conflict with the fundamental principles of criminal law and, finally, whether and to what extent they are in line with international standards in this field, especially the Istanbul Convention? At this point, it is necessary to take into account the fragmentary nature of criminal law, which means that criminal law provides protection only to certain, basically the most important legal assets. Second, even when it provides protection of an asset, the criminal law does not criminalize every attack on that asset, but is often limited only to protection from certain, usually the most dangerous attacks, attacks characterized by, for example, a special danger of the action, a special way or mean of execution, degree of injury or endangerment of asset, degree of guilt and similar.³³

The Istanbul Convention conditionally divides criminal offenses into two groups: more serious and less serious. While for “more serious” offenses it explicitly requires their incrimination in national legislation (for severe forms of physical violence, sexual violence, including rape, forced marriage, genital mutilation, forced abortion and sterilization), for “less serious” offenses, according to Article 78 paragraph 3 of this Convention, any State may declare that it reserves the right to provide for non-criminal sanctions, instead of criminal sanctions. According to the text of the Convention, this group includes psychological violence (Article 33), stalking (Article 34), less serious forms of physical violence (Article 35) and sexual violence (Article 40).

³² Miloš Babić, Ljiljana Filipović, Ivanka Marković, Zdravko Rajić, *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*, Vijeća Evrope i Evropska komisija, Sarajevo, 2005, 20.

³³ Miloš Babić, *Krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2008, 22–23.

Provisions in the Criminal Code of the Republika Srpska

During 2017, a new Criminal Code of RS was adopted in the Republika Srpska, which contains the largest number of provisions that are harmonized even in the field of incriminations relating to the text of the Istanbul Convention. In this sense, some existing incriminations have been amended, but some new ones have also been introduced in accordance with Chapter V of the Istanbul Convention – substantive law. As for the special part of the CC RS, in accordance with the Convention, new criminal offenses were incriminated, within Chapter XII – Criminal offenses against life and limb, criminal offenses of Sexual mutilation of women (Article 133) and Enforced sterilization (Article 134); within Chapter XIII Criminal Offenses against Freedoms and Rights of Citizens, criminal offense of Persecution (Article 144); within Chapter XIV Criminal Offenses against Sexual Integrity, criminal offenses of Sexual blackmailing (Article 166) and Sexual Harassment (Article 170), and within Chapter XVI Criminal Offenses against Marriage and Family, the criminal offense of Forced marriage (Article 183). In addition to the aforementioned criminal offenses, changes have already been made in the criminal offenses of Illegal abortion (Article 130), Endangering Safety (Article 150), Rape (Article 165), Lechery (Article 171) and Domestic Violence (Violence in a Family of Household) (Article 190). In this sense, we can consider that the listed criminal offenses are criminal offenses of gender-based violence and, as such, are the subject of this analysis.

Sexual mutilation of women (Article 133) is a form of violence against women incriminated in accordance with the Istanbul Convention. This is a new criminal offense which is, regarding the protective object, systematized in the group of criminal offenses against life and limb. Although no cases of this criminal offenses have been registered in BiH court case-law, it should be noted that according to the Joint Statement of the European Commission from 2019, it is stated that more than 200 million women and girls worldwide have been subjected to painful and traumatic sexual mutilation, of which 500,000 of them in Europe. There is a danger that by 2030, another 68 million girls in 25 countries will have to go through this.³⁴ For this very reason, the incrimination of this criminal offense

³⁴ European Commission (2019). Joint statement on the occasion of the International Day Against Female Genital Mutilation. Brussels: European Commission. Available on web site: *europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-19-810_hr.pdf*, 12 June 2019. Cited according to Mile Šikman, Velibor Bajčić, “Izmjene u krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske kao izraz potrebe adekvatnog reagovanja na kriminalitet”, *Zbornik radova Izmene u krivičnom zakonodavstvu i status nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2019, 307–326.

raises numerous *de lege lata* questions which need to be carefully considered, and this norm formulated in a more precise way.³⁵

Enforced sterilization (Article 134) has a long tradition in many countries around the world even though not in BiH. This practice violates basic human rights, primarily of women, but also of ethnic and racial minorities, mental patients, and people infected with HIV. For this very reason, this behavior has been criminalized by the Istanbul Convention, which was the legal basis for introduction of this criminal offense into domestic legislation. This criminal offense is criminalized in the manner as provided for in the Convention.

Persecution (Article 144) is a new criminal offense, introduced into criminal legislation based on the Istanbul Convention, with the intention of protecting the freedoms and rights of citizens. Although there is a criminal-political justification for introduction of this criminal offense, it is not entirely clear from the description of its nature what this criminal offense encompasses and in what way it can be committed. In the criminal justice literature, generally speaking, the term persecution means behavior that is characterized by persistence and repetition, and is capable of causing psychological insecurity and fear of the person to whom it is directed.³⁶ With regard to the circle of persons who can be considered a passive subject (victim) of persecution, it is emphasized in the explanation of the Istanbul Convention that in this regard, the idea was that persecutory behavior should be primarily directed against the victim. However, the possibility that states may extend the existence of criminal offense to cases in which persecutory behavior is directed against close persons in the victim's environment, including family members, friends and colleagues, is not excluded. Such understanding is quite appropriate given that persecutors do not limit actions to the victim only, but often focus their attention on people in his/her immediate environment, thus increasing the fear of the victims themselves.³⁷

Regarding the criminal offense of Rape (Article 165), it is important to note that a new concept, according to which marital and gender discrimination has been abolished, and the zone of punishment has been extended to other sexual acts committed by use of force or threat of immediate attack upon life or limb of passive subject or someone close to that person, has been adopted. Although the existence

³⁵ Emir Ćorović, "Krivično djelo sakaćenja ženskog polnog organa iz čl. 121a", *Društvene & humanističke nauke*, 1(1), Beograd, 2018, 4–13, 6.

³⁶ See Zoran Stojanović, "Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije", in: Ignjatović Đ. [ur.] *Kaznena reakcija u Srbiji*, VII deo, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2017, 1–10.

³⁷ See Nikola V. Paunović, N. V., "Krivično pravni aspekti proganjanja – uporedna analiza i mogućipravi *de lege ferenda* izmena", *Strani pravni život*, Beograd, 2019, 21–44.

of resistance of a passive subject is an essential requirement for the existence of rape, the elements of resistance should be assessed in accordance with the circumstances of the particular case. Namely, in some cases there will be a criminal offense of rape even though the passive subject did not provide serious and firm physical resistance of certain intensity or even no physical resistance if, given the circumstances, he was not able to do so.³⁸ This means that the existence of this offense does not require visible physical force, traces on the victim's body, but it can be proven during the proceedings that there was a force of strong intensity that broke the victim's resistance even though it left no visible traces.³⁹ Therefore, the resistance of a passive subject exists even when he is physically or mentally unable to offer resistance, because passive suffering, caused by force or threat, does not constitute voluntary consent to intercourse that would exclude the existence of the criminal offense of rape.⁴⁰

The existence of resistance of the passive subject is a factual issue that should be assessed according to the physical capabilities of the passive subject, the strength of the perpetrator, the circumstances of the crime, the possibility of expecting help, etc.⁴¹ Therefore, the key element of the criminal offense of rape, according to modern court case law and legal theory of most European countries, is lack of consent of the victim, and not physical force and adequate resistance of the victim, which should be taken into account in the case law in BiH.⁴²

The criminal offense of Sexual blackmailing (Article 166) is a new criminal offense that differs from rape in the sense that the perpetrator of this criminal offense does not use force or qualified threat, but the threat of “disclosing some information that would harm the honor or reputation of that person or someone close to that person or by threat of any other serious harm”. Therefore, this threat is conditionally said to be “less serious” and a milder punishment is envisaged for this criminal offense than for the criminal offense of rape. It is the intention of the

³⁸ Compare Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, 583.

³⁹ In the past decades, understandings have developed according to which the existence of coercion (force, i.e. the threat to attack the life or body of the victim or a person close to that person) is not necessary in qualifying an offense as rape, given that the absence of the victim's consent can also be proven by the existence of some other factual circumstances. This understanding is unambiguously expressed in the Istanbul Convention

⁴⁰ See Miloš Babić, Ivanka Marković, *Krivično pravo (opšti i posebni dio)*, Pravni fakultet Univerzita u Banjoj Luci, Banja Luka, 2008, 296.

⁴¹ See Mile Matijević, “Nasilnički kriminalitet”, *Pravna riječ*, no. 19, Banja Luka, 2009, 313–327.

⁴² M. Babić, *et. al.* (2005), *op. cit.*

Istanbul Convention, and the subject analysis will provide answers to the questions of how much the above stated has been achieved.

Sexual harassment (Article 170) is a violation of guaranteed human rights and freedoms, and is considered a form of discrimination, which is why it is unacceptable behavior. It is the most common form of sexual violence, which is the easiest to accept and tolerate, and is not considered a criminal behavior. This criminal offense includes unwanted sexual behavior that does not necessarily involve physical contact, and puts the passive subject in an awkward and humiliating position, and causes a sense of shame.⁴³ Very often, these are repetitive behaviors that occur over a long period of time⁴⁴ and for which the passive subject cannot find an adequate solution. The criminal policy goal of this incrimination is to sanction and prevent sexual harassment aimed at violating the dignity of a person in the sphere of sexual life, which causes fear or creates a hostile, degrading or offensive environment.⁴⁵

Forced marriage (Article 183) is a criminal offense that was introduced into criminal legislation of BiH as a result of fulfilling the obligations taken over under the Istanbul Convention. This criminal offense criminalizes any use of force of another person to contract a marriage against his or her free will. In addition, this offense contains a punishment for preparatory actions that are manifested in taking or enticing another person to another country for the purpose of forcing that person to contract a marriage. The criminal offense has a basic and lighter form.

Domestic violence or violence in a family of household (Article 190) is a criminal offense relating to any act of physical, sexual, mental or economic violence, which occurs in the family or family household or between former or current spouses or partners, regardless of whether the perpetrator shares or has shared the same residence as the victim.⁴⁶ Although this criminal offense has existed before (since 2000), it has been significantly innovated under the influence of the Istanbul

⁴³ Compare Rada Borić, *Pojmovnik rodne terminologije prema standardima Europske unije*, Centar za ženske studije i Ured za ravnopravnost spolova Vlade RH, Zagreb, 2007, 84.

⁴⁴ For this reason, the action of execution is determined by the continuous verb “who sexually harasses”, which means that it is a crime with an unlimited number of concrete actions of execution, so that the crime will exist not only when the action of execution is undertaken once, but also several times, which can certainly be relevant for determining the sentence. Đorđe Đorđević, “Nove inkriminacije i njihova uskladenost sa ostalim odredbama Krivičnog zakonika Srbije”, *Zbornik radova Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle): krivičnopravni aspekti*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2017, 135.

⁴⁵ Nikola Paunović, “Seksualno uznemiravanje – od antidiskriminatornog do krivičnopravnog regulisanja sa osvrtom na ključne razloge nevidljivosti žrtava”, *Temida*, 22(3), Beograd, 2019, 319–343, 322.

⁴⁶ According to the Istanbul Convention [Article 3 paragraph b)].

Convention, especially the provisions concerning criminal policy, but also the introduction of a special form of criminal offense.⁴⁷ This criminal offense is specific in that it also provides for a definition of a member of family or family community,⁴⁸ harmonized with the text of the Convention, which in practice opens many dilemmas.

Article 41 of the Istanbul Convention requires States parties to criminalize aiding, abetting and attempt to commit the criminal offense of psychological violence, stalking, physical violence, sexual violence, including rape, forced marriage, sexual mutilation of women, as well as forced abortion and forced sterilization. In this regard, it should be emphasized that CC RS does not incriminate as a separate criminal offense the action of aiding or abetting these criminal offenses, but this issue has been resolved within the general part of CC RS.⁴⁹ The provisions concerning the attempt to commit a criminal offense, abetting, aiding and imposing of criminal sanctions are general provisions and will be considered as such. With the exception of the criminal offense of Unlawful Termination of Pregnancy, in the essence of which it is explicitly stated that the attempt is punishable, the provisions listed in the general part of the CC RS apply to all other criminal offenses.

In addition, with regard to aggravating circumstances, the general part of the CC RS prescribes provisions regarding the imposition of criminal sanctions. In most criminal offenses, a qualified form is prescribed – if more serious consequences have occurred, while in the criminal offense of Sexual Mutilation of Women, the possibility of milder punishment is explicitly prescribed if it has been done under particularly mitigating circumstances. By analyzing these provisions, it can be concluded that they are in line with the Istanbul Convention.

⁴⁷ The special form exists in order to ensure the enforcement of the pronounced protective measures or emergency measure of protection against domestic violence that the court has determined on the basis of the law. The perpetrator who violates the pronounced measure of protection or other emergency measure of protection – commits this form of criminal offense of domestic violence or violence in family or household (paragraph 5).

⁴⁸ For the purpose of this criminal offence, the terms family member or household member shall include spouses or ex-spouses, their children and children of each of them, unwedded partners or former unwedded partners, their children and children of each of them, in-laws up to the second degree of kinship regardless of the fact that the marriage union has ended, parents of the current and former wedded or unwedded partners, relatives from the full adoption in the direct line without limitation, and in the indirect line up to the fourth degree of kinship, as well as the relatives from partial adoption, persons linked by relation of guardianship, persons who live or has lived in the same family household regardless of kinship, and persons who together have a child or have conceived a child, even though they had never lived in the same family household, and persons who were or still are in an emotional or intimate relationship, regardless of whether the perpetrator shares or has shared household with the victim (paragraph 6).

⁴⁹ Compare O. Ševo, *op. cit.*, 3.

Also, the issue of the principle of territoriality from Article 44 of the Istanbul Convention is regulated by the general part of the CC RS. The issue in the CC RS is regulated in general part in Chapter II of the Code, which prescribes the applicability of criminal legislation, as follows: time validity of criminal legislation (Article 9), territorial validity of criminal legislation (Article 10), applicability of criminal legislation of the Republika Srpska for specific offences perpetrated outside of the territory of the Republika Srpska (Article 11), applicability of criminal legislation of the Republika Srpska to a citizen of the Republika Srpska committing a criminal offense outside of its territory (Article 12), applicability of criminal legislation of the Republika Srpska to a foreign national committing a criminal offence outside its territory (Article 13), special preconditions for prosecution (Article 14), application of criminal legislation to individuals under 21 years of age (Article 15). The provisions of the general part of this Code shall apply to all criminal law provisions contained in the laws of the Republika Srpska.

Provisions in the Criminal Code of the Federation of BiH

Currently, the provisions *de lege lata* in the CC FBiH, which relate to criminal offenses under the Istanbul Convention, are not particularly incriminated. Therefore, the criminal offenses of Sexual Mutilation of Women, Forced Sterilization, Sexual Harassment and Forced Marriage are not prescribed as separate criminal offenses in the CC FBiH. Regarding the Federation of BiH, on 24 March 2022, the FBiH Government established and sent to the parliamentary procedure the Draft Law on Amendments to the CC FBiH. As explained by the Federal Ministry of Justice, the aim of the amendments is to incorporate into the criminal legislation of the Federation of BiH the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence.⁵⁰

The criminal offense of Endangering Security (Article 183), unlike the same criminal offense in the CC RS, stipulates in paragraph 3 of the same article that anyone whoever by sneaking, frequent following or otherwise harassing endangers safety of the spouse, common-law partner, or parent of his child, or other person with whom he has or has had in past a close relationship, shall be punished. This means that persecution is incriminated as a special form of criminal offense of endangering security. The incrimination of a special form of criminal offense of Endangering Security is the reason for non-existence of the special criminal offense of Persecution in the CC FBiH.

⁵⁰ Government of the Federation of BiH. (24. 3. 2022). Established a Draft Law on Amendments to the Criminal Code of the FBiH. Available at the internet: <https://fbihvlada.gov.ba/bs/utvrden-nactr-zakona-o-izmjenama-i-dopunama-krivicnog-zakona-fbih>, 16 June 2022.

Forced sexual intercourse (Article 206) is equivalent to the criminal offense of Sexual Blackmailing under the CC RS, whereby the act of this criminal offense is reflected in a serious threat of some serious harm. In addition, a milder sentence is prescribed for this criminal offense than for an equivalent criminal offense in the CC RS, and it is punishable by imprisonment from a term between six months and five years.

Domestic violence (Article 222) differs in name, given that the CC RS added to it “or family household”, while other differences are not important when assessing compliance with the Istanbul Convention.

In the general part of the CC FBiH, Chapter III prescribes provisions concerning the application of criminal legislation in the Federation (Article 12, paragraph 1; Article 13). The provisions in the CC FBiH relating to attempt (Article 28), inappropriate attempt (Article 29), voluntary abandonment of the attempt (Article 30) and aiding (Article 33) are identical to the provisions in the CC RS, except in the part of the threatened penalty for attempted criminal offense. The provisions in the CC FBiH relating to incitement (Article 32) differ in two legal determinations in relation to the CC RS, which does not have a significant impact in relation to the Istanbul Convention. The provisions prescribing general principles of meting out punishments in the CC FBiH (Article 49) are somewhat more extensively set than in the CC RS, which also does not affect the assessment of compliance with the Istanbul Convention.

Provisions in the Criminal Code of the Brčko District of BiH

The provisions in the CC BD BiH are similar to the provisions in the CC FBiH regarding compliance with the Istanbul Convention. The same criminal offenses are prescribed by this law, and in other criminal offenses the legal solutions are generally similar. The criminal offense of Endangering Safety (Article 180) is in its basic and more serious form identical to the criminal offense of the same name prescribed in the CC RS, but for more serious form it is added and “this offence has caused serious disturbance of citizens”. In relation to the incrimination from the CC RS, in this criminal offense was added a special form identical to the special form contained in the same incrimination of the CC FBiH, and it refers to the action of persecution.

The general provisions of the CC BD BiH, in Chapter III, prescribe provisions that regulate the issue of application of criminal legislation in the Brčko District, which can be observed in the context of the principle of territoriality according to the Istanbul Convention. The provisions in the CC BD BiH relating to attempt (Article 28), inappropriate attempt (Article 29), voluntary abandonment of the attempt (Article 30), incitement (Article 32) and aiding (Article 33) are identical to the provisions in the CC FBiH. Provisions on meting out punishments (Article 49) are identical to

the general rules for meting out punishments systematized in the CC RS, but the CC RS singled out provisions on crimes out of hatred in a separate paragraph, which is not the case with these provisions and is not of essential significance and importance.

Provisions in the Criminal Code of BiH

The Criminal Code of BiH does not regulate general offenses contained in the Istanbul Convention, but prescribes war crimes, crimes against humanity and crimes with an international element.

As to general provisions, the CC BiH contains two groups of rules governing the territorial applicability of criminal legislation: one relating to the application of criminal legislation in cases of criminal offenses perpetrated within the territory of BiH or equivalent territories (Article 8) and the second one, in cases of criminal offense perpetrated outside that territory (Article 9).⁵¹

The provisions in the CC BiH relating to attempt (Article 26), inappropriate attempt (Article 27), voluntary abandonment of the attempt (Article 28), incitement (Article 30), aiding (Article 31) and meting out punishments (Article 48) are identical to the provisions from the CC FBiH.

CONCLUSION

If we consider the above provisions on violence against women and domestic violence, we can conclude that they are not equally and fully in line with the Istanbul Convention. Not only that not all criminal offenses provided for in this international document are introduced into the criminal legislation in the Federation of BiH and the Brčko District of BiH, but, also, the penal policy for those criminal offenses that they contain largely differs. This practically means that, depending on the place of commission of an individual criminal offense, the prescribed punishment also depends, which greatly affects the overall legal security. If we add to this the court case law in cases of gender-based violence, then this problem acquires a new dimension since the sentences imposed are mostly at a lower minimum or are even further mitigated. All this can be a serious problem in the practical application of the standards of the Istanbul Convention, which certainly needs to be borne in mind given the gravity of the problem. Furthermore, some criminal offenses covered by the Istanbul Convention are also criminalized by the Law on Gender Equality of Bosnia and Herzegovina, to be precise, gender-based violence and sexual

⁵¹ M. Babić (2005), *op.cit.*, 81.

harassment (Article 29). Therefore, in some cases, there may be an overlap of prosecutorial competencies, especially in relation to sexual harassment, which can lead to unsuccessful prosecutions.

In addition, one of the recommendations would be to consider the provisions contained in Chapter VI. Investigation, court proceedings, procedural law and protective measures are considered through the provisions concerning risk assessment and risk management (Article 51), emergency barring orders (Article 52), restraining or protection orders (Article 53), investigations and evidence (Article 54), *ex parte* and *ex officio* proceedings (Article 55) and measures of protection (Article 56). These provisions should be brought into connection with equivalent provisions in the special laws on the protection from domestic violence in BiH, such as: the Law on Protection from Domestic Violence of the Republika Srpska, the Law on Protection from Domestic Violence in the Federation of BiH and the Law on Protection from Domestic Violence in the Brčko District of BiH. In this way, it will be possible to identify problems that may arise in the implementation of these provisions, which may have a negative impact on the protection of victims of violence against women and domestic violence.⁵²

Akademik prof. dr MIODRAG N. SIMOVIĆ
Potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine,
redovni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine,
Dr MILE ŠIKMAN
Vanredni profesor, Pravni fakultet
Univerzitet u Banjoj Luci

DECENIJA ISTANBULSKE KONVENCIJE – PRAKSA I PRIMJENA U BOSNI I HERCEGOVINI

Rezime

Konvencija Savjeta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, poznatija kao Istanbulska konvencija, više od decenije kako je usvojena, ima svoju primjenu u Bosni i Hercegovini. Drugo pitanje koje se postavlja jeste koji su efekti njene primjene. Konkretnije, koliko su inkriminacije uvedene u krivično zakonodavstvo ostvarile svoju svrhu, izraženu u efektima generalne

⁵² For example, one of the identified problems in application is the legal solution in the Republika Srpska according to which emergency measures are imposed by the misdemeanor court in misdemeanor proceedings. A disputable situation arises in the interpretation of the provisions of the Law on Protection from Domestic Violence, considering that domestic violence in the Republika Srpska is criminalized exclusively as a criminal offense.

i specijalne prevencije, koliko je hitnim mjerama i mjerama zaštite propisanim posebnim zakonima ostvarena zaštita žrtve nasilja porodici i u konačnici koliko su istrage krivičnih djela rodno zasnovanog nasilja bile efikasne u smislu njihove efektivnosti i vrste izrečene krivične sankcije. Upravo, pojedini odgovori na postavljena pitanja jesu predmet ovog rada, koji bi trebalo da prikaže gdje se krivično materijalno i procesno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini nalazi danas u odnosu na odredbe Istanbulske konvencije. To je važno sa aspekta utvrđivanja i otklanjanja smetnji u sprovođenju konvencijskih standarda, a sve sa ciljem dostizanja što većeg stepena društva oslobođenog rodno zasnovanog nasilja.

Ključne riječi: Istanbulska konvencija, istraga, krivični progon, zaštitne mjere, krivični zakon

Bibliography

- Babić M., "Materijalno krivično zakonodavstvo u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini (pitanje nadležnosti i primjena)", *Crimen*, 7(3), Beograd, 2016.
- Babić M., Filipović Lj., Marković I., Rajić Z., *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*, Vijeća Evrope i Evropska komisija, Sarajevo, 2005.
- Babić M., *Krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2008.
- Babić M., Marković, I., *Krivično pravo (opšti i posebni dio)*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2008.
- Balogh L., "The Ratification Status of the Council of Europe's Istanbul Convention Among EU Member States", *MTA Law Working Papers 2020/7*, Hungarian Academy of Sciences, Budapest, 2020.
- Baytok C., *The Istanbul Convention, Gender Politics and Beyond: Poland and Turkey*. Hafiza Merkezi, Berlin, 2021.
- Borić R., *Pojmovnik rodne terminologije prema standardima Europske unije*, Centar za ženske studije i Ured za ravnopravnost spolova Vlade RH, Zagreb, 2007.
- Cerami C., Turkey, "Europe and Women's Rights: The Controversial Debate on the Istanbul Convention. *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni*", *Società* 3(1), 2021, 187–195, doi 10.13130/2612-6672/15644.
- Čorović E., "Krivično djelo sakaćenja ženskog polnog organa iz čl. 121a", *Društvene & humanističke nauke*, 1(1), 2018.
- Demir E., "The European Court of Human Rights' Engagement with International Human Rights Instruments: Looking at the Cases of Domestic Violence", *The Age of Human Rights Journal*, (17), 2021, 79–96. <https://doi.org/10.17561/tahrj.v17.6347>.
- Đorđević Đ., "Nove inkriminacije i njihova usklađenost sa ostalim odredbama Krivičnog zakonika Srbije", *Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle): krivičnopravni aspekti*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2017.
- Grans L., "The Istanbul Convention and the Positive Obligation to Prevent Violence", *Human Rights Law Review*, 18(1), 2018. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngx041>.
- Jurasz O., "The Istanbul Convention: a new chapter in preventing and combating violence against women", *Australian Law Journal*, 89(9), 2015.

- Kütük-Kuriş M., “The rise and fall of support for the Istanbul Convention: Understanding the case of KADEM”, *Women’s Studies International Forum*, 2022, 93, <https://doi.org/10.1016/j.wsif.2022.102601>.
- Matijević M., “Nasilnički kriminalitet”, *Pravna riječ*, Banja Luka, br. 19, 2009.
- McQuigg R., “Advantages of the Istanbul Convention and potential challenges”, in McQuigg R. (Ed.), *The Istanbul Convention, Domestic Violence and Human Rights*, Routledge, 2017.
- McQuigg R. J. A., The European Court of Human Rights and Domestic Violence: *Valiulienė v. Lithuania*, *The International Journal of Human Rights*, 18(7–8), 2014, <https://doi.org/10.1080/13642987.2014.930820>.
- Nagy A., “The Non-Ratification of the Istanbul Convention – Gender Inequality in Hungary”, *V4 Human Rights Review*, 3(2), 2020.
- Orme S., “CEDAW and the Istanbul Convention: A comparative view on transposition and implementation in domestic law and practice”, *Research and Information Service Research Paper*, No. 30, Belfast: Northern Ireland Assembly, 2021.
- Paunović N., “Seksualno uznemiravanje – od antidiskriminatornog do krivičnog regulisanja sa osvrtom na ključne razloge nevidljivosti žrtava”, *Temida*, Beograd, 22(3), 2019.
- Paunović N., “Krivičnopravni aspekti proganjanja – uporedna analiza i mogući pravci *de lege ferenda* izmena”, *Strani pravni život*, Beograd, 2019.
- Peroni L., “Violence Against Migrant Women: The Istanbul Convention Through a Postcolonial Feminist Lens”, *Fem Leg Stud* 24, 2016, <https://doi.org/10.1007/s10691-016-9316-x>.
- Ristik J., “Protection from gender-based violence before the European Court of Human Rights”, *Journal of Liberty and International Affairs*, 6(2), 2020.
- Şekowska-Kozłowska K., “Implementation of the Istanbul Convention in the Shadow of Populism: The Case of Poland”, *IACL-AIDC Blog*, 16 February 2021, <https://blog-iacl-aidc.org/gender/2021/2/16/implementation-of-the-istanbul-convention-in-the-shadow-of-populi-sm-the-case-of-poland>.
- Simović M., Šikman M., *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2017.
- Stojanović Z., “Krivičnopravna represije kao instrument suzbijanja kriminaliteta – savremene tendencije”, u: *Savremene tendencije krivične represije kao instrument suzbijanja kriminaliteta*, zbornik radova, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010.
- Stojanović Z., “Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije”, u: Ignjatović Đ. [ur.] *Kaznena reakcija u Srbiji. VII deo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2017.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.

- Ševo O., "Usklađenost Krivičnog zakonika Republike Srpske sa poglavljem V Istanbulske konvencije", 2019, <http://hcabl.org/wp-content/uploads/2019/04/Olivera-S%CC%8Cevovska-djenost-KZRS-sa-IK.pdf>.
- Šikman M., Bajčić V., "Izmjene u krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske kao izraz potrebe adekvatnog reagovanja na kriminalitet", Zbornik radova *Izmene u krivičnom zakonodavstvu i status nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2019.
- Šimonović D., "Razvoj i sinergije globalne CEDAW Konvencije i regionalne europske Istanbulske konvencije kao instrumenata za uklanjanje diskriminacije i nasilja nad ženama", u. *Zbornik radova Perspektive antidiskriminacijskog prava* (ur. Potočnjak Ž., Grgurev I., Grgić A.), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2014.
- Vassileva R., "Bulgaria's Constitutional Troubles with the Istanbul Convention, Verfassungsblog: On Matters Constitutional", 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3226830.
- Željko D., "Procjena prvih deset godina Konvencije Vijeća Europe o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji", *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, Zagreb, 2021.

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

IVANA MILJUŠ

RIZICI POTENCIJALNE ULOGE VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U POSTUPKU SUDSKOG ODLUČIVANJA – SAVREMENI IZAZOVI ZA KRIVIČNI POSTUPAK

Uporednopravna iskustva pokazuju da se algoritmi veštačke inteligencije koriste u pravosuđu u obliku alata za procenu rizika od bekstva, ponovnog vršenja krivičnih dela, vršenja nasilja i alata za prognoziranje ishoda sudskih postupaka. Softveri veštačke inteligencije upotrebljavaju se za pružanje pravnih saveta i za prikupljanje i obradu dokaza. U određenoj meri, u pojedinim državama dobijaju ulogu u postupku sudskog odlučivanja – saveti i pomoć sudiji da pripremi sudsku odluku. Ipak, granice između sudijskog i mašinskog odlučivanja postaju „zamazljene“, što je uticalo na stvaranje pojma „poluautomatizovanih odluka“. Aktuelno je pitanje u kojoj meri je dozvoljeno, neophodno i adekvatno sprovesti digitalnu transformaciju pravosuđa i koristiti u pravosuđu veštačku inteligenciju. U radu se izdvajaju karakteristični uporednopravni primeri upotrebe veštačke inteligencije. Ujedno, objašnjavaju se osnovni rizici korišćenja veštačke inteligencije u krivičnom postupku, pre svega po načelo slobodnog sudijskog uverenja i slobodne ocene dokaza i pravo na pravično suđenje. Autorka istražuje doktrinarne stavove i stručna mišljenja, te početke i okvire evropske pravno-etičke regulative upotrebe veštačke inteligencije u pravosuđu.

Ključne reči: veštačka inteligencija, sudska odluka, slobodno sudijsko uverenje, slobodna ocena dokaza, pravo na pravično suđenje

Dr Ivana Miljuš, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ivana.miljus@ius.bg.ac.rs. Ovaj rad je rezultat istraživanja na strateškom naučno-istraživačkom projektu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije za 2022. godinu – podtema „Pravosuđe i izazovi današnjice“, koji organizuje i sprovodi Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu tokom 2022. godine.

U V O D

Svedoci smo uticaja razvoja modernih tehnologija na modifikovanje načina održavanja suđenja u cilju zaštite legitimnih/zaštićenih interesa, pre svega fizičkog i psihičkog integriteta svedoka, javnog reda i mira, javnog zdravlja, interesa bezbednosti, suđenja u razumnom roku. Ispoljava se potreba razvoja garancija i mehanizama zaštite osnovnih prava i sloboda u krivičnom postupku koji bi na adekvatan način odgovorili ovim promenama u krivičnom postupku. Razvoj veštačke inteligencije postao je izazov za tradicionalne institute krivičnog materijalnog i krivičnog procesnog prava i vladavinu prava. Zapažamo primere studija i testiranja algoritama za obradu podataka u funkciji predviđanja ishoda sudijskog odlučivanja.¹

U Evropi, dominantna uloga veštačke inteligencije jeste upotreba u cilju transparentnosti pravosudnih sistema putem *online* objavljivanja presuda modelovanih prema određenim standardima radi omogućavanja njihove mašinske čitljivosti.² Automatska primena prava i automatsko procesuiranje učinilaca kaznenih dela primenjuje se više od decenije u domenu određenih saobraćajnih prekršaja, pre svega u svrhu prevencije, bezbednosti drumskog saobraćaja i jednoobrazne primene prava.³

Veštačka inteligencija u pojedinim zemljama na visokom stupnju tehnološkog razvoja ima tendenciju da postaje sredstvo i da se dođe do krivične pravde. Softveri/algoritmi veštačke inteligencije koriste se za predviđanje verovatnoće da će biti učinjeno krivično delo na određenom mestu, profilisanje potencijalnih učinilaca, ocenu verodostojnosti svedoka, potencijalnog recidivizma, da omoguće pravnicima i advokatima da razumno predvide kakva će biti presuda u određenom slučaju, a mašine mogu u određenim pravnim oblastima čak i da preuzmu sudijsku

¹ Uređena je i sistemska studija predviđanja ishoda predmeta o kojima je odlučivao Evropski sud za ljudska prava, na osnovu tekstualnog sadržaja izvučenog iz objavljenih presuda koji obuhvata činjenice, relevantno pravo i argumente stranaka. Nikolaos Aletras *et al.*, „Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective“, *PeerJ Computer Science*, 2016, 1–2.

² O tome v.: The 2022 EU Justice Scoreboard, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions* COM(2022) 234, Publications Office of the European Union, European Union, Luxembourg, 2022, 36, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/eu_justice_scoreboard_2022.pdf, 11. 7. 2022.

³ Procesne posledice uvođenja automatizovane tehnologije su automatizacija kažnjavanja i razvoj sistema „vansudskih kazni“, te sve veće oslanjanje na automatizovanu tehnologiju za otkrivanje kaznenih dela. O tome: Adam Snow, *Automated Road Traffic Enforcement: Regulation, Governance and Use A review*, RAC Foundation, London, 2017, viii – ix.

ulogu presuđenja.⁴ Trend „algoritmizacije društva“ odražava se u sferi policijskih aktivnosti („*predictive policing*“) i pravosuđa („*algorithmic justice*“).⁵ Oblikovane su forme „mešavine veštačke inteligencije i prava“, odnosno veštačke pravne inteligencije („*artificial legal intelligence*“).⁶

Tehnikama za automatizovanu obradu podataka zadaje se funkcija da pomažu sudiji da pripremi sudsku odluku. „Pametni algoritmi“ koriste se u Sjedinjenim Američkim Državama prilikom odlučivanja u fazama postupka pre suđenja, na ročištu za izricanje krivične sankcije i u postupku odlučivanja o uslovnom otpustu u cilju pomoći sudijama da procene opasnost od recidivizma („modeli recidivizma“).⁷ Cilj algoritama je da objektivno i koegzistentno procene buduće ponašanje okrivljenog. Određena im je funkcija da pomognu sudiji da donese „osetljive“ odluke koje mogu da imaju dalekosežne posledice za okrivljenog, odluke o njegovoj slobodi – o pritvoru ili jemstvu u prethodnom postupku, o visini kazne i puštanju na uslovni otpust.⁸

Sadašnji nivo razvoja tehnologije ukazuje da uloga veštačke inteligencije u postupku presuđenja može da podrazumeva da algoritam, na osnovu analize presuda koje su pohranjene (uskладиštene) u velikoj bazi podataka, pronade

⁴ Silvia Signorato, „A New Right in Criminal Procedure Implied by Human Dignity: The right to Non-Automated Judicial Decision-Making“, *Journal of Eastern-European Criminal Law*, Vol. 2020, No. 2, 2020, 13.

⁵ Aleš Završnik, „Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings“, *European Journal of Criminology*, Vol. 18, No. 5, 2019, 624.

⁶ Changqing Shi, Tania Sourdin, Bin Li, „The Smart Court – A New Pathway to Justice in China?“, *International Association for Court Administration*, Vol. 12, No. 1, 2021, <https://www.iacajournal.org/articles/10.36745/ijca.367/>, 29. 7. 2022., 1–19.

Pronalazi se i izraz „pravda veštačke inteligencije“ (*Artificially Intelligent Justice*). V.: Richard M. Re, Alicia Solow–Niederman, „Developing Artificially Intelligent Justice“, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 22, No. 2, 2019, 242.

⁷ Sanja Milivojevic, *Crime and Punishment in the Future Internet*, Routledge Taylor & Francis Group, 2021, 51.

⁸ Softverskim programima za ocenu rizika od recidivizma koji se koriste u postupku odlučivanja o uslovnom otpustu pripisuju se brojne prednosti, pre svega: 1. *preciznost ocene rizika* – mere brojne faktore, pri čemu neki programi mere 50–100 faktora (starosna dob zatvorenika u vreme prve osude, obrazovanje, stav zatvorenika o opravdanosti njihove osude itd.); 2. pružaju *garancije stručnog odlučivanja*, u poređenju sa odlučivanjem posebnih odbora za uslovni otpust čiji su mnogi članovi politički imenovani i nisu imali uopšte potrebnu naučnu edukaciju/nisu imali naučnu edukaciju u dovoljnoj meri; 3. *dopunjavaju tradicionalne procene puštanja na uslovni otpust*; 4. *mogu pomoći da se odredi obim nadzora nad uslovnim otpustom*. V.: Kevin McCaney, „Prisons turn to analytics software for parole decisions“, 1 November 2013, <https://gcn.com/articles/2013/11/01/prison-analytics-software.aspx>, 24. 9. 2022.

najsličniji slučaj koji će pomoći sudiji da presudi. Na ovaj način odluke suda bi se uklađivale sa „trendovima“ sudske prakse koje je izvukao algoritam, što duboko podriva kontinentalnoevropske pravosudne sisteme, u kojima sudska praksa nije izvor prava i koje ne poznaju koncept sudskog precedenta. Rad algoritama obuhvata posebnu matematičku proceduru koja od skupa podataka dolazi do željenog rezultata.

Pojam „pravda koja prognozira“ / „prediktivna pravda“ (*predictive justice*) ne odslikava tačno suštinu funkcionisanja algoritma veštačke inteligencije. Objašnjava se da je naprotiv dvosmislen i obmanjujući, jer se alati baziraju na metodama analize sudske prakse koristeći statističke podatke i metode koje ne reprodukuju pravno rezonovanje, ali mogu da pokušaju da ga objasne.⁹ Mašinsko učenje na kojem počiva rad veštačke inteligencije u pravosudnim sistemima (tzv. slaba AI) podrazumeva da se iz velike količine podataka izdvajaju složeni obrasci i učenja.¹⁰ Uticaj veštačke inteligencije na donošenje odluka iznedrio je suprotstavljanje pojmova „pravna pravda“ i „pravda veštačke inteligencije“. Studija na nivou Saveta Evrope, ukazuje na to da su granice između ljudskog i automatskog donošenja odluka zamagljene, što je iznedrilo pojam „kvazi ili poluautomatizovanih odluka“¹¹, što bez adekvatnog normativnog uređenja vodi suštinski automatizovanim postupcima odlučivanja.

Širenje ideja o privlačnosti algoritamske analitike za efikasnije krivično pravosuđe,¹² treba da se ogradi ukazivanjem na opasnost narušavanja osnovnih

⁹ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, Adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ, 3–4 December 2018, Council of Europe, Strasbourg, 2019, 57., <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>, 9. 9. 2022.

¹⁰ Opisuju se mogućnosti aktivnosti veštačke inteligencije da prikaže verovatnoću uspeha u ishodu spora, na osnovu kriterijuma koji je naveo korisnik, čak i da izračuna verovatni ishod naknade štete. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, op. cit., 30.

¹¹ Council of Europe, *Algorithms and Human Rights – Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Council of Europe, Strasbourg, 2018, 3, <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>, 12. 9. 2022.

¹² Strategija razvoja veštačke inteligencije konstatuje da prepoznaje izazove sa aspekta društva i pojedinca koji se mogu javiti tokom razvoja veštačke inteligencije, na koje je potrebno preventivno delovati iako oni još uvek nisu izraženi u okviru Republike Srbije. Iz uporedne prakse, izdvaja se primer „nenamerne diskriminacije“ zasnovane na mašinskom učenju, koji se može dogoditi ako se uvede „sistem koji analizom podataka utvrđuje stepen rizika pojedinca“ da učine prekršaj ili krivično delo.

krivičnoprocesnih načela. Radi ostvarenja ovog cilja istraživanja analiziraju se iskustva pravosuđa koja primenjuju alate veštačke inteligencije, te zapažanja i stavovi pravnika iz sfera pravne nauke i profesionalne prakse.

INOVATIVNA UPOTREBA VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U KRIVIČNOM POSTUPKU – PRIMER KINE

Transparentan primer testiranja i upotrebe u širokom opsegu savremene informacione, digitalne tehnologije i veštačke inteligencije u sudskim postupcima jeste Kina.¹³ Razvoj veštačke inteligencije doveo je do testiranja sistema koji identifikuje ishode u postupku odlučivanja. U Kini se upotrebljavaju tehnološki sofisticiranije aplikacije koje imaju za cilj da pomognu u automatizaciji donošenja odluka.¹⁴ Korišćenje usluga veštačke inteligencije za automatsko generisanje presuda u literaturi se opisuje izrazom *disruptive technologies*, što u prevodu znači tehnologije koje iskrivljuju/izobličavaju ili čak razaraju postupak presuđenja, jer potencijalno menjaju rad sudija i pružaju vrlo različite forme pravde, u kom slučaju se procedure u značajnoj meri menjaju i mogu da preoblikuju ulogu sudije.¹⁵

Početakom devedesetih godina prošlog veka, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Vuhanu bio je lider u razvoju praktičnog krivičnopravnog ekspertskog sistema, usvojenog u nekim sudovima, tužilaštvima i advokatskim firmama. Sastojao se od tri dela: pomoćni kvalitativni sistem za savetovanje i sistem za pribavljanje uskladištenih informacija iz kompjutera, pomoćni sistem

V.: Strategija razvoja veštačke inteligencije u Republici Srbiji za period 2020–2025. godine, https://www.srbija.gov.rs/extfile/sr/437304/strategija_razvoja_vestacke_inteligencije261219_2_cyr.pdf, 25, 54–55.

¹³ Kina je primer odvijanja suđenja na društvenoj mreži, čak i održavanja „online“ suđenja u krivičnim predmetima, kao i donošenja „mašinskih“ presuda u određenim vrstama sporova, pre svega u vezi autorskih prava, određenih prekršaja vezanih za „online“ trgovinu.

¹⁴ Automatsko donošenje odluka primenjuje se u domenu prekršajnog kažnjavanja za određene saobraćajne prekršaje na osnovu informacija koje je prikupila nadzorna kamera za saobraćaj na putevima. Jedan interesantan i duhovit novinski članak upućuje na funkcionisanje sistema za automatsko odlučivanje i praktične rizike. Opisuje se situacija da je kamera za nadzor saobraćaja koja koristi veštačku inteligenciju reagovala na vozača automobila koji je tokom vožnje podigao ruku da počese svoje lice, snimivši ga. Vozač je dobio nalog da plati novčanu kaznu zbog prekršaja korišćenja mobilnog telefona tokom vožnje i obavešten je da će dobiti kaznene bodove. Uz kazneni nalog mu je dostavljena fotografija sa kamere koja ga je uslikala u trenutku kada je položaj njegove ruke bio nalik položaju ruke koja drži mobilni telefon u predelu uha, ali vidno bez mobilnog telefona. V. internet tekst: BBC news, „Chinese driver gets ticket for scratching his face“, <https://www.bbc.com/news/blogs-news-from-elsewhere-48401901>, 14. 9. 2022.

¹⁵ C. Shi, T. Sourdin, B. Li, op. cit., 1129.

za izricanje kazni, kao i deo u funkciji pribavljanje uskladištenih zakonskih informacija, obrazloženja i presuda.¹⁶ Motivi projekata „Pametni sud“ bili su pre svega ubrzanje rešavanja jednostavnijih predmeta, smanjenje broja predmeta po sudijama, eliminisanje korupcije i pristrasnosti u pravosuđu.

Sveobuhvatne savremene ciljeve veštačke inteligencije u postupku odlučivanja možemo sagledati na primeru poznatog „Projekta 206“, šangajskih sudova i tehnološke kompanije: 1. ciljevi koji se odnose na *prikupljanje dokaza* (standardizacija prikupljanja dokaza i pojednostavljenje prikupljanja dokaza); 2. *ciljevi koji se odnose na jednoobraznu primenu prava* („unapređenje doslednosti u tretmanu sličnih slučajeva“); 3. *ciljevi smanjenja grešaka u odlučivanju putem jačanja nadzora nad radom sudija*. Prema izveštajima o Projektu, sudovi su formirali stručne timove da bi utvrdili koji dokazi treba da se zahtevaju i kako treba postupati u opsegu od 102 „rutinska“ krivična predmeta, a kreira se softer za ocenu verodostojnosti dokaza.¹⁷ Primer kompjuterskog uspeha praćen u medijima bio je slučaj u kojem je kompjuter otkrio da tužilaštvo nije dostavilo potvrdu o oduzetoj robi.¹⁸

Uloga softvera programirana je kao prethodna i naknadna. Prethodna uloga softvera u postupku odlučivanja ogleda se u predlaganju odluka u krivičnom postupku. Softver predlaže krivične presude na osnovu unošenja činjenica koje sudija prethodno bira sa kompjuterske liste i analizira se kako je odlučeno ranije u sličnim slučajevima. Naknadna uloga softvera ogleda u kontrolisanju sudija da li je njihova odluka saglasna odlučivanju u ranijim sličnim slučajevima.¹⁹

Uporedo sa formiranjem velikih baza podataka i razvojem veštačke inteligencije u Kini raste zebnja da će veštačka inteligencija postati „giljotina sudske rasprave“, jer će sve zavisiti od kreiranog softvera, dok će pravna obrazloženja, rasprave i tumačenja postati manje važne i sudije će gubiti institucionalne i tehničke garancije slobodne ocene dokaza.²⁰ Pojava „pluralizacije donosilaca odluka“ može da dovede do toga da mašine preuzimaju postepeno veći uticaj na odluku sudije, što vodi izbegavanju sudijske odgovornosti. Tačnost ishoda, rezultata algoritma, upitna je, jer je potencijalno sporna dovoljnost i pouzdanost podataka koji se koriste za stvaranje algoritma, zatim prilagođenost analitičkog alata pravnom sistemu.

¹⁶ Weidong Ji, „The Change of Jurisdiction in the Era of Artificial Intelligence“, *Asian Journal of Law and Society*, No. 7, 2020, 517.

¹⁷ Rachel E. Stern *et al.*, „Automating Fomating Fairness? Artificial Intelligence in the Chinese Court“, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 59, 2021, 541.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ U pogledu pomoći sudiji u krivičnom postupku, veštačka inteligencija ima potencijal da identifikuje obrasce pogrešnog donošenja odluka.

²⁰ W. Ji, *op. cit.*, 526.

OSNOVNE POTENCIJALNE OPASNOSTI
„ALGORITAMA ZA OBRADU PRESUDA“

U pojedinim krivičnim pravosuđima koriste se automatizovani sistemi za donošenje odluka zasnovani na algoritmima, koji uključuju upotrebu vrste tehnologije mašinsko učenje (*Machine Learning*).²¹ Zagovornici uvođenja veštačke inteligencije u rad pravosuđa generalno ističu da je njena prednost pouzdanost, nepristrasnost i ušteda sudskih troškova.²² Naučni i stručni radovi i brojna istraživanja ipak upućuju na to da upotreba veštačke inteligencije u krivičnom pravosuđu može upravo da ima suprotne efekte – nepouzdanost rezultata obrade, odnosno nepouzdanost predviđanja sudskih odluka, narušavanje kvaliteta sudijskih odluka, pristrasnost/predrasude svojstvene veštačkoj inteligenciji (*AI bias* odnosno *automation-bias*), tačnije ugrađane u strukture veštačke inteligencije²³, te generisanje diskriminatornih ishoda, povreda individualnih prava i sloboda, uključujući pravo na pravično suđenje. Sistemima veštačke inteligencije u nekim državama, koje su još uvek izolovani primeri, zadaje se uopštena uloga da pomognu sudiji, ne i da zamene sudiju u funkciji presuđenja i donošenju odluka u krivičnom postupku. Ova „dozirana“ uloga veštačke inteligencije u procesu odlučivanja ipak nosi sa sobom brojne opasnosti.

Pomoć sudiji prilikom donošenja presuda od strane veštačke inteligencije podrazumeva unošenje u kompjuterski sistem velikog broja presuda, kao velike količine podataka (*Big Data*), što je praktično naginjanje ka primeni logike svojstvene sistemu precedentnog prava. Podrazumeva odabiranje i primenu relevantnih varijabli koje treba da dovedu do obrasca za odluku, a koje su mnogobrojne kada je u pitanju donošenje presude u krivičnim predmeta kojom se odlučuje o krivičnom delu i krivičnoj sankciji. Tehnički posmatrano, faktori (varijable) od kojih zavisi

²¹ Metode obrade prirodnog jezika (*Natural Language Processings*) i mašinskog učenja (*Machine Learning*) koriste se za stvaranje alata za prognoziranje ishoda sudskog odlučivanja. Odluke koje proizilaze iz mašinskog učenja odnose se na situacije u kojima je mašina „obučena“ tako što je izložena velikoj količini podataka i zaključuje pravilo iz obrazaca koje posmatra (koncept „pravila naučena iz primera“). Joshua A. Kroll *et al.*, „Accountable Algorithms“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, 2017, 679.

²² Inicijativa za uvođenje alata koji će prognozirati sudsku odluku potekla je iz privatnog sektora, pre svega osiguravajućih društava, advokatskih i pravnih službi u cilju da se otkloni pravna nesigurnost i nepredvidivost sudskih odluka. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, op. cit., 15.

²³ Automatizovano donošenje odluka potencijalno „istovremeno sistematizuje i prikriva diskriminaciju“. V.: J. A. Kroll *et al.*, op. cit., 680.

donošenje presuda, te ishod krivičnog postupka, odnose se pre svega na događaj koji se desio (objektivne i subjektivne elemente dela), pravo i pravne termine i procesne faktore. Kompjuterski rezultat, odnosno pronalaženje obrasca odluke zavisi pre svega od prethodne ocene dokaznog predloga, ocene tačnosti i pouzdanosti izvedenog dokaza od strane sudije i utvrđivanja činjenica. Samim tim, presude zasnovane isključivo na automatskoj obradi podataka isključene su po prirodi stvari u krivičnom postupku.

Polazeći od analize evropskopравnih izvora koji garantuju pravo na pravično suđenje, nalazi se da sistemi veštačke inteligencije ne bi trebalo da „potkopaju“ pravo da pojedincu sudi nepristrasan i nezavisan sud, te da pojedinac ne bi trebalo da bude predmet automatizovane odluke koja rezultuje krivičnim dosijeom.²⁴ Pomoćna uloga veštačke inteligencije u postupku presuđenja, prema mišljenju pravne teorije, varljivo pomera kontinentalnoevropske sisteme ka obavezujućoj vrednosti, ne „presedana“, već ponavljanja obrazaca odluke i ujedno vodi opasnosti da ponavljanje obrazaca postane normativan faktor, te da ima uticaja na disciplinsku i građansku odgovornost sudije.²⁵ Sudije u kontinentalnoevropskim sistemima nisu formalnopravno dužne da postupaju po „šablonima“ odluka. Ako sudija, postupajući u skladu sa svojom funkcijom presuđenja i slobodnim sudijskim uverenjem primenjujući izvore prava odluči da odstupa od „šablona“ generisanih iz sudske prakse, upitna je potreba posebnog obrazloženja odluke o odstupanju. Takođe, postavlja se pitanje ko je odgovoran ako su povrede osnovnih ljudskih prava uzrokovane „nacrtom odluke“ veštačke inteligencije.

RIZICI UPOTREBE ALGORITAMA VEŠTAČKE INTELIGENCIJE PO NAČELA SLOBODNOG SUDIJSKOG UVERENJA I SLOBODNE OCENE DOKAZA

Kreiranje pametnih algoritama koji su u funkciji da savetuju sudiju i pruže pomoć u postupku donošenja sudskih odluka, *a priori* dovode u pitanje ostvarivanje dva međusobno usko povezana načela, načela slobodnog sudijskog uverenja i slobodne ocene dokaza. Načelo slobodnog sudijskog uverenja karakteristično je za proces donošenja odluka, pre svega najvažnije odluke u krivičnom postupku – presude kojom sud odlučuje o krivičnopravnoj stvari. Slobodno uverenje suda odnosi

²⁴ Fair trial, *Regulating Artificial Intelligence for Use in Criminal Justice Systems in the EU Policy Paper*, 2, <https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/Regulating-Artificial-Intelligence-for-Use-in-Criminal-Justice-Systems-Fair-Trials.pdf>, 15. 9. 2022.

²⁵ Serena_Quattrocchio, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings, A Framework for A European Legal Discussion*, Springer, Cham, 2020, 209–210.

se i na slobodno uverenje/rasuđivanje o dokaznom predlogu odnosno koje će se dokazne radnje preduzimati, te izvođenju dokaza, kao i o dokaznoj snazi odnosno vrednosti dokaza, čiji je temelj slobodna ocena dokaza.²⁶ Slobodno sudijsko uverenje i slobodna ocena dokaza odnosi se i na određivanje vrste i odmeravanje visine kazne. U kontinentalnoevropskim sistemima, kako se to objašnjava u našoj krivičnoprocesnoj doktrini, sud primenjuje slobodnu ocenu dokaza i „rezonuje prema svom slobodnom uverenju“ prilikom ocene i vrednovanja okolnosti koje su u konkretnom slučaju od značaja za odmeravanje kazne, „što načelno predstavlja izraz poverenja pravnog sistema u zdrav rezon sudija, njihovo poštenje i pravičnost, a kao i inače, mogućnost određenih procesnopravnih korekcija i u ovom pogledu postoji zahvaljujući sistemu pravnih lekova u krivičnom postupku“.²⁷ Ustavni sud Makedonije je na temelju načela slobodne ocene dokaza i slobodnog sudijskog uverenja, ukinuo Zakon o određivanju vrste krivične sankcije i odmeravanju visine kazne (kao i sa njim odnosno pravilo Krivičnog zakona Makedonije), koji počiva na matematičkom „bodovanju“ pojedinačnih olakšavajućih i otežavajućih okolnosti.²⁸

Algoritmi za procenu rizika korišteni su u postupku izricanja kazne u SAD. Rezultati njihovog rada su preporuke sudiji za odluku o meri zatvorske kazne. Ročište za izricanja krivične osobena je kontradiktorna faza krivičnog postupka SAD, čije postojanje je posledica porotnog suđenja odnosno održavanja suđenja pred porotom, koja sledi donošenje odluke o krivici od strane porote.²⁹ Algoritmima je dodeljena funkcija da putem naučno-tehničkih metoda dođu do konkretnog ishoda – krivične sankcije, te da time eliminišu razlike svojstvene sudijama kao ljudskim bićima i postignu efikasnost u odlučivanju. Osnovni prigovori upotrebe ovih

²⁶ O tome: Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2020, 80–82.

²⁷ M. Škulić, „Presuda makedonskog Ustavnog suda 169/2016–0–1 o Zakonu o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne sa komentarom“, *KoPra – Kontinentalno prav – Časopis za održiv i skladan razvoj prava (Kontinentales Recht – Zeitschrift für nachhaltige und zweckmäßige Rechtsentwicklung)*, broj 2, 2018, 46.

²⁸ U odluci Ustavnog suda Makedonije 169/2016–0–1, izveden je zaključak da je novelama makedonskog krivičnog zakonodavstva „napušten koncept sudskog odmeravanja kazne, jer sud odmeravanje kazne ne vrši po svom slobodnom ubeđenju, već po posebnim pravilima propisanim opšernom zakonom“. M. Škulić (2018), op. cit., 49.

²⁹ Sudija po pravilu pribavlja relevantne podatke za izricanje krivične sankcije od službe za određivanje krivičnih sankcija koji se odnose na optuženog i krivično delo, a veliki broj država u SAD su ustanovile i primenju sopstvene smernice za određivanje kazni, čija je „osnovna funkcija da limitiraju nekada, tj. u istorijskom smislu, veoma široko praktikovanu sudijsku slobodu“. M. Škulić, *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih država*, Drugo izdanje, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2022, 354.

algoritama nisu se prevashodno odnosili na slobodno sudijsko uverenje, što je logično jer su u velikom broju američkih država usvojene smernice za odmeravanje kazni. Primedbe su se odnosile prvenstveno na tačnost unetih informacija na kojima se zasniva ocena rizika, kao i kreiranog programa, pretnje po realizaciju prava okrivljenog na „individualizovanu kaznu“, te pravično vođenje postupka (ostvarivanje prava okrivljenog da u potpunosti preispituje odluku o krivičnoj sankciji ocenom tačnosti rezultata, pitanje postojanja „predrasuda algoritama“).³⁰

Uloga veštačke inteligencije u procesu odlučivanja izaziva veliku zabrinutost pravnika iz sveta nauke i struke, jer nosi potencijal da oslabi sudsku vlast i vodi potpunoj dekonstrukciji suđenja, te i davanju prioriteta tehnologiji nad pravnim rasuđivanjem i pravom. Potencijalno krši ustavno načelo „sudskog monopola odlučivanja“, koje podrazumeva pripadnost sudske vlasti sudijama, nezavisnost sudija, te vezanost sudija zakonom.³¹ Algoritmi testirani da pomognu sudiji u radu u cilju efikasnosti i jednoobrazne primene prava mogu da prerastu u zamenu za sudije, kao rezultat nekritičkog pouzdanja sudija u rezultat rada algoritama. Doktrina ukazuje na to da je temelj „normativnog pristupa matematičkog modeliranja“ da objektivizuje postupak odlučivanja, smanjujući kriterijume koji nisu objektivni, odnosno da eliminiše arbitrarnost, ali ne nužno i slobodno uverenje u odlučivanju.³² Može se zaključiti da se u kontekstu pomoćne uloge veštačke inteligencije, slobodno sudijsko uverenje proteže i na ocenu težine procene sistema veštačke inteligencije i ocenu da li će sud da prihvati preporuku veštačke inteligencije, pri čemu je sud vezan poštovanjem garancije pretpostavke nevinosti, načelom *in dubio pro reo*, kao i ostalim zahtevima prava na pravično suđenje.

Ukazivanje poverenja mašinama da imaju savetodavnu/pomoćnu ulogu u postupku odlučivanja, zasniva se na nepoverenju u slobodno uverenje sudije i slobodnu ocenu dokaza, povećanoj kritici sudske diskrecije i rizicima da slobodno sudijsko uverenje preraste u samovoljno odlučivanje. Sistemi veštačke inteligencije potencijalno se razvijaju u pravcu izrade nacrt presude na osnovu utvrđenog ishoda sistema. U naučnoj literaturi se ukazuje na to da razvoju upotrebe veštačke inteligencije u pravosuđu mora da se postavi granica, a to je da je uloga tehnološkog napretka da dopunjava ljudsku inteligenciju, a ne da je zamenjuje. U teorijskom smislu granica bi bila da sudija *može* da iskoristi „nacrt

³⁰ Katherine Freeman, „Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in *State v. Loomis*“, *North Carolina Journal of Law & Technology*, Vol. 18, No. 5, 2016, 91–100.

³¹ Claus Roxin, Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, München 2009, 31.

³² S. Quattrocchio, *op. cit.*, 18.

presude“ da iznese svoje razloge, da se dozvoljava ljudski nadzor nad kompjuterskim programom i omogućavaju diskreciona ili društvena razmatranja koja mogu da budu izvan mogućnosti kompjuterskog programa.³³ Ograničenje uloge algoritama u donošenju odluka sudije, koje ujedno proističe iz sudijske funkcije i slobodnog sudijskog uverenja i štiti ih, jeste pravo na ljudsku intervenciju. Sadržaj prava na ljudsku intervenciju još uvek nije definisan u međunarodnopravnim dokumentima.

Odluke donete pod uticajem veštačke inteligencije moraju da budu ubedljivo obrazložene, što treba da podrazumeva obrazloženje mere uticaja i samog rezultata algoritma. Inherentno svojstvo odluka donetih na ovaj način jeste pretnja da se podrije pravo na obrazloženu sudsku odluku, jer algoritam ima efekat „crne kutije“ odnosno „zagonetke“. Objektivnost, neutralnost i tačnost kompjuterskog ishoda mora biti podložna preispitivanju.

Algoritmi obeshrabruju sudije da donose odluke koristeći svoja sopstvena iskustva, moralno rasuđivanje i vrednosti, te se rizikuje da se sudija, umesto da slobodno ceni dokaze, usklađuje sa algoritmom.³⁴ U teoriji se nalazi da postoji suprotstavljenost prava okrivljenog u okviru prava na pravično suđenje i vrednosti procene rizika od strane algoritma i potreba da sud uspostavlja ravnotežu, te se postavlja pitanje kako u ovim uslovima sudija ostvaruje slobodno uverenje.³⁵

U literaturi koja analizira efekte razvoja uloge veštačke inteligencije u pravosuđu zemljama anglosaksonske pravne tradicije, zaključuje se da utiče na osnovne vrednosti sudijske funkcije, pre svega transparentnost, odgovornost, nezavisnost i nepristrasnost.³⁶ Polazeći upravo od iskustava Kine, nalazi se da „tehnologija može polako da nagriza sudsku vlast promenom koncepcije uloge suda“.³⁷ Prognoze su da će uvođenje uloge veštačke inteligencije u postupak sudskog odlučivanja neizbežno preoblikovati sudijsku funkciju, a da je samo pitanje kada će se to desiti i u kojoj meri.³⁸ Zahtevanje određenih dokaza za dokazivanje pojedinih krivičnih dela

³³ Tania Sourdin, „Judge v Robot?, Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making“, *UNSW Law Journal*, Vol. 41, No. 4, 2018, 1130–1131.

³⁴ W. Ji, op. cit., 544.

³⁵ Ugo Pagallo, „Foreword: Let a Lawyer Write of AI“, in: S. Quatrocolo, op. cit., ix.

³⁶ Monika Zalnieriute, Felicity Bell „Technology and the Judicial Role“, *The Judge, the Judiciary and the Court: Individual, Collegial and Institutional Dynamics in Australia* (ed. Gabrielle Appleby, Andrew Lynch), Cambridge University Press, Cambridge, 2021, 126.

³⁷ W. Ji, op. cit. 552

³⁸ T. Sourdin, op. cit., 1131.

upravo je zahtev zakonske ocene dokaza, antipoda načelu slobodne ocene dokaza. „Otklanjanje bilo kakvih pravila u o vrednosti dokaza“, smatra se težištem načela slobodnog sudijskog uverenja.³⁹ U pravnoj teoriji se nalazi da „okolnosti konkretnog slučaja nalažu aktivnu i kreativnu ulogu suda u postupku dokazivanja, a ne ulogu 'tehničara'“⁴⁰ koji bi primenio neko pravilo odnosno zahtev koji unapred i apstraktno vrednuje dokaze.

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE I UPOTREBA VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U KRIVIČNOM POSTUPKU

Upotreba veštačke inteligencije u krivičnom postupku veliki je izazov za ostvarivanje prava okrivljenog na pravično suđenje zaštićeno ustavnim, međunarodnopravnim i zakonskim garancijama. Ocena da li upotreba veštačke inteligencije odnosno uslovi pod kojima se veštačka inteligencija upotrebljava u krivičnom postupku poštuju pravo na pravično suđenje zahteva specifično tumačenje osnovnih prava okrivljenog, odnosno izvesne modifikacije u tumačenju tradicionalnih garancija prava na pravično suđenje.

Razvoj primene veštačke inteligencije naglasio je potrebu da se dodatno zaštititi pravo okrivljenog da mu sudi nezavistan i nepristrasan sud i pravo na pristup sudu. Niko ne može da bude predmet automatizovane odluke koja rezultuje efektom lišenja slobode bilo u vidu preventivnog lišenja slobode (odluke o pritvoru) ili uvođenja u kaznenu evidenciju odnosno izricanja krivične sankcije i kažnjavanja, niti bilo koje automatizovane odluke koja se odnosi na individualna prava bez *značajnog ljudskog doprinosa*.⁴¹ Ispunjenje ovih zahteva podrazumeva da eventualno uvođenje veštačke inteligencije u rad sudova treba da prate čvrste garancije da se sudije u postupku donošenja odluka ne oslanjaju u većoj meri na rad algoritama veštačke inteligencije.

Primena algoritama za ocenu rizika budućeg ponašanja okrivljenog integrisana je u strateški, usmeren ka budućnosti i ciljani pristup kontroli kriminala koji se fokusira na identifikaciju, analizu i „upravljanje“ rizicima pre nego na reaktivnu istragu i otkrivanje pojedinih krivičnih dela.⁴² Tesno je povezano sa težnjama

³⁹ Zagorka Jekić, *Krivično procesno pravo*, GDP „Dimitrije Davidović“, Beograd, 1998, 220.

⁴⁰ Saša S. Knežević, *Krivično procesno pravo, Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2019, 83.

⁴¹ Fair trial, op. cit., 10.

⁴² Mike Maguire, „Policing by risks and targets: Some dimensions and implications of intelligence-led crime control“, *Policing and Society*, 9 (4), 2000, 315.

za unapređenje efikasnosti policije, a može da se shvati kao deo širih promena u prirodi socijalne kontrole koje su pratile razvoj „rizičnog društva“ (*risk society*).⁴³

Pretpostavka nevinosti dovodi se u pitanje primenom algoritama za procenu rizika bilo u okvirima softvera *predictive policing* u pogledu uticaja ocene rizika na odluku da će se određeno lice goniti za određeno krivično delo, te na niz drugih odluka u krivičnom postupku koje proističu iz ove procene, kao i *predictive justice* softvera za ocenu rizika od bekstva i ponovnog izvršenja krivičnog dela.⁴⁴ Zapaža se da obimna policijska ovlašćenja, koja su odraz pre-crime modela orijentacije krivičnog prava utiču i na pretpostavku nevinosti, što potkrepljuje mišljenje da je „preventivna pravda na suprotnom polu od pretpostavke nevinosti“.⁴⁵ Pretpostavka nevinosti treba da deluje na projektovanje sistema veštačke inteligencije tako da ne određuje pojedince bez okončanja suđenja kao učinioce krivičnog dela i da ne dozvoljava policiji da preduzima nesrazmerne mere protiv pojedinca bez postojanja relevantnog stepena sumnje da je učinio krivično delo.⁴⁶ Istraživanja ukazuju na to da se unosni podaci u algoritme za ocenu rizika baziraju na policijskih izveštajima o hapšenjima⁴⁷ i drugim policijskim izveštajima koji su vođeni prethodnim diskriminatorским postupanjem, a da rad alata za procenu rizika u algoritamskom sistemu odlučivanja uvećava unete predrasude. Korišćenje alata za procenu rizika zapaža se u pravosudnoj praksi SAD u postupku donošenja odluke o jemstvu. Alati ocenu rizika generišu na osnovu policijskih podataka o ponovnom hapšenju zbog izvršenja istog/istovrsnog krivičnog dela, koje može biti i posledica direktne diskriminacije u odlučivanju policije.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Sistemi procene rizika ušli su u pravosudni sistem zemalja koje karakteriše opterećenost implicitnim predrasadama sudija. Algoritmi za procenu rizika predstavljeni su kao inovativno sredstvo za postizanje efikasnosti, neutralnosti i pravičnosti, ali istraživanja pokazuju suprotan efekat. Kada se koriste procene rizika bazirane prvenstveno na prediktivnoj tehnologiji, podstiču štetne trendove masovnog lišavanja slobode i uvećavanja nejednakosti u pravosudnom sistemu. V.: Chelsea Barabas *et al.*, „Interventions over Predictions: Reframing the Ethical Debate for Actuarial Risk Assessment“, *Proceedings of Machine Learning Research*, Vol. 81, 2018, 10.

⁴⁵ Svetlana M. Nenadić, *Pretpostavka nevinosti sa posebnim osvrtom na praksu Evropskog suda za ljudska prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2021, 273.

⁴⁶ Fair trial, op. cit., 2.

⁴⁷ Primer implicitnog kršenja pretpostavke nevinosti u rešenjima o određivanju/produženju pritvora obrazloženjem rešenja koje sugeriše da je okrivljeni kriv u postupku koji je još uvek u toku, koji proizlazi iz prakse Evropskog suda za ljudska prava, navođenje je činjenice da se protiv okrivljenog vode i drugi postupci. Takođe, implicitno se krši pretpostavka nevinosti i ako se ovoj činjenici u obrazloženju osuđujuće presude, u delu u kojem se navode razlozi o vrsti i meri izrečene krivične sankcije, pripisuje karakter otežavajuće okolnosti. V.: *Hajnal protiv Srbije*, ESLJP, Predstavka broj 36937/06, 19. jun 2012, paragrafi 130–131.

Očigledan primer jeste rad alata za procenu rizika, poznatog pod nazivom „HART“ (*Harm Assessment Risk Tool*), primenjenog u Velikoj Britaniji, koji koristi tehniku mašinskog učenja. Alat procenjuje rizik od ponovnog izvršenja krivičnog dela od strane osumnjičenog koristeći više od trideset faktora (varijabli) koji se odnose pre svega na kriminalnu istoriju i socijalno-ekonomsko poreklo. Namerno podešavanje da se tolerišu greške precenjivanja rizika (greške u korist opreza)⁴⁸ umesto funkcionisanje sistema u korist okrivljenog deluje obrnuto od dejstva pretpostavke nevinosti i pravila *in dubio pro reo* odnosno tumačenja *in favor defensionis*. Precenjivanje rizika suprotno je *ultima ratio* karakteru pritvorra, kao mere za obezbeđivanje prisustva okrivljenog i nesmetano vođenje krivičnog postupka.

Uticaj tehnologije u procesu donošenja odluka po prirodi stvari vodi standardizaciji obrazloženja odluka, zbog čega pravo na obrazloženu sudsku odluku zahteva dodatne garancije. Pravo na obrazloženu sudsku odluku, implicitno pravo okrivljenog, jedno je od zahteva u okviru prava na pravično suđenje odnosno jedno od njegovih jemstava. Doktrina izdvaja višestruki doprinos ovog prava pravičnom postupku: 1. poboljšava kvalitet odluka suda; 2. informativna je osnova sudske odluke u pogledu činjenica i primene prava, što utiče na ostvarivanje prava na pravni lek; 3. potvrđuje poštovanja ugleda i dostojanstva okrivljenog.⁴⁹ Potencijalne pristrasnosti veštačke inteligencije i ograničenja transparentnosti njenog rada, rizici su po pravo na obrazloženu sudsku odluku.

Uticaj veštačke inteligencije na donošenje sudske odluke dovodi u pitanje to kako se tretira algoritamski rezultat, da li kao jedna od okolnosti koja u međusovnoj vezi sa drugim okolnostima slučaja opravdava donošenje odluke. Ovo dovodi do opasnosti odsustva analize i obrazloženja kako se do te okolnosti došlo, te ocene da li je postupak koji je doveo do rezultata u saglasnosti sa osnovnim garancijama položaja okrivljenog i pravima na odbranu. Posledično, upitna je mogućnost subjekata u funkciji odbrane da preispituju odluku „napadajući“ je ulaganjem žalbe ili vanprednog pravnog leka. S obzirom na apstraktnost rezultata algoritma, potrebno je obezbediti zahtev da obrazloženje bude potpuno i individualizovano, uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja.

Evropski sud za ljudska prava konstatuje da postoji „prirodni jaz između tužilaštva i odbrane“, jer javni tužilac ima ulogu državnog organa, što sprečava „idealnu jednakost“ javnog tužioca i subjekata u funkciji odbrane, ali ne utiče na

⁴⁸ O tome: Marion Oswald *et al.*, „Algorithmic risk assessment models: lessons from the Durham HART model and ‘Experimental proportionality’“, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 27, No. 2, 2018, 228.

⁴⁹ Vojislav Đurđić, *Krivično procesno pravo, Opšti deo*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2014, 60–61.

kapitalni značaj načela.⁵⁰ Načelo jednakosti „oružja“ je aspekt prava na pravično suđenje, odnosno jedan od elemenata šireg koncepta pravičnog suđenja. Zahteva da se svakoj stranci omogućava „razumna prilika da predstavi svoj slučaj, uključujući i dokaze, pod uslovima koji je ne postavljaju u suštinski/bitno nepovoljniji položaj u odnosu na protivnu stranku“.⁵¹ Načelo podleže velikim izazovima razvoja upotrebe veštačke inteligencije u pravosuđu, koji dovode u pitanje faktičku mogućnost delotvornog ostvarenja ovog načela, u dva pravca.

Ako je sudska odluka doneta pod uticajem saveta odnosno pomoći veštačke inteligencije, postavlja se pitanje na koji način subjekti u funkciji odbrane mogu da preispituju u potpunosti tačnost i zakonitost te odluke. Načelno, uloga veštačke inteligencije da preporuči sudiji odluku, otvara veliku opasnost po ostvarivanje osnovnih prava okrivljenog u postupku, jer se kompjuterskom kodu pripisuje epitet „crne kutije“. Osnovni problem jeste kako će prosečni okrivljeni ostvariti pravo da preistipa algoritam, praktično njegovu „zagonetku“ koja je imala neki uticaj na donošenje sudske odluke. Takođe, upitno je u kojoj meri se ostvaruje uticaj veštačke inteligencije. U nedostatku odgovora, potencijalna je opasnost da praktično odluke donose stručnjaci za veštačku inteligenciju odnosno tehnološke kompanije. U pogledu primene algoritama za procenu rizika od bekstva, recidivizma, zaključuje se da u odsustvu transparentnosti i razumevanja procesa u kojima se odlučuje da se odbije ili odobri jemstvo i bez mogućnosti da se ospore takve odluke, preti opasnost razornog udaraca na osnovna ljudska prava i slobode.⁵² Temelji ovog problema odgovaraju bazama narednog, jer proizilaze iz prirodnih odlika algoritama veštačke inteligencije i interesa njihovih vlasnika.

Drugi, veoma aktuelan i teorijski i praktičan problem u savremenom krivičnom postupku je prikupljanje dokaza od strane veštačke inteligencije u istragama, odnosno korišćenje dokaza koji su u vezi sa veštačkom inteligencijom. Načelo jednakosti „oružja“ podrazumeva pravo na otkrivanje dokaza (svojstveno adverzijalnim krivičnim postupcima) / pravo na razmatranje spisa i razgledanja predmeta koji služe kao dokaz (svojstveno kontinentalnoevropskim krivičnim postupcima). Algoritamski procesi analiziraju podatke i isporučuju državnim organima inkriminišuće dokaze koji su često nejasni, tako da okrivljeni nije u poziciji da ospori

⁵⁰ Ugo Pagallo, Serena Quattrococo, „The impact of AI on criminal law, and its twofold procedures“, *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (ed. Woodrow Barfield, U. Pagallo), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, 396.

⁵¹ ECtHR, *Dombo Beheer B.V. v. Netherlands*, App. no. 14448/88, 27 October 1993, para 33; ECtHR, *Atanasov v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. no. 22745/06, 17 February 2011, final on 17/5/2011, para 29.

⁵² S. Milivojevic, op. cit., 51.

način prikupljanja dokaza.⁵³ Pouzdanost podataka koji su prikupljeni i obrađeni na automatizovan način ne mogu se osporiti „tradicionalnim putem“.⁵⁴

Značajna pretnja po ostvarivanje načela postoji u onoj meri u kojoj otkriveni nisu u stanju čak i uz pomoć branioca, da razumeju i osporavaju složene algoritamske sisteme za obradu dokaza, za koje se tvrdi da se odnose na njih.⁵⁵ Razumevanje načina prikupljanja dokaza podrazumeva otkrivanja „tehničkih informacija“, u vezi sa „programom, kodom ili podacima koji upravljaju sistemom veštačke inteligencije“.⁵⁶ U protivnom, postoji potencijalna povreda načela jednakosti „oružja“. Uslov delotvorne odbrane jeste da branioci znaju na koji način funkcionišu mašinsko učenje da bi mogli da formulišu pitanja i strategije.⁵⁷ Pravično suđenje podrazumeva preispitivanje ulaznih podataka i dovoljne tačnosti algoritma koja se izvode iz procesnih pravila, pravila o otkrivanju dokaza i prava na unakrsno ispitivanje svedoka na suđenju.⁵⁸

Osnovni problem koji dovodi u pitanje ostvarivanje načela je nemogućnost potpunog otkrivanja baza algoritamskog procesa, pre svega iz razloga održavanja efikasnosti istražnih metoda i čuvanja poslovne tajne. Realizacija načela iziskuje da se pronađu instrumenti koji će obezbediti provere verodostojnosti i nepristrasnosti algoritamskog procesa, odnosno da li algoritamski proces zadovoljava određene standarde. Predloženi instrumenti za ostvarivanje načela su pre svega tzv. dokazi bez znanja, odnosno kriptografski alati (tzv. *zero-knowledge proof software*), suštinski kontrolni softveri koji treba da obezbede otkrivanje određenih karakteristika (kriterijuma) bez potpunog otkrivanja koda i kontrolu istih, kao i nezavisna provera i potvrda pouzdanosti sistema od strane sudskih veštaka postavljenih u sudskom postupku kada subjekti u funkciji odbrane dovedu u pitanje tačnost automatizovanih podataka.⁵⁹ Ključno je pitanje da li postoje objašnjenja alata veštačke inteligencije prema određenim formulisanim standardima.

⁵³ Katalin Ligeti, K., „Artificial Intelligence and Criminal Justice“, *AIDP-IAPL International Congress of Penal Law*, 2019, 11. https://www.penal.org/sites/default/files/Concept%20Paper_AI%20and%20Criminal%20Justice_Ligeti.pdf, 20. 8. 2022.

⁵⁴ U. Pagallo, S. Quattrocchio, op. cit., 396.

⁵⁵ Michael Veale *et al.*, *Algorithms in the Criminal Justice System*, The Law Society of England and Wales, 2019, 57, <https://michae.lv/static/papers/2019algorithmsjusticesystem.pdf>, 15. 9. 2022.

⁵⁶ U. Pagallo, S. Quattrocchio, op. cit., 396.

⁵⁷ Patrick W. Nutter, „Machine Learning Evidence: Admissibility and Weight“, *Journal of Constitutional Law* 919, Vol. 21, 3/2019, 919.

⁵⁸ P. W. Nutter, op. cit., 948.

⁵⁹ U. Pagallo, S. Quattrocchio, op. cit., 397–398.

NAČELNA ZABRANA ODLUKA ZASNOVANIH „ISKLUČIVO NA
AUTOMATIZOVANOJ OBRADI PODATAKA“ – EVROPSKOPRAVNI OKVIR
UPOTREBE VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U PRAVOSUĐU

Širenje inicijativa i projekata za upotrebu veštačke inteligencije u Evropi dovelo je do regulisanja pravnih i etičkih pitanja u vezi sa upotrebom veštačke inteligencije, u težnji da se ograniče interesi tehničkih kompanija i stvori odgovornost za kreiranje i funkcionisanje algoritama.

Dva osnovna prava u vezi sa korišćenjem algoritama veštačke inteligencije za prikupljanje podataka, koja proističu iz Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta od 27. aprila 2016. godine o zaštiti fizičkih lica u pogledu obrade ličnih podataka i slobodnog kretanja takvih podataka i o stavljanju van snage Direktive 95/46/EZ⁶⁰, jesu pravo na nediskriminaciju, te ograničena prava na informaciju i na objašnjenje.⁶¹ Uredba ujedno postavlja granice automatizovanom donošenju pojedinačnih odluka. Načelna zabrana automatizovanih odluka proizilazi iz sadržaja pomenute Uredbe i *Direktive Evropskog parlamenta i Saveta o zaštiti fizičkih lica u pogledu obrade ličnih podataka od strane nadležnih organa za potrebe prevencije, istrage, otkrivanje ili gonjenja krivičnih dela ili izvršenja krivičnih sankcija i o slobodnom kretanju tih podataka i stavljanju van snage Okvirne odluke Saveta 2008/977/JHA (Direktiva (EU) 2016/680)⁶², usvojene 27. aprila 2016. godine, koja sprovodi standarde Uredbe.*

Obaveza država članica jeste da obezbede da u njihovim pravnim sistemima generalno bude zabranjena „odluka zasnovana *isključivo* na automatizovanoj obradi podataka, uključujući profilisanje, koja proizvodi *štetno pravno dejstvo* u vezi sa subjektom podataka ili *značajno utiče na njega*“ (čl. 11 st. 1 Direktive). Dakle, zabranom nisu obuhvaćeni: postupak donošenja odluka koji u velikoj meri, odnosno primarno zavisi od automatizovanih sistema, poluautomatski postupci donošenja odluka niti bilo koji vid pružanja pomoći sudijama u postupku odlučivanja

⁶⁰ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>, 7. 9. 2022.

⁶¹ O tome: Bryce Goodman, Seth Flaxman, „European Union Regulations on Algorithmic Decision Making and a 'Right to Explanation'“, *AI Magazine*, 2017, 55–56.

⁶² Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, L 119/89, [ur-lex.europa.eu/eli/dir/2016/680/oj](http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2016/680/oj), 7. 9. 2022.

od strane veštačke inteligencije, što otvara prostor za njenu širu upotrebu.⁶³ Paralelno sa opštom zabranom, istim članom Direktive utvrđuje se diskreciono pravo Evropske unije i države članice da dozvole i propišu odluke zasnovane isključivo na automatizovanoj obradi podataka. Izuzetak od načelne zabrane dopušta se ako su ispunjeni kumulativno sledeći uslovi: 1. pravo Evropske unije / države članice koje reguliše kontrolora (kome podleže kontrolor) to *dozvoljava*; 2. pravo Evropske unije / države članice koje reguliše kontrolora (kome podleže kontrolor) *obezbeđuje odgovarajuće mere zaštite prava i slobode nosioca podataka*, pri čemu je definisano da je minimum zaštite osiguranje prava na ljudsku intervenciju od strane kontrolora, koje mora da bude zaštićeno u svim slučajevima.⁶⁴

Evropska komisija je aprila 2018. izdala saopštenje koje nosi naziv „Veštačka inteligencija za Evropu“, nakon čega je, u junu 2018. godine, usledilo formiranje Ekspertske grupe visokog nivoa za veštačku inteligenciju (*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*). Komitet ministara Saveta Evrope osnovao je *Ad hoc* komitet za veštačku inteligenciju (*Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence*) septembra 2019. godine.

Evropska komisija za efikasnost pravosuđa (CEPEJ) u okviru Saveta Evrope usvojila je decembra 2018. godine Evropsku etičku povelju o korišćenju veštačke inteligencije u pravosudnim sistemima i njihovom okruženju.⁶⁵ Povelja kreira pet osnovnih načela u vezi sa stvaranjem alata veštačke inteligencije i njihovom upotrebom u pravosuđu, zasnovanih na poštovanju osnovnih prava: 1. *načelo poštovanja osnovnih*

⁶³ Fair Trial, op. cit., 1.

⁶⁴ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018, donet je po uzoru na Opštu uredbu EU o zaštiti podataka (*General Data Protection Act*, ГДПР). Zakon u čl. 38 sadrži pravilo, saglasno sadržaju Directive (EU) 2016/680 koja predviđa načelnu zabranu odluka zasnovanih „isključivo na automatizovanoj obradi podataka“. U čl. 38 st. 1 Zakona propisuje se *pravo lica na koje se podaci odnose* da se na njega „ne primenjuje odluka doneta isključivo na osnovu automatizovane obrade, uključujući i profilisanje, pod uslovom da se tom odlukom proizvode pravne posledice po to lice, odluka značajno utiče na njegov položaj“. Ovo individualno pravo je isključivo, prema čl. 38 st. 2 Zakona, ako „automatizovana odluka“ ima uporište u pravilima zakona u okviru pravnog sistema Republike Srbije („*odluka zasnovana na zakonu*“). Jedini uslov koji se propisuje u pogledu zakona jeste da su „tim zakonom propisane odgovarajuće mere zaštite prava, sloboda i legitimnih interesa lica na koje se podaci odnose“.

Zakon izričito dodatno propisuje osnov isključenja (osim pomenutog osnova i osnova koji se odnosi na odluku neophodnu za zaključenje/izvršenje ugovora), „izričit pristanak lica na koje se podaci odnose“. Za ovaj osnov određuje se minimum zaštitnih garancija – minimum prava: 1. pravo na *obezbeđenje učešća fizičkog lica* pod kontrolom rukovaoca u donošenju odluke; 2. pravo lica na koje se podaci odnose na izražavanje svog stava u vezi sa odlukom; 3. pravo lica na koje se podaci odnose da ospori odluku pred ovlašćenim licem rukovaoca.

⁶⁵ *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, Adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ, Strasbourg, 3–4 December 2018.

*ljudskih prava pri dizajnu i primeni veštačke inteligencije; 2. načelo nediskriminacije pojedinaca / grupe pojedinaca; 3. načelo kvaliteta i sigurnosti postupaka i podataka; 4. načelo transparentnosti (omogućavanja pristupa i razumevanja metoda obrade podataka), nepristrasnosti i pravičnosti; 5. načelo garantovanja kontrole korisnika (tzv. načelo *under user control*).*

Načelo poštovanja osnovnih ljudskih prava podrazumeva da upotreba veštačke inteligencije ne podriva pravo na pristup sudiji i pravo na pravično suđenje, koje uključuje dva aspekta, načelo jednakosti „oružja“ i pravo na kontradiktorni (adverzijalni) postupak, kao i poštovanje zakonskih načela i sudske nezavisnosti u postupku odlučivanja.

Brojna istraživanja i eksperimenti ukazuju na to da je veštačka inteligencija pristrasna, odnosno sklona predrasudama. Predrasude su svojstvene veštačkoj inteligenciji. Njena su inherentnih mana (*AI bias*). *Načelo nediskriminacije* podrazumeva mogućnost metoda obrade koji se koriste da otkriju diskriminaciju, naročito kada je reč o posebno osetljivim podacima. Odnosi se na potrebu da se diskriminacija neutralizuje ili na minimum zahteva – da se ograniči rizik od diskriminacije.

Načelo kvaliteta i sigurnosti postupaka i podataka podrazumeva pružanje garancija njihovog ostvarivanja tako što dizajneri modela mašinskog učenja treba u svoj rad da uključe pravnike iz sfere pravosudne struke (sudije, tužioce, advokate) i naučne radnike u oblasti pravnih i društvenih nauka. Podaci koji se unose u softver u vidu sudskih odluka moraju da budu verodostojni, da potiču iz sertifikovanih izvora i ne mogu da se menjaju dok ih mehanizam ne koristi.

Načelo transparentnosti, nepristrasnosti i pravičnosti složeno je načelo koje se sastoji iz više pojedinačnih međusobno povezanih zahteva.⁶⁶ Načelo transparentnosti (tehničke transparentnosti) jeste zahtev koji je posledica intelektualne svojine privatnih tehničkih kompanija nad metodima obrade podataka i postojanja poslovnih tajni.⁶⁷ Podrazumeva dužnost da se omogući pristup i razumevanje metoda obrade podataka i efikasnu spoljnu (eksternu) nezavisnu reviziju ovih metoda (postojanje nezavisnih organa/organizacija ili stručnjaka koji će vršiti nadzor).

⁶⁶ Odsustvo transparentnosti funkcionisanja alata veštačke inteligencije podriva sudsku nezavisnost i nepristrasnost u korist poslovne tajne, jer ako početni podaci u softveru odražavaju predrasude ili diskriminaciju prema određenoj grupi ljudi, onda program može da uvećava predrasude, što će činiti i sudija kada ga upotrebljava. V.: M. Zalnieriute, F. Bell, op. cit., 140.

⁶⁷ Burel (Burrell) razlikuje tri prepreke transparentnosti: „1. *namerno prikrivanje* korporacija i drugih institucija, kada se postupci odlučivanja drže u tajnosti od javnosti; 2. *nedostaci tehničke pismenosti*, jer je za većinu ljudi nedovoljan jednostavan pristup osnovnom kodu; 3. *neusklađenost između matematičke optimizacije u visokodimenzionalnoj karakteristici mašinskog učenja i zahteva ljudskog rasuđivanja i stilova interpretacije*“. Burrell, cit. prema B. Goodman, S. Flaxman, op. cit., 55.

Transparentnost se odnosi na podatke koji se obrađuju, dizajn algoritma, kao i na objašnjenje stepena do kojeg sistem veštačke inteligencije utiče na organizacioni proces donošenja odluka i oblikuje ga.⁶⁸ Algoritamsko odlučivanje treba da bude objašnjivo u što većoj meri. Odnosi se suštinski na postizanje izvesnog balansa u realizaciji transparentnosti – objavljivanje najvažnijih informacija odnosno „ključnih podskupova informacija“ o funkcionisanju algoritma. Algoritmi moraju da budu neutralni, odnosno da ih karakteriše odsustvo predrasuda. Načelo je u tesnoj vezi sa davanjem prioriteta interesima pravde, jer omogućava da korisnici sistema imaju dovoljno informacija i autonomije, da razumeju proces, razmotre alternative, uključujući i mogućnost da o njihovom predmetu odlučuje sudija.

Načelo kontrole korisnika podrazumeva da profesionalnim pravnicima koji rade u pravosudnom sistemu treba da se u svakom trenutku omogući da sagledaju podatke i odluke koje se koriste za postizanje rezultata i da imaju autonomiju koja podrazumeva da ne budu nužno vezani za ove rezultate, već da se rukovode specifičnim obeležjima konkretnog slučaja koji je predmet odlučivanja. Osnovni zahtev jeste i pravo na informaciju lica na koje se odluka odnosi, da je prethodno u obradi predmeta bila angažovana veštačka inteligencija i pravo ovog lica da prigovori tome kako bi o njegovom predmetu odlučivao sud, u skladu sa pravom na pravično suđenje.

ZAKLJUČAK

Dominantna uloga softvera veštačke inteligencije u vezi je sa otkrivanjem pojedinih krivičnih dela (računarske prevare, krivična dela u vezi sa kršenjem carinskih propisa, pranje novca i dr.). Veštačka inteligencija pruža pomoć policiji u efikasnoj borbi protiv kriminaliteta putem „prediktivnih alata“ u pojedinim zemljama, te i u vezi sa prikupljanjem dokaza. U pojedinim državama, pre svega državama SAD, Velikoj Britaniji, algoritmi veštačke inteligencije primenjuju se u cilju sprečavanja potencijalnih budućih krivičnih, podržavajući *pre-crime* orijentaciju krivičnog prava. Razvijaju se sistemi veštačke inteligencije koji imaju kapacitet da obrađuju sudske presude i učine ih „mašinski čitljivim“, pružaju pravne savete, ali i da odlučuju. Uloga veštačke inteligencije u postupku sudskog odlučivanja primenjuje se, osim u pomenutim zemljama i u Kini, koja zvanično podržava projekte sa kolokvijalnim nazivom „robot-sudija“.

⁶⁸ European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, „Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence“, Brussels, 8. 4. 2019 COM(2019) 168 final, 5, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0168&from=BG>, 10. 9. 2022.

Potencijalna uloga veštačke inteligencije u postupku donošenja sudskih presuda i njeno regulisanje u zemljama kontinentalnoevropskog sistema teško je zamislivo jer iako sudska praksa viših sudova, naročito najvišeg suda u državi praktično ima veliki autoritet u postupku donošenja sudskih presuda, formalnopravno nije izvor prava. Opasnost uloge veštačke inteligencije u pravosuđu jeste upravo u mogućnosti da se zakonito i pravično odlučivanje zameni odlučivanjem na osnovu statističkih proračuna. Uпитno je da li algoritam u velikoj bazi podataka u vidu sudskih presuda pravi razliku između presuda nižih i viših sudova, da li baze podataka obuhvataju presude koje su ukinute i preinačene. Načelno, postavljaju se pitanja tačnosti ishoda rada algoritma, kvaliteta sudskih odluka, poštovanja ljudskog dostojanstva, ostvarivanja prava na pravično suđenje i prava na delotvorni pravni lek. Načelo pravičnosti, u pravnoj teoriji smatrano vodećim načelom krivične procedure, osim proceduralnih zahteva sadrži i određene etičke. Veštačka inteligencija nema svest i ne bavi se etičkim pitanjima.

Postupak u kojem bi sudija bio savetovan ili u kojem bi mu mašina pomogla predlogom koju odluku da donese, nosi sa sobom rizik da načelo slobodnog sudijskog uverenja učini nedelotvornim, da sudija postane instrument umesto subjekt odlučivanja i da dovede do automatizovanih presuda. S tim u vezi, nameće se nužna potreba uređenja odgovornosti subjekata koji učestvuju u dizajnu automatizovanog procesa donošenja sudskih odluka, pre svega, programera, softverskih inženjera, tehnoloških kompanija.

U okviru zvaničnih dokumenata Evropske unije ukazuje se na veliki potencijal veštačke inteligencije da pruži pomoć u obavljanju pravničke struke. Imajući u vidu da Evropska unija propisuje pravni osnov za ulogu veštačke inteligencije u postupku odlučivanja, ne isključujući sudsko odlučivanje u krivičnom postupku, i pravno-etički započinje da reguliše njenu upotrebu, smatramo neophodnim da se u nacionalnom zakonodavstvu izričito ograniči i reguliše upotreba veštačke inteligencije u oblasti pravosuđa. U pogledu procesuiranja određenih prekršaja, potrebno je pružiti garancije prava na pristup sudu i prava na prigovor protiv obrade slučaja od strane veštačke inteligencije kako bi se ostvarilo pravo da se slučaj raspravi pred sudom, u smislu prava na pravično suđenje.

Istraživanja su pokazala da bez detaljne regulative upotrebe alata za prognoziranje (tzv. prediktivnih alata), ako se koriste za odlučivanje o jemstvu i pritvoru i o visini kazne, ovi alati vode povredi prava na pravično suđenje. Uloga veštačke inteligencije u procedurama odlučivanja potencijalno vodi zanemarivanju stepena krivice, pobuda iz kojih je izvršeno krivično delo i generalno okolnosti konkretnog slučaja koje se odnose na delo i okrivljenog. Nasuprot tome, upotreba veštačke inteligencija povlači rizik da omogućí prevagu okolnostima kao što je ranija osuđivanost,

ali i porodična istorija okrivljenog, što zanemaruje specifične okolnosti koje se odnose na okrivljenog i konkretno krivično delo, te i podacima iz policijskih izveštaja, što potencijalno vodi implicitnom kršenju pretpostavke nevinosti. Primeri ulaznih podataka, službeni podaci koji se pribavljaju o okrivljenima („podaci o ranijim hapšenjima“) i pojedini podaci koji se pribavljaju od okrivljenih, pretnja su po ostvarivanje pretpostavke nevinosti i vode diskriminaciji, što su pokazala brojna istraživanja. Uporednopravna iskustva ukazuju na kršenja pravila *in favor defensionis*, kada je u pitanju odlučivanje o preventivnom lišenju slobode u krivičnom postupku. U literaturi se potencira da je neophodno da ovi alati budu predmet nezavisne i temeljne revizije da li postoje predrasude u podacima, pre nego što se upotrebe za donošenje sudskih odluka.

Zahtevi prava na pravično suđenje modifikuju se imajući u vidu specifičnu prirodu funkcionisanja alata veštačke inteligencije i vlasnička prava tehnoloških kompanija na njima. Iz pravnoteorijskih analiza sledi da načela jednakosti „oružja“ i raspravnosti, aspekti prava na pravično suđenje podrazumevaju: 1. pravo okrivljenog na informaciju da se u postupku donošenja odluke primenjuje veštačka inteligencija; 2. pravo na kontrolu, osporavanje i raspravljanje o podacima koji se obrađuju, funkcionisanju algoritma i naučnoj validnosti algoritma; 3. pravo na otkrivanje i objašnjenje ključnih informacija o funkcionisanju algoritama. Ova prava formulišu se u pravnoj teoriji zbog potrebe da se upotreba veštačke inteligencije u pravosuđu i njeni rezultati uvedu u okvire vladavine prava, pa se izvode iz tradicionalnog tumačenja prava na odbranu, modifikujući ih u izvesnoj meri. U pravnim dokumentima formuliše se „pravo na ljudsku intervenciju od strane kontrolora“. Specifična tumačenja prava na pravično suđenje i njegovih zahteva neophodna su i u kontekstu uloge veštačke inteligencije u prikupljanju i analizi dokaza.

Dr. IVANA MILJUŠ
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

RISKS OF THE POTENTIAL ROLE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE JUDICIAL DECISION-MAKING PROCEDURE – MODERN CHALLENGES FOR CRIMINAL PROCEDURE

Summary

Comparative legal experience shows that AI algorithms are used in the in the judiciary in the form of tools for assessing the risk of flight, recidivism, violence, and tools for predicting the outcome of court proceedings. AI softwares are used to provide legal advice and to collect and process evidence. To a certain extent in some countries, they get a role in the court decision-making process

– advice and assistance to the judge to prepare the court decision. Nevertheless, the boundaries between judge and machine decision-making are becoming unclear, which has influenced the creation of the term „semi-automated decisions“. The current question is to what extent it is allowed, necessary and adequate to implement the digital transformation of the judiciary and to use artificial intelligence in the judiciary. In this paper, the author singles out examples of the use of artificial intelligence, with special reference to China. The dangers of the role of artificial intelligence in the adjudication process are explained, especially in European-continental procedures. The basic risks of using artificial intelligence in criminal proceedings are highlighted, primarily in terms of the principle of judicial discretion and free evaluation of evidence and the right to a fair trial. The author investigates European framework of legal and ethical regulation of the use of artificial intelligence in the judiciary. Based on legal theoretical analyses, the author points to modifications of the rights of the defendant in criminal proceedings in which AI is used.

Key words: artificial intelligence (AI), court decision, judicial discretion, free evaluation of evidence, right to a fair trial

Literatura

- Aletras N. *et al.*, „Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective“, *PeerJ Computer Science*, 2016.
- Barabas C. *et al.*, „Interventions over Predictions: Reframing the Ethical Debate for Actuarial Risk Assessment“, *Proceedings of Machine Learning Research*, Vol. 81, 2018.
- BBC news, „Chinese driver gets ticket for scratching his face“, <https://www.bbc.com/news/blogs-news-from-elsewhere-48401901>.
- Council of Europe, *Algorithms and Human Rights – Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Council of Europe, Strasbourg, 2018, <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>.
- Đurđić V., *Krivično procesno pravo, Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2014.
- European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*, Adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ, 3–4 December 2018, Council of Europe, Strasbourg, 2019, <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.
- European Commission, „Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence“, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, Brussels, 8. 4. 2019. COM(2019) 168 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0168&from=BG>.
- Fair trial, *Regulating Artificial Intelligence for Use in Criminal Justice Systems in the EU Policy Paper*, 2, <https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/Regulating-Artificial-Intelligence-for-Use-in-Criminal-Justice-Systems-Fair-Trials.pdf>.
- Freeman K., „Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in *State v. Loomis*“, *North Carolina Journal of Law & Technology*, Vol. 18, No. 5, 2016.

- Goodman B., Flaxman S., „European Union Regulations on Algorithmic Decision Making and a 'Right to Explanation'“, *AI Magazine*, 2017.
- Jekić Z., *Krivično procesno pravo*, GDP „Dimitrije Davidović“, Beograd, 1998.
- Ji W., „The Change of Jurisdiction in the Era of Artificial Intelligence“, *Asian Journal of Law and Society*, No.7, 2020.
- Knežević S. S., *Krivično procesno pravo, Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2019.
- Kroll J. A. et al., „Accountable Algorithms“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, 2017.
- Ligeti, K., „Artificial Intelligence and Criminal Justice“, *AIDP-IAPL International Congress of Penal Law*, 2019, https://www.penal.org/sites/default/files/Concept%20Paper_AI%20and%20Criminal%20Justice_Ligeti.pdf.
- Maguire M., „Policing by risks and targets: Some dimensions and implications of intelligence-led crime control“, *Policing and Society*, 9 (4), 2000.
- McCaney K., „Prisons turn to analytics software for parole decisions“, 1 November 2013, <https://gcn.com/articles/2013/11/01/prison-analytics-software.aspx>.
- Milivojevic S., *Crime and Punishment in the Future Internet*, Routledge Taylor & Francis Group, 2021.
- Nenadić M. S., *Pretpostavka nevinosti sa posebnim osvrtom na praksu Evropskog suda za ljudska prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2021.
- Oswald M. et al., „Algorithmic risk assessment models: lessons from the Durham HART model and 'Experimental proportionality'“, *Information & Communications Technology Law*, Vol 27, No. 2, 2018.
- Pagallo U., Quattrococo S., „The impact of AI on criminal law, and its twofold procedures“, *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (ed. Woodrow Barfield, U. Pagallo), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018.
- Re M. R., Solow-Niederman A., „Developing Artificially Intelligent Justice“, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 22, No. 2, 2019.
- Roxin C., Schünemann B., *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, München 2009.
- Shi C., Sourdin T., Li B., „The Smart Court – A New Pathway to Justice in China?“, *International Association for Court Administration*, Vol. 12, No. 1, 2021, <https://www.iacajournal.org/articles/10.36745/ijca.367/>.
- Sourdin T., „Judge v Robot?, Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making“, *UNSW Law Journal*, Vol. 41, No. 4, 2018.
- Snow A., *Automated Road Traffic Enforcement: Regulation, Governance and Use A review*, RAC Foundation, London, 2017.
- Stern E. R. et al., „Automating Fomating Fairness? Artificial Intelligence in the Chinese Court“, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 59, 2021.

- Signorato S., „A New Right in Criminal Procedure Implied by Human Dignity: The right to Non-Automated Judicial Decision-Making“, *Journal of Eastern-European Criminal Law*, Vol. 2020, No. 2, 2020.
- Strategija razvoja veštačke inteligencije u Republici Srbiji za period 2020–2025. godine, https://www.srbija.gov.rs/extfile/sr/437304/strategija_razvoja_vestacke_inteligencije261219_2_cyr.pdf.
- Škulić M., „Presuda makedonskog Ustavnog suda 169/2016–0–1 o Zakonu o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne sa komentarom“, *KoPra – Kontinentalno pravo, Časopis za održiv i skladan razvoj prava (Kontinentales Recht – Zeitschrift für nachhaltige und zweckmäßige Rechtsentwicklung)*, broj 2, 2018.
- Škulić M., *Krivično procesno pravo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2020.
- Škulić M., *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih država*, Drugo izdanje, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd 2022.
- The 2022 EU Justice Scoreboard, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM(2022) 234*, Publications Office of the European Union, European Union, Luxembourg, 2022, 36, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/eu_justice_scoreboard_2022.pdf.
- Zalnieriute M., Bell F., „Technology and the Judicial Role“, *The Judge, the Judiciary and the Court: Individual, Collegial and Institutional Dynamics in Australia* (ed. Gabrielle Appleby, Andrew Lynch), Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- Završnik A., „Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings“, *European Journal of Criminology*, Vol. 18, No. 5, 2019.
- Quattrocolo S., *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings, A Framework for A European Legal Discussion*, Springer, Cham, 2020.
- Veale M. et al., „Algorithms in the Criminal Justice System“, The Law Society of England and Wales, 2019, <https://michae.lv/static/papers/2019algorithmsjusticesystem.pdf>.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

VELIMIR RAKOČEVIĆ
ALEKSANDRA JOVANOVIĆ

ZAŠTITA PRAVA ŽRTAVA KRIVIČNIH DJELA U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU CRNE GORE I EVROPSKI STANDARDI

Žrtvama kriminaliteta tokom dužeg vremenskog perioda nije pružana dovoljna zaštita u krivičnom postupku. Čak je i termin žrtva nedavno inkorporiran u materijalne i procesne krivične zakonike. Radi se o osobama koje su viktimizirane inkriminacijama na način što im je prouzrokovana patnja ili bol, nanijeta šteta ili je došlo do povrede prava ličnosti. Ova oblast je bila marginalizovana i zbog toga što je viktimologija kao nauka o žrtvi krivičnog djela otpočela sa samostalnim naučnim razvojem tek u poslednjih nekoliko decenija. Danas je situacija bitno poboljšana makar na normativnom planu, budući da su prisutne tendencije značajnog jačanja prava žrtve u krivičnom postupku. Brojni međunarodni i evropski dokumenti u ovoj oblasti predviđaju aktivnu participaciju u krivičnom postupku žrtava inkriminacija i njihovu posebnu zaštitu. Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore iz 2022. godine predviđa visok stepen zaštite žrtava od kojih se posebno izdvajaju odredbe koje se odnose na značajno poboljšanje definicije žrtve krivičnog djela, kao i odredbe koje regulišu prava žrtve na brojne vidove podrške i pomoći u krivičnom postupku. Važan iskorak predstavlja i definisanje implementacije posebnih mjera zaštite kao i individualna procjena žrtve. Predviđena je i stručna služba za podršku žrtvama krivičnih djela u višim sudovima i višim državnim tužilaštvima.

Prof. dr Velimir Rakočević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore, e-mail: veljorakocevic@yahoo.com.

Dr Aleksandra Jovanović, savetnik u Višem državnom tužilaštvu, Podgorica, e-mail: aleksandrajovanovic417@gmail.com.

Interesovanje za probleme žrtve kriminaliteta može doprinijeti boljem razumijevanju i poboljšanju njenog položaja prije, u toku i nakon okončanja krivičnog postupka a posebno povećanju efikasnosti zaštite žrtve i članova njene porodice.

Ključne riječi: *krivično djelo, žrtva, zaštita, evropski standardi*

U V O D

U toku razvoja krivičnopravnih i krivičnih nauka predmet istraživanja ovih disciplina do sredine prošlog vijeka bilo je krivično djelo kao rezultat istraživanja autora Klasične škole i učinilac koji je proučavan u djelima autora Antropološke škole i pozitivistički orijentisanih kriminologa. Stoga se ukazala potreba za viktimološkim istraživanjima koja bi obuhvatila sve aktore viktimizacije, odnos žrtve i učinioaca, mehanizme koji generišu proces viktimizacije, prevenciju i slično. Sredinom 20. vijeka znanja iz ove oblasti su sistematizovana u djelu *The criminal and his victim* Hansa von Hentiga.¹ U njemu je po prvi put izvršena eksplikacija žrtava zločina i naglašen značaj proučavanja žrtve shodno konceptu dinamičke opservacije zločina. U kriminološko-viktimološkim krugovima prepoznat je po prvoj tipologiji žrtava baziranoj na unutrašnjim i egzogenim činocima koju je koncipirao trodimenzionalno (učinilac–žrtva, prikrivena žrtva i korelacija nosilac kriminalne aktivnosti – žrtva). U prvom slučaju ista osoba može biti sukcesivno delinkvent i žrtva u zavisnosti od konkretnih okolnosti. Osim toga, ista osoba može biti istovremeno i žrtva i učinilac kao u slučaju saobraćajnih delikata. Postoje i okolnosti ili stanja u kojima se jedna osoba pojavljuje u ulozi učinioaca ili žrtve usljed nepredvidivih iznenadnih manifestacije njene ličnosti. Ovaj autor je istakao dinamički pristup terminu delinkvent–žrtva kroz multidimenzionalni aspekt pri čemu dominantno mjesto zauzima fenomenološka dimenzija.

Kada govorimo o nastanku i razvoju viktimologije kao nauke o žrtvama zločina treba istaći da se nastanak ove nauke vezuje za Frederika Verthama koji je naziv ove nauke prvi inkorporirao u kriminološki rječnik.² Nekoliko godina kasnije Medelson je ovaj termin koristio u svom radu „A new Branch of Bio-Psychological science: Ia Vistimologu“, objavljenom u *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, da bi nakon tog perioda ovaj naziv nauke o žrtvi inkriminacija bio prihvaćen u naučnim krugovima.³

¹ Hans von Hentig, *The criminal and his victim*, Yale University Press, New Haven, 1948, 461.

² Frederic Wertham, *The Show of Violence*, Doubleday, Inc. Garden City, NY, 1949.

³ Benjamin Medelsohn, „A new Branch of Bio-Psychological science: Ia Victimology“, *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, Geneve, 1956, 27.

Kao što je ranije istaknuto, u dugom vremenskom periodu razvoja društva, proučavanje žrtve i njen pravni položaj u krivičnom postupku bio je marginalizovan u odnosu na zločin i učinioca zločina, zbog čega je žrtva bila daleko od ravnopravnog položaja.⁴ Više od dvije decenije nakon objavljivanja Hentigovog djela počelo je ozbiljnije interesovanje za položaj žrtve koji dobija internacionalni karakter. Na ovaj način je žrtva krivičnog djela dospjela u centar interesovanja dobivši važnu ulogu kroz model restorativne pravde, odnosno u dijelu sankcionisanja učinilaca krivičnih djela. Konačno se uvidjelo da osim nesporne potrebe privođenja pravdi svih delinkvenata treba posvetiti dužnu pažnju zaštiti žrtve i redukciji negativnih posledica zločina u odnosu na viktimiziranu osobu. Pojedini autori s pravom ističu da nema uspješnog suzbijanja i prevencije kriminaliteta bez adekvatnog tretmana i zaštite žrtava krivičnih djela.⁵

EVROPSKI STANDARDI U OBLASTI ZAŠTITE PRAVA ŽRTAVA KRIVIČNIH DJELA

Pravni položaj žrtve krivičnog djela sistemski se mijenja zahvaljujući uticaju međunarodnog prava a posebno standarda u oblasti krivičnog zakonodavstva EU.⁶ Evropska unija je donijela više akata koji se odnose na zaštitu žrtava krivičnih djela od kojih se izdvajaju Okvirna odluka o položaju žrtve u krivičnom postupku iz 2001. godine, zatim, Direktiva o naknadi štete žrtvama krivičnih djela iz 2004. godine i Direktiva EU o fundiranju minimalnih standarda o pravima, pomoći i zaštiti žrtava krivičnih djela iz 2012. godine. Generalno posmatrano zaštita žrtava krivičnih djela na nacionalnom i međunarodnom nivou obuhvata poštovanje prava na privatni život, sigurnost ličnosti i priznavanje prava na kompenzaciju u slučajevima viktimizacije.⁷ Naznačeni dokumenti polaze od činjenice da krivično pravno reagovanje na zločin kroz fokus samo na inkriminaciju i učinioca nije održivo ukoliko

⁴ Više o nastanku i razvoju viktimologije u: Alija Ramljak, Miodrag Simović, *Viktimologija*, Fakultet pravnih nauka Panevropskog univerziteta, Banja Luka, 2006.

Zvonimir Šeparović, *Viktimologija – studije o žrtvama*, Poslovna politika – Tiskara „Zagreb“ Beograd, Zagreb, 1987.

Miomira Kostić, Slobodanka Konstantinović Vilić, *Viktimologija*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2012.

⁵ Azra Adžajlić Dedović, Željko Topić, „Žrtva-svjedok: pomoć, podrška i zaštita“, *Bezbednost*, br. 2, 2016, 166.

⁶ Zoran Pavlović, „Krivičnopravna zaštita žrtava i implementacija evropskih standarda“, *Usaglašavanje pravne regulative sa pravnim tekovinama EU-stanje u BiH i iskustva drugih* (ur. Nataša Mrvić Petrović), Banja Luka, 2020, 30–41.

⁷ Gordana Krstić, „Zaštita žrtve u srpskom i portugalskom krivičnom zakonodavstvu“, *Strani pravni život*, 2018, 172.

se zanemare žrtve krivičnih djela. Pojedini autori su kritikujući tradicionalni sistem kaznene reakcije naglašavali opasnost od nove viktimizacije žrtava i ukazivali na neophodnost njihove rehabilitacije.⁸

Okvirna odluka Savjeta Evropske unije o položaju žrtava u krivičnom postupku,⁹ donijeta je saglasno odredbama VI Ugovora o EU, odnosno čl. 31 i 34(2)(b) ovog akta, čemu je prethodila inicijativa Portugalije i pozitivno mišljenje Evropskog parlamenta. U preambuli ovog dokumenta se ističe neophodnost bavljenja problematikom vezanom za podršku i pomoć žrtvama krivičnih djela sa fokusom na nadoknadu štete viktimiziranim licima. Dvije godine ranije je Savjet Evrope u Tempereu u formi zaključaka definisao minimalne standarde u ovoj oblasti sa akcentom na olakšan pristup pravosuđu uključujući i pravo žrtve na naknadu štete i sudskih troškova, kao i druge oblike pomoći i zaštite žrtava. U uvodnom dijelu odluke se naglašava potreba harmonizacije nacionalnih zakonodavstava u cilju ostvarenja efikasne zaštite prava žrtava prije, u toku i nakon krivičnog postupka, uz učešće specijalizovanih službi i njihovu prethodnu edukaciju za rad sa žrtvama, što ima za cilj sprječavanje sekundarne i tercijarne viktimizacije.

U članu 1 Okvirne odluke prezentirane su definicije pojedinih termina kao što su žrtva, krivični postupak, medijacija i slično. Tako je žrtva definisana na način da obuhvata „svako fizičko lice koje je pretrpjelo štetu“.¹⁰ Pojam žrtve ne obuhvata pravna lica koja po svojoj prirodi ne mogu biti viktimizirana kao fizička lica. U nastavku determinacije pojašnjeni su oblici viktimizacije koji se manifestuju u vidu fizičkih povreda, povreda mentalne prirode, emocionalnih i ekonomskih deprivacija prouzrokovanih aktivnim ili pasivnim kršenjem krivičnih propisa od strane učinioaca. Odredbe člana 1 definišu i organizaciju za podršku žrtvama što podrazumijeva djelovanje NVO koje *pro bono* pružaju podršku žrtvama pomažući oficijelne aktivnosti. Poštovanje i priznavanje prava žrtvama krivičnih djela predviđeno je u članu 2 ovog akta.¹¹ Ove odredbe obavezuju svaku državu članicu EU da suštinski obezbijedi adekvatnu ulogu žrtvi u krivičnom postupku. Posebno se ističe obaveza profesionalnog ophođenja prema žrtvi uz visok nivo poštovanja i obavezu čuvanja personalnog dostojanstva žrtve. Istaknuta je obaveza države da osigura žrtvama iz vulnerabilne kategorije poseban tretman u skladu sa njihovim potrebama. U sljedećem članu 3¹²

⁸ Nataša Mrvić Petrović, „Prava žrtava krivičnih dela u Holandiji“, *Strani pravni život*, br. 2, 2019, 31.

⁹ Okvirna odluka Savjeta Evropske unije o položaju žrtava u krivičnom postupku, 2001/220/JHA.

¹⁰ Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, čl. 1.

¹¹ Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, čl. 2.

¹² Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, čl. 3.

propisano je da države moraju obezbijediti da žrtva ima pravo na saslušanje u postupku i pravo da priloži dokaze nadležnom organu. Posebno je važna odredba stava 2 ovog člana koja podrazumijeva ispitivanje žrtava samo u mjeri neophodnoj za obavljanje krivičnog postupka. Ovo je posebno važno rješenje budući da je ranije postojala praksa višestrukog saslušanja žrtve od strane policije, tužilaštva i suda što je bilo svojevrsno iscrpljivanje i dodatna viktimizacija žrtve.

Pravo na informisanje žrtve definisano je u članu 4 OO.¹³ Naznačeno pravo podrazumijeva obavezu države da omogućiti žrtvi već od prvog kontakta sa oficijelnim strukturama da na jeziku koji razumije bude na izvoru informacija o propisanim pravima radi zaštite najboljih interesa u krivičnom postupku. Te informacije se odnose na subjekte od kojih žrtva može dobiti podršku i vrstu podrške, zatim na zakonske procedure vezane za mogućnosti prijave, procedure nakon prijave, ulogu žrtve u procedurama, uslove zaštite, pravne savjete, pravo na nadoknadu, informacije o ishodu žalbe, odluku suda i slično. Važno je istaći i odredbe člana 8¹⁴ koje definišu pravo na zaštitu žrtve odnosno njene bezbjednosti i bezbjednosti članova njene porodice u slučajevima postojanja ozbiljne opasnosti od odmazde ili narušavanja privatnosti. Stoga je propisana zaštita privatnosti, odnosno fizičkog izgleda žrtava i njihovih porodica, dok se kontakt između žrtve i učinioca mora eliminisati. Jedan od načina je svakako i korišćenje digitalnih tehnologija prilikom saslušanja žrtve. U sljedećem članu predviđeno je obeštećenje žrtve od strane učinioca kao i povraćaj privatne imovine žrtvi koja je zaplijenjena tokom krivičnog postupka.¹⁵ Popravljanje štete generisane viktimizacijom i kompenzacija žrtava, smatrane su od strane pojedinih viktimologa, procesima koji su sastavni dio krivičnopravnog reagovanja, odnosno njegov integralni element.¹⁶ Odredbe ovog dokumenta predviđaju medijaciju između učinioca i žrtve tokom krivičnog postupka kao i specijalizovane usluge i organizacije za podršku žrtvama. Radi se o prvom dokumentu koji se na integralan način bavi pravima i podrškom žrtvama u krivičnom postupku.

Direktiva Savjeta EU o naknadi štete žrtvama krivičnih djela,¹⁷ koja se naslanja na prethodni dokument koji osigurava žrtvama krivičnih djela potraživanje naknade štete od učinioca u krivičnom postupku propisuje pravo žrtve na pravednu kompenzaciju bez obzira u kojoj je državi EU izvršeno krivično djelo. Pojedini autori

¹³ Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, čl. 4.

¹⁴ Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, čl. 8.

¹⁵ Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, čl. 9.

¹⁶ Gerry Johnstone, *A Restorative Justice Reader, Texts, Sources, Context*, Willan Publishing, Devon, 2003, 21.

¹⁷ Direktiva Savjeta 2004/80/EZ, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:3204L0080>, 14. 8. 2022.

ističu neophodnost fundiranja sigurnog načina ostvarenja prava na naknadu štete žrtvama svih krivičnih djela sa elementima nasilja u slučajevima kada učinilac nije identifikovan, nije krivično odgovoran ili nema sredstava za isplatu, što bi dovelo do usklađenosti interesa žrtava za obeštećenjem, s jedne strane, dok bi država bila pošteđena enormnih finansijskih izdataka, s druge strane.¹⁸

Poglavlje I ovog akta reguliše ostvarivanje prava na naknadu štete u slučajevima prekograničnog karaktera. Suština je u tome da se omogućava žrtvi pravo na podnošenje odgovarajućeg zahtjeva za naknadu štete u državi boravišta, dok odgovornost za plaćanje naknade snosi nadležni organ zemlje članice na čijoj je teritoriji izvršen zločin. U odredbama čl. 3–11 Direktive predviđeno je osnivanje nadležnih organa za ovu oblast kao i upravni postupci po zahtjevu za naknadu štete, zatim, obezbjeđivanje dostupnih informacija potencijalnim podnosiocima zahtjeva, njihovo prosljeđivanje, donošenje odluke i slično. U poglavlju II propisana je obaveza država članica da donesu odgovarajuće propise o naknadi štete žrtvama krivičnih djela sa elementima nasilja. Shodno tome Crna Gora je 2015. godine donijela Zakon o naknadi štete žrtvama krivičnih djela nasilja kojim je uredila uslove, način i postupak za ostvarivanje prava na naknadu štete.¹⁹ Osim naknade štete veoma je važna i reintegracija žrtava u društvenu zajednicu budući da su one vrlo često stigmatizovane i marginalizovane što nepovoljno utiče na njihov oporavak.²⁰

Direktiva EU i SE o fundiranju minimalnih standarda za prava, pomoć i zaštitu žrtava krivičnih djela i o zamjeni Okvirne odluke Savjeta 2001/220/PUP²¹ je donijeta u svrhu obezbjeđenja žrtvama krivičnih djela odgovarajućih informacija, pomoći i zaštite u krivičnom postupku. Pojedini autori smatraju ga najvažnijim instrumentom prava EU koji se odnosi na žrtve čije su odredbe podijeljene na tri dijela: a) pravo na informaciju i podršku, b) participacija žrtava u krivičnom postupku, c) zaštita žrtava.²² To podrazumijeva nediskriminatorski odnos prema njima koji mora sadržati poštovanje ličnosti žrtve a naročito kad su u pitanju djeca čiji interesi moraju imati prioritet. U opštim odredbama proširen je krug osoba koje imaju status žrtve a to su osim lica koja su pretrpjela fizičku, psihičku, emocionalni i ekonomsku štetu i članovi porodice koji su smrtno stradali usljed izvršenja

¹⁸ N. Mrvić Petrović, Z. Petrović, „Naknada štete žrtvama terorizma“, *Krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja terorizmu i drugim krivičnim djelima nasilničkog karaktera* (ur. Stanko Bejatović), Teslić, 2016, 161.

¹⁹ Zakon o naknadi štete žrtvama krivičnih djela nasilja, *Službeni list CG*, br. 35/2015.

²⁰ Sanja Čopić, „Pojam i osnovni principi restorativne pravde“, *Temida*, 2007, 31.

²¹ Direktiva 2012/29/EU, *Službeni list EU*, L 315/57.

²² Stanko Bejatović, *Direktiva 2012/29 EU i krivično zakonodavstvo Srbije (stepen usaglašenosti i mere za postizanje zahtevanog stepena usaglašavanja*, Misija OSCE u Srbiji, Beograd, 2018.

krivičnog djela a to su bračni drug, osoba koja sa žrtvom živi u čvrstoj životnoj zajednici, srodnici u pravoj liniji, braća, sestre i lica koja zavise od žrtve.²³

U poglavlju 2 predviđeno je pružanje informacija i podrške žrtvi sa akcentom na pomoć žrtvama da ih razumiju i da budu shvaćene od prvog kontakta sa nadležnim organima pa do kraja krivičnog postupka. Tu je i pravo na dobijanje informacija u svim fazama postupka, zatim su definisana prava žrtava prilikom podnošenja prijave, kao i pravo na dobijanje informacija o svom predmetu, pravo na pisano i usmeno prevođenje, pravo na pristup službama za pomoć ovim licima i tako dalje.

Participacija u krivičnim postupcima definisana je u poglavlju 3. Ove odredbe su obavezale države da obezbijede pravo na saslušanje žrtve tokom krivičnog postupka i pravo na predlaganje dokaza. Predviđena su i prava u slučaju odluke o nepreduzimanju krivičnog gonjenja, zatim pravo na zaštitne mjere u okviru službi za naknadu štete, pravo na pravnu pomoć, pravo na naknadu troškova, pravo na povrat imovine, pravo na odluku o naknadi štete od strane učinioca u okviru krivičnog postupka i pravo žrtava s boravištem u drugoj zemlji.

Pomak na normativnom planu je učinjen u pogledu zaštite žrtava sa invaliditetom. Cilj je zaštititi žrtve i članove njihovih porodica od sekundarne, odnosno ponovljene viktimizacije, odmazde i zastrašivanja, zaštita od rizika emocionalne i psihološke štete, kao i zaštita dostojanstva žrtava tokom saslušanja i svjedočenja. Uključena je i mogućnost fizičke zaštite žrtava i članova porodice.²⁴ Osim toga, predviđeno je pravo na izbjegavanje kontakta između učinioca i žrtve, pravo na zaštitu žrtava tokom istrage, pravo na zaštitu privatnosti, kao i pojedinačna procjena bezbjednosti žrtava radi utvrđivanja posebnih oblika zaštite i slično. Posebna zaštita pruža se žrtvama sa invaliditetom i djeci žrtvama. Po prvi put u ovom dokumentu eksplicitno je propisana specijalizacija policijskih službenika, državnih tužilaca i sudija koji dolaze u kontakt sa žrtvama. Radi se o aktu koji na cjelovit način značajno poboljšava položaj žrtve prije, tokom i nakon okončanja krivičnog postupka.

ZAŠTITA ŽRTAVA KRIVIČNIH DJELA U CRNOGORSKOM ZAKONODAVSTVU

Shodno citiranom evropskom zakonodavstvu u ovoj oblasti crnogorsko zakonodavstvo je u svoj pravni sistem inkorporiralo naznačena dokumenta determinišući korpus prava za žrtve zločina bez bilo kakvih elemenata diskriminacije. Kako ističu pojedini autori to je moguće ostvariti ukoliko se standardizuju i harmonizuju

²³ Direktiva 2012/29/EU, *Službeni list EU*, L 315/57, čl. 2.

²⁴ Direktiva 2012/29/EU, *Službeni list EU*, L 315/57, čl. 18.

prava pojedinih država u odnosu na viktimizirane osobe.²⁵ U crnogorskom pravnom sistemu, žrtve krivičnih djela imaju pravo na aktivno učešće u krivičnom postupku, i to kao oštećeni ili oštećeni kao tužilac ili privatni tužilac. Žrtvi krivičnog djela pruža se zaštita u krivičnom postupku kao i van krivičnog postupka kada postoji osnovana bojazan da bi davanjem iskaza bila izložena opasnosti po život i druge vitalne vrijednosti. Važeći Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore u članu 22 koji reguliše značenje pojedinih izraza, pod oštećenim podrazumijeva „lice čije je kakvo lično ili imovinsko pravo krivičnim djelom povrijeđeno ili ugroženo“.²⁶ Pored drugih procesnih mogućnosti oštećeni ima pravo da u prvoj fazi krivičnog postupka, odnosno istrazi, predlaže dokaze koji su relevantni za konkretan krivični predmet i ostvarenje njegovog imovinskopravnog zahtjeva. Kako je predviđeno u članu 58 ZKP oštećeni ima pravo da pored predlaganja dokaza, optuženom kao i svjedocima i vještacima postavlja pitanja i da daje primjedbe u vezi iskaza ovih lica. Predviđeno je i da oštećeni ima mogućnost razgledanja spisa i predmeta koji služe kao dokaz. Značajan napredak u odnosu na ranija rješenja u ZKP predstavlja odredba stava 4 koja predviđa da oštećeni koji je žrtva zločina protiv polne slobode ima pravo da bude saslušan od strane sudije istog pola. Oštećeni se javlja kao tužilac, odnosno supsidijarni tužilac onda kada državni tužilac smatra da nema osnova za gonjenje za delikte koji se gone po službenoj dužnosti o čemu je dužan informisati oštećenog koji može preduzeti gonjenje, predviđeno je u članu 59 ZKP.

Zaštita oštećenog prilikom davanja iskaza predviđena je u članovima 120–123 ZKP. Precizno je definisana zaštita svjedoka od zastrašivanja ukoliko bi davanjem iskaza sebe ili člana porodice izložio ozbiljnoj opasnosti po vitalne vrijednosti. Predviđeni su i posebni način učestvovanja i saslušanja svjedoka oštećenog kao što su saslušanje pod pseudonimom, saslušanje korišćenjem tehničkih uređaja, odnosno korišćenje zaštitnog zida, uređaja za promjenu glasa, i uređaja za prenos slike i zvuka.²⁷

Nije sporno da oštećeni može biti saslušan kao svjedok u krivičnom postupku pa samim tim može biti i zaštićeni svjedok.²⁸ Tim licima vrlo često prijeti

²⁵ Rianne Letschert, Conny Rijken, „Rights of Victims of crime: Tensions between an integrated approach and a limited legal basis for harmonisation“, *New Journal of European Criminal Law*, No. 3, 2013, 227.

²⁶ Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 57/2009, 49/2010, 35/2015, 58/2015.

²⁷ Opširnije u: Milan Škulić, *Normativna analiza položaja žrtve krivičnog dela/oštećenog krivičnim delom u krivičnompravnom sistemu Srbije – aktuelno stanje, potrebe i moguće promene*, Misija OSCE u Srbiji, Beograd, 2015.

²⁸ M. Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Misija OEBS u Crnoj gori, Podgorica, 2009, 420.

opasnost zbog pojavljivanja u svojstvu svjedoka posebno ako se radi o krivičnim djelima sa elementima organizovanog kriminaliteta. Sagledavajući implementaciju citiranih evropskih akata pojedini autori ističu da oni nijesu zaživjeli u punoj mjeri budući da su zakonodavstva pojedinih država EU iskazala brojne slabosti ali i značajne razlike zbog čega nije bilo moguće stvoriti realnu sliku o njihovoj praktičnoj primjeni.²⁹ Imajući to u vidu opravdana je pretpostavka da je stanje u ovoj oblasti u državama koje su aspiranti za pridruživanje EU znatno nepovoljnije.

Zaštita svjedoka izvan krivičnog postupka pa samim tim i žrtve krivičnog djela koja je svjedok u postupku propisana je Zakonom o zaštiti svjedoka.³⁰ On uređuje procedure za pružanje pomoći svjedoku van suda u slučajevima postojanja opasnosti po njegov integritet ili integritet njemu bliskih lica. Koncipiran je program zaštite ovih lica uz njihov izričiti pristanak. Odluku o primjeni, prestanku i produženju primjene programa zaštite donosi posebna komisija koji čine predstavnici Vrhovnog suda CG, Vrhovnog državnog tužilaštva CG i rukovodilac Jedinice za zaštitu UP MUP CG. U članu 27 ovog zakona predviđene su četiri vrste mjera kojima se obezbjeđuje zaštita svjedoka i njemu bliskih osoba. To su fizička zaštita, premještanje, prikrivanje identiteta i podataka o vlasništvu i promjena identiteta. Fizička zaštita obuhvata suzbijanje nezakonitog ugrožavanja života, zdravlja, fizičkog integriteta, slobode ili imovine većeg obima svjedoka korišćenjem mjera fizičko-tehničke zaštite. Kada je u pitanju mjera premještanja ovih lica ona sadrži trajno ili privremeno preseljenje iz mjesta prebivališta na drugu lokaciju koju odredi jedinica za zaštitu. To se odnosi i na svjedoka koji je lišen slobode u smislu premještanja iz jedne zatvorske ustanove u drugu. Aktivnost prikrivanja identiteta i podataka o vlasništvu obuhvata izradu i korišćenje ličnih isprava i dokumenata o imovini svjedoka u kojima se mijenjaju privremeno izvorni podaci ovih lica. Kada je u pitanju promjena identiteta ona obuhvata promjenu svih ili dijela personalnih podataka a uz ovu mjeru može se vršiti i promjena fizičkih karakteristika svjedoka. Važno je naglasiti da lični podaci koje sadrže nove isprave ne mogu biti podudarni sa podacima drugih osoba.

Zakon o postupanju prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela,³¹ u glavi IV predviđa posebne odredbe o zaštiti maloljetnih lica kao učesnika krivičnog postupka. U vezi s tim predviđeno je da bilo koja informacija koja bi mogla otkriti

²⁹ Ioannis Androulakis, „European Perspective on Rights for Victims of Crime“, *EUCRIM*, No. 4, 2014, 112.

³⁰ Zakon o zaštiti svjedoka, *Službeni list RCG*, br. 65/2004.

³¹ Zakon o postupanju prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela, *Službeni list CG*, br. 064/11 i 001/18.

identitet maloljetnika koji je oštećen krivičnim djelom ili je svjedok u postupku ne može biti objavljena bez izričite dozvole suda ili državnog tužioca. Takođe je predviđeno obazrivo postupanje u krivičnom postupku u kojem je učesnik maloljetnik oštećen krivičnim djelom ili u kojem se maloljetno lice saslušava kao svjedok i u tim slučajevima radnje preduzimaju službena lica koja su specijalizovana za ovu oblast. Što se tiče saslušanja maloljetnog lica ono se obavlja u posebnoj prostoriji opremljenoj tehničkim uređajima za audiovizuelno snimanje. Posebno je važna odredba člana 94 koja zabranjuje suočavanje djeteta koje je oštećeno krivičnim djelom ili se saslušava kao svjedok sa okrivljenim. Ukoliko se kao svjedok odnosno oštećeni saslušava lice starije od 14 godina koje se usljed vrste krivičnog djela, posljedica ili drugih okolnosti nalazi u teškom psihičkom stanju to lice se ne može suočavati sa okrivljenim. Prepoznavanje osumnjičenog ili okrivljenog od strane maloljetnog lica regulisano je na način da se u cjelosti onemogućuje da ova lica vide maloljetnika. Poziv maloljetnom licu kao svjedoku upućuje se preko njegovog zakonskog zastupnika, a na dijete se ne primjenjuju odredbe zakonika kojima je regulisano kažnjavanje usljed odbijanja svjedočenja.

Zakonom o naknadi štete žrtvama krivičnih djela nasilja³² regulisani su uslovi, modeli i procedura za ostvarivanje prava na naknadu štete žrtvama nasilničkog kriminaliteta. Ovaj zakon će se primjenjivati danom pristupanja Crne Gore EU. Krivično djelo nasilja u subjektivnom smislu, kako predviđa zakon, izvršeno je sa umišljajem, a to su svi delikti učinjeni uz korišćenje fizičke sile ili radnji kojima se ugrožava psihički integritet, zatim krivična djela protiv polne slobode i krivična djela izazivanja opasnosti za život i tijelo ili imovinu sa težim posledicama. U članu 3 definisana je žrtva na sveobuhvatan način i ona obuhvata osobu kod koje je zbog delikta nasilja nastupila smrtna posledica, teška tjelesna povreda ili teško ugrožavanje fizičkog i psihičkog zdravlja. Interesantna je odredba u stavu 3 istog člana koja pod žrtvom podrazumijeva i lice kod koga su nastupile najteže posledice u slučajevima pokušaja sprječavanja izvršenja krivičnog djela nasilja, pomaganja policiji prilikom lišenja slobode učinilaca ovih krivičnih djela i pružanja pomoći žrtvi.

Naknada štete žrtvi sastoji se od naknade izgubljene zarade, naknade hospitalnog liječenja i naknade troškova sahrane. Sredstva obezbjeđuje državni budžet, odnosno Ministarstvo pravde. O pravu na naknadu štete odlučuje komisija koju čine predstavnici Vrhovnog suda CG, Vrhovnog državnog tužilaštva, Zaštitnika ljudskih prava i sloboda, Ministarstva pravde, socijalne zaštite i finansija.

Ovo je još jedan značajan iskorak na normativnim planu koji će bitno doprinijeti poboljšanju prava žrtava krivičnih djela. I pored solidne normativne osnove

³² Zakon o naknadi štete žrtvama krivičnog djela nasilja, *Službeni List CG*, br. 35/2015.

u oblasti zaštite žrtava krivičnih djela može se konstatovati da države ovog regiona iskazuju deficit fundamentalnih naučnih istraživanja o žrtvama krivičnih djela. Kao primjer dobre prakse omogućavanja nauci da ostvari svoju misiju u ovoj oblasti treba navesti državu u kojoj institut iz oblasti viktimologije vrši ključnu ulogu u razvoju zakonodavstva o pravima i podršci žrtvama kroz usmjeravajuću i kontrolnu funkciju.³³

NACRT ZAKONA O IZMJENAMA I DOPUNAMA ZAKONIKA O KRIVIČNOM POSTUPKU I POLOŽAJ ŽRTVE KRIVIČNOG DJELA

Ministarstvo pravde CG je krajem mjeseca jula 2022. godine utvrdilo nacrt ovog zakona,³⁴ radi postizanja ključnog cilja a to je jačanje položaja žrtve u krivičnom postupku u svojstvu oštećenog, oštećenog kao tužioca i privatnog tužioca. Radi se o aktivnostima usaglašavanja nacionalnog zakonodavstva sa evropskim standardima, ili preciznije Direktivom o pravima žrtava o kojoj je ranije bilo riječi. Nacrt zakonskog rješenja je šire postavljen i ne obuhvata samo kompenzaciju štete već i zaštitu ugroženih prava žrtve.

Prema rezultatima relevantnih kriminoloških istraživanja žrtve su u značajnom procentu motivisane da podnesu zahtjev za naknadu štetu u krivičnom postupku u zemljama u kojima se dosljedno i konsekventno primjenjuju mjere podrške od strane nadležnih organa jer postoji povjerenje u institucije. U posljednje vrijeme postoji tendencija sve učestalijeg uspješnog ostvarivanja ovog prava prije oficijelnog pokretanja postupka, odnosno u izviđaju. Teži se ubrzanju procedura naknade štete uz besplatnu pravnu pomoć.³⁵

Konačno je ovim nacrtom žrtva krivičnog djela našla svoje mjesto u dijelu dokumenta koji se odnosi na značenje izraza koja obuhvata mnogo širi aspekt od oštećenog. Prema nacrtu, a shodno evropskim standardima žrtva zločina je fizičko lice koje je pretrpjelo višestruke posledice (fizičke, psihičke, imovinske) kao i bitne

³³ M. Škulić, „Položaj žrtve krivičnog dela/oštećenog u krivičnopravnom sistemu Srbije uopšte i u odnosu na Direktivu EU 2012/29“, *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 40–81.

³⁴ Nacrt Zakona o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku CG, www.gov.me/clanak/javna_poziv-nacrt-zakona-o-izmjenama-i-dopunama-zakonika-o-krivicnom-postupku, 5. 8. 2022.

³⁵ Renne Kool, Jessy Emaus, et. al. „Civiel schadeverhaal via het strafproces“, *Een verkenning van de rechtspraktijk en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij (redress for tort related crime through criminal proceedings)*, Utrecht centre for Accountability and Liability Law, Vol. 8, 2016, 264–265.

povrede osnovnih prava i sloboda prouzrokovanih krivičnim djelima porodičnog nasilja, trgovine ljudima, ratnih zločina i seksualnog kriminaliteta. Pod žrtvom zločina smatra se i bračni i vanbračni drug, partner u zajednici lica istog pola, djeca, roditelji, braća i sestre u slučajevima kada se posledica manifestuje u vidu smrti lica. Predviđeno je i da se u glavi V koja se odnosi na privatnog tužioca i oštećenog, termin oštećeni zamjeni terminom oštećeni i žrtva što predstavlja normativno usklađivanje koje je kompatibilno sa evropskom pravnom tekovinom.

Važeće odredbe glave V značajno su proširene dodavanjem tri nova člana koji regulišu prava žrtve. Po prvi put u ZKP su predviđena vrlo značajna prava žrtve koja u bitnom poboljšavaju njen položaj u krivičnom postupku. Do sada u CG nije postojala služba za pružanje podrške žrtvama krivičnih djela. Ukoliko se usvoje predložene dopune, žrtva će imati pravo na pristup institucijama za podršku a naročito pravo na djelotvornu psihološku i druge vrste stručne pomoći. Veoma važan segment predstavlja zaštita žrtve od zastrašivanja i odmazde što je nerijetko bio razlog da žrtva u ranijem periodu usljed straha od izvršioca odustane od krivičnog gonjenja. Treba istaći i odredbu koja predviđa zaštitu dostojanstva žrtve tokom davanja iskaza u svojstvu svjedoka jer do sada ona nije bilo garantovana i žrtva je na sudu doživljavala dodatnu viktimizaciju. Sljedeća važna stvar je da nacrt predviđa saslušanje žrtve bez neopravdanog odlaganja posle podnošenja krivične prijave budući da se u praksi dešavalo da se žrtva sasluša vrlo kasno kada sjećanja izblijede i važne informacije prekrije zaborav. Osim toga, predviđeno je da se eventualno nova saslušanja žrtve realizuju izuzetno, ako je nužno za potrebe krivičnog postupka što ranije nije bio slučaj a nepotrebna saslušanja žrtve negativno su uticala na njenu ličnost. Žrtva je često usamljena dugo čekala saslušanje u holovima suda bez bilo čije podrške. Nacrt predviđa pravo žrtve na pratnju osobe od povjerenja prilikom preduzimanja radnji u krivičnom postupku. Medicinski zahvati u odnosu na žrtvu moraju se preduzimati u najmanjem mogućem opsegu i to isključivo onda kada postoji neophodna potreba za vođenje krivičnog postupka što ranije nije bila praksa jer se žrtva nepotrebno izlagala različitim zahvatima. Posebno je naznačeno pravo žrtve na podnošenje privatne tužbe kao i pravo da participira u krivičnom postupku u svojstvu oštećenog. Predviđena je obaveza nadležnog organa da obavijesti žrtvu o odbacivanju krivične prijave i odustajanju državnog tužioca od krivičnog gonjenja uz pravnu pouku da žrtva ima pravo preuzeti krivično gonjenje. Novinu predstavlja pravo žrtve na obavještenje od strane nadležnog tužioca o radnjama koje su preduzete u vezi prijave žrtve. Žrtva ima pravo na podnošenje pritužbe usljed nepreduzimanja radnji u izviđaju. Pravo žrtve je i da blagovremeno bude informisana o ukidanju pritvora okrivljenom, bjekstvu okrivljenog i otpuštanju osuđenog sa izdržavanja kazne. Nacrt predviđa i informisanje žrtve o mjerama

koje su preduzete u cilju njene zaštite u ovim slučajevima. Na zahtjev žrtve nadležni organ je dužan da je obavijesti o svakoj odluci kojom se pravosnažno okončava krivični postupak. Značajni benefiti za žrtve krivičnih djela u materijalnom smislu obuhvataju novčanu naknadu iz sredstava državnog budžeta ukoliko je zločin nasilja počinjen sa umišljajem. S druge strane, žrtva krivičnog djela za koje je propisana kazna zatvora teža od pet godina ukoliko trpi štetne posledice krivičnog djela ima pravo na stručnu pomoć savjetnika na teret budžetskih sredstava prilikom podnošenje imovinsko pravnog zahtjeva.

U posljednjih godinu dana u Crnoj Gori je izvršeno više ubistava žena kojima je prethodilo dugotrajno nasilje. Žrtve su prijavljivale napade policiji i tužilaštvu, ali je odgovor države bio neefikasan. Ukoliko su postojale samo verbalne prijetnje tužilac je predmete preusmjeravao na sud za prekršaje i najčešće je izvršilac bio oslobođen odgovornosti. U tim predmetima postupalo se rutinski bez ozbiljnijeg preduzimanja radnji u smislu procjene opasnosti po žrtvu i zaštite žrtve, stavljanja pod nadzor učinioca i oduzimanja oružja od njega kao i brojne druge radnje. Sve to je dovelo do smrtnih posledica u više slučajeva nasilja u porodici.

U skladu sa definisanim standardima ovaj nacrt je predvidio uvođenje posebnih mjera zaštite žrtve i izradu individualne procjene ugroženosti žrtve. To se radi prije saslušanja žrtve i pojedinačna procjena obuhvata utvrđivanje postoji li potreba za primjenom posebnih mjera zaštite žrtve. Ako se utvrdi da opasnost postoji utvrđuju se posebne mjere zaštite koje treba implementirati. Te mjere se tiču posebnog načina ispitivanja žrtve, korišćenja IT tehnologija u cilju eliminacija vizuelnog kontakta sa osumnjičenim i slično. Procjena zavisi od brojnih elemenata a naročito od ličnih osobina žrtve, okolnosti izvršenja krivičnog djela i same prirode i tipologije delikta. Sa posebnom pažnjom postupa se u slučajevima viktimizacije žrtve zbog njenog ličnog svojstva i žrtve koja je naročito ranjiva zbog specifičnog odnosa sa osumnjičenim. Akcenat je stavljen na žrtve terorističkih akata, organizovanog kriminaliteta, trgovine ljudima, nasilja u porodici, delikata protiv polne slobode, delikata iz mržnje i žrtve sa invaliditetom. Predviđeno je da se individualna procjena žrtve realizuje uz njenu participaciju pri čemu se uzimaju u obzir njene želje što znači da ona odlučuje hoće li koristiti posebne mjere zaštite. Pa ipak, u slučaju odbijanja zaštite i kada je ozbiljno ugrožen život žrtve, prednost treba dati zaštiti života i tijela.

U cilju pružanja pomoći sudovima, državnim tužilaštvima i policiji kada postupaju prema viktimiziranim licima u višim pravosudnim instancama predviđeno je formiranje stručne službe. Poslove u ovoj službi vršiće stručna lica različitih specijalnosti kao što su socijalni radnici i psiholozi koji će davati stručna mišljenja prilikom postupanja prema žrtvama. Ranije smo naglasili obavezu nadležnog suda

da informiše žrtvu o određivanju pritvora okrivljenom, o ukidanju pritvora okrivljenom, o stupanju optužnice na pravnu snagu, o obustavi postupka po osnovu kontrole optužnice i o donijetoj presudi, što je značajan napredak u ovoj oblasti. Predviđeno je i pravo žrtve da nakon isteka tri mjeseca od podnošenja krivične prijave zatraži od nadležnog tužioca obavještenje o preduzetim radnjama što će državni tužilac biti u obavezi da izvrši i to u roku od trideset dana od zaprimljenog zahtjeva. Takođe je predviđeno da oštećeni i žrtva mogu podnijeti pritužbu rukovodiocu državnog tužilaštva zbog nepreduzimanja radnji postupajućeg tužioca što je za posledicu imalo odugovlačenja postupka. Pojedini autori naglašavaju bitne nedostatke u ovoj oblasti kada su u pitanju regionalna zakonodavstva i praksa. Tu se u prvom redu misli na deficite obeštećenja žrtve od učinioaca u najranijoj fazi, zatim na deficit standarda za pružanje usluga žrtvi i fondova za naknadu štete žrtvama.³⁶

ZAKLJUČAK

Potreba za jačanjem prava žrtava u krivičnom postupku je apsolutno opravdana iako se predugo čekalo da žrtva dobije pravo na aktivno učešće u krivičnom postupku u svojstvu oštećenog, oštećenog kao tužioca i privatnog tužioca. Uvođenje više nivoa zaštite žrtve u crnogorski krivičnopravni sistem u skladu sa evropskim standardima značajno će poboljšati položaj žrtve. I pored brojnih unapređenja položaja žrtve može se konstatovati da je nedostajao studiozan pristup u smislu integralnog sagledavanja prava žrtava krivičnih djela. Cilj je omogućavanje žrtvi krivičnog djela da efektivno participira u krivičnom postupku. Shodno ranije citiranim evropskim dokumentima pravo je žrtve da razumije i da je razumiju od pravog kontakta sa oficijelnim strukturama što podrazumijeva ne samo pravo na korišćenje maternjeg jezika i pravo na prevođenje već i ključne informacije o temeljnim pravima žrtava.

Zaštita žrtava od sekundarne viktimizacije ima izuzetan značaj. Individualna procjena ugroženosti žrtve spriječiće nastavak viktimizacije i značajno redukovati rizik od nastavka ugrožavanja fizičkog i duševnog integriteta žrtve.

Kada govorimo o Crnoj Gori analiza pokazuje da je i pored odgovarajuće pravne osnove za efikasno rješavanje problema žrtava kriminaliteta potrebno mnogo više uraditi na planu poboljšanja uloge žrtve i njenih prava u krivičnom postupku kao i izvan krivičnog postupka. Još uvijek je prisutno situaciono rješavanje slučajeva bez adekvatnog strateškog pristupa. Kada tome dodamo neefikasnu saradnju

³⁶ N. Mrvić Petrović, op. cit., 11.

oficijelnih struktura i nepostojanje fonda za naknadu štete žrtvama onda je jasno da je dug put do dostizanja potrebnih standarda za pomoć žrtvama kriminaliteta.

I na kraju, kao ne manje važno, treba istaći neophodnost edukacije građana o pravima i položaju žrtava krivičnih djela i podizanja svijesti o ovom društvenom problemu. Cilj je da bude što manje žrtava i da preventivne aktivnosti budu što efikasnije a kada do viktimizacije ipak dođe da žrtva zauzme centralno mjesto u sistemu krivičnog pravosuđa.

Prof. Dr. VELIMIR RAKOČEVIĆ

Full Professor, Faculty of Law

University of Montenegro

Dr. ALEKSANDRA JOVANOVIĆ

Advisor, Higher Prosecutor Office Podgorica

Montenegro

PROTECTION OF THE RIGHTS OF CRIMINAL VICTIMS IN THE CRIMINAL LEGISLATION OF MONTENEGRO AND EUROPEAN STANDARDS

Summary

For a long period of time, victims of crime were provided with only general protection in criminal proceedings. Even the term of victim has recently been incorporated into substantive and procedural criminal codes. These are persons who have been victimized by incriminations in such a way that suffering or pain has been caused to them, damage has been caused or personal rights have been violated. This field was also marginalized because victimology, as a science about the victim of a criminal offense, began its independent scientific development only in the last few decades. Today, the situation has significantly improved, at least on the normative level, since there are tendencies to significantly strengthen the rights of victims in criminal proceedings. Numerous international and European documents in this area provide for the active participation in criminal proceedings of victims of incrimination and their special protection. The draft of Law on Amendments to the Criminal Procedure Code of Montenegro from 2022 foresees a high level of protection for victims, of which the provisions relating to the significant improvement of the definition of the victim of a criminal offense, as well as the provisions regulating the victim's rights to numerous types of support and assistance in criminal proceedings. An important step forward is the definition of the implementation of special protection measures as well as the individual assessment of the victim. A professional service to support victims of criminal offenses in higher courts and higher state prosecutors' offices is also planned. Interest in the problems of victims of crime can contribute to a better understanding and improvement of their position before, during and after the end of the criminal proceedings, and especially to increasing the effectiveness of the protection of the victim and her family members.

Key words: criminal offense, victim, protection, European standards

Literatura

- Androulakis I., „European Perspective on Rights for Victims of Crime“, *EUCRIM*, No. 4, 2014.
- Adžajlić, Dedović A., Topić Ž., „Žrtva-svjedok: pomoć, podrška i zaštita“, *Bezbednost*, br. 2, 2016.
- Bejatović S., *Direktiva 2012/29 EU i krivično zakonodavstvo Srbije – Stepen usaglašenosti i mere za postizanje zahtevanog stepena usaglašavanja*, Misija OSCE u Srbiji, Beograd, 2018.
- Čopić S., „Pojam i osnovni principi restorativne pravde“, *Temida*, 2007.
- Hentig H. von, *The criminal and his victim*, Yale University Press, New Haven, 1948.
- Johnstone G., *A Restorative Justice Reader: Texts, Sources, Context*, Devon, Willan Publishing, 2003.
- Kool R. S., Emaus J. M. et. al. *Civiel schadeverhaal via het strafproces. Een verkenning van de rechtspraktijk en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij (redress for tort related crime through criminal proceedings)*, Vol. 8, Utrecht centre for Accountability and Liability Law, 2016.
- Kostić M., Konstantinović Vilić S., *Viktimologija*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2012.
- Krstić G., „Zaštita žrtve u srpskom i portugalskom krivičnom zakonodavstvu“, *Strani pravni život*, 2018.
- Letschert R., Rijken C., „Rights of Victims of crime: Tensions between an integrated approach and a limited legal basis for harmonisation“, *New Journal of European Criminal Law*, No. 3, 2013.
- Medelsohn B., *A new Branch of Bio-Psychological science: Ia Victimology*, *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, Geneve, 1956.
- Mrvić, Petrović N., Petrović Z., „Naknada štete žrtvama terorizma“, *Krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja terorizmu i drugim krivičnim djelima nasilničkog karaktera* (ur. Bejatović S.), Teslić, 2016.
- Mrvić Petrović N., „Prava žrtava krivičnih djela u Holandiji“, *Strani pravni život*, Beograd, 2019.
- Okvirna odluka Savjeta Evropske unije o položaju žrtava u krivičnom postupku, 2001/220/JHA.
- Pavlović Z., „Krivičnopravna zaštita žrtava i implementacija evropskih standarda“, *Usaglašavanje pravne regulative sa pravnim tekovinama EU-stanje u BIH i iskustva drugih* (ur. N. Mrvić Petrović), Banja Luka, 2020.
- Ramljak A., Simović M., *Viktimologija*, Fakultet pravnih nauka Panevropskog univerziteta, Banja Luka, 2006.
- Šeparović Z., *Viktimologija-studije o žrtvama*, „Poslovna politika“ – Tiskara „Zagreb“, Beograd–Zagreb, 1987.

- Škulić M., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Misija OEBS u Crnoj Gori, Podgorica, 2009.
- Škulić M., *Normativna analiza položaja žrtve krivičnog dela/oštećenog krivičnim delom u krivičnopravnom sistemu Srbije – aktuelno stanje, potrebe i moguće promene*, Misija OSCE u Srbiji, Beograd, 2015.
- Škulić M., „Položaj žrtve krivičnog dela / oštećenog u krivičnopravnom sistemu Srbije uopšte i u odnosu na Direktivu EU 2012/29“, *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Wertham F., *The Show od Violence*, Doubleday, Inc. Garden City, NY, 1949.

PREGLEDNI RAD

IVANA RADISAVLJEVIĆ

PREKRŠAJNOPRAVNA ZAŠTITA U OBLASTI JAVNIH NABAVKI

Autorka u radu analizira prekršaje kojima se štiti zakonito sprovođenje postupka javnih nabavki. Ovi prekršaji propisani su Zakonom o javnim nabavkama. Podeljeni su u dve velike celine. Prvu čine prekršaji čiji izvršilac može biti naručilac javne nabavke, bilo da se radi o javnim naručiocima (Republika Srbija, odnosno republički organi, organi autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave, kao i pravna lica osnovana u cilju zadovoljavanja potreba u opštem interesu, koja nemaju industrijski ili trgovinski karakter i koja ispunjavaju određene uslove), ili sektorskim naručiocima (javni naručioci koji obavljaju sektorsku delatnost, privredna društva koja obavljaju sektorsku delatnost nad kojima javni naručilac može imati, direktno ili indirektno, preovlađujući uticaj na osnovu svojine, finansijskog udela ili pravila na osnovu kojih je organizovano i drugi subjekti koji obavljaju sektorsku delatnost na osnovu isključivih ili posebnih prava). Njima se dominantno sankcioniše nepoštovanje rokova od strane naručioca, odnosno neobjavljivanje ili nedostavljanje izveštaja, dokumentacije ili obaveštenja nadležnim organima ili ponuđačima. Prekršaji ponuđača su manje brojni i njima se sankcioniše davanje lažnih podataka, propusti koji se tiču angažovanja podizvođača i nezaključivanje ugovora o javnoj nabavci bez opravdanog razloga.

Ključne reči: prekršaj, prekršajni postupak, javne nabavke, Zakon o javnim nabavkama

UVODNE NAPOMENE

Regulativa u oblasti javnih nabavki predstavlja set pravila kojima se uređuje nabavljanje robe, usluga ili radova od strane države i njenih organa, odnosno od strane

Ivana Radisavljević, master prava, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: ivana.radisavljevic@ius.bg.ac.rs. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta Univerziteta u Beogradu – Pravnog fakulteta pod nazivom „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“.

drugih subjekata koje finansira država. Imajući u vidu da se radi o oblasti u kojoj se dešava možda i najveća interakcija privatnog i javnog sektora, razumljivo je nastojanje države da adekvatnom regulativom obezbedi racionalno trošenje javnih sredstava, promovise konkurenciju i onemoguću sve vrste zloupotreba, a naročito korupciju.¹

Pravila postupaka javnih nabavki koje sprovode naručiocu ili drugi subjekti, radi zaključenja ugovora o javnoj nabavci dobara, usluga ili radova uređena su Zakonom o javnim nabavkama² (u daljem tekstu: ZJN). Sam postupak javne nabavke izuzetno je složen i može se funkcionalno sagledati kroz tri faze: pripremni postupak, postupak pregovaranja i postupak izvršenja ugovora. Iako se u literaturi ističe da je faza pregovaranja „najranjivija“ za eventualne zloupotrebe/korupciju, aktivnosti koje se dešavaju tokom pripremnog postupka nimalo nisu bez značaja. Formiranje cena ispod tržišne kako bi se određeni ponuđači odvratili od učešća, „krojenje“ tendera za potrebe određenog ponuđača samo su neki od načina putem kojih je već u fazi pripreme moguće utabati put za eklatantnije oblike zloupotreba koje se dešavaju u kasnijim stadijumima.³

Zakonom o javnim nabavkama propisani su brojni prekršaji u ovoj oblasti. Podeljeni su u dve velike celine: prvu čine prekršaji naručilaca propisani čl. 236 ZJN, a drugu prekršaji ponuđača propisani čl. 237 ZJN. Monitoring nad primenom propisa o javnim nabavkama sprovodi Kancelarija za javne nabavke, koja, u slučaju uočenih nepravilnosti, podnosi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka za prekršaje koji su propisani ZJN (čl. 179, st. 1, tač. 2 i 3). Takođe, i Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki podnosi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka kada utvrdi da je učinjena povreda zakona koja može da bude osnov prekršajne odgovornosti (čl. 187, st. 1, tač. 9 ZJN).⁴ Pokretanje i vođenje prekršajnog postupka u isključivoj je nadležnosti prekršajnih sudova.⁵

¹ Ivana Radisavljević, „Krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost – Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava „Slobodan Perović“*, tom IV, Beograd, 2020, 77–78.

² *Službeni glasnik RS*, br. 91/2019.

³ Detaljnije o ovome v. Nicholas Dorn, Michael Levi, Simone White, „Do European Procurement Rules Generate or Prevent Crime?“, *Journal of Financial Crime*, Vol. 15, No. 3, 2008, 247–248.

⁴ Komisija je dužna da Narodnoj skupštini podnosi godišnji izveštaj koji, pored ostalog, sadrži i podatke o podnetim zahtevima za pokretanje prekršajnog postupka (čl. 203, st. 2, tač 6 ZJN).

⁵ Sve do izmena Zakona o prekršajima iz 2019. godine, prvostepeni prekršajni postupak vodila je Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki. Međutim, nijedan prekršajni postupak koji je Republička komisija pokrenula nije pravnosnažno okončan (o tome detaljnije v. Branimir Blagojević *et al.*, *Komentar Zakona o javnim nabavkama*, Beograd, 2020, 371), što je i bio jedan od razloga da se nadležnost za vođenje prekršajnog postupka prepusti isključivo sudovima.

PREKRŠAJI NARUČIOCA JAVNE NABAVKE

Opšte napomene

Prvu kategoriju prekršaja čine prekršaji čiji učinilac može biti naručilac javne nabavke. Oni su normirani u čl. 236 ZJN. Zakon poznaje dve kategorije naručilaca: javne i sektorske naručioce. Javni naručioci su Republika Srbija, odnosno republički organi,⁶ organi autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave, kao i pravna lica osnovana u cilju zadovoljavanja potreba u opštem interesu, koja nemaju industrijski ili trgovinski karakter, i koja ispunjavaju uslove propisane čl. 3, st. 1, tač. 4 ZJN. Sektorski naručioci su javni naručioci koji obavljaju sektorsku delatnost,⁷ privredna društva koja obavljaju sektorsku delatnost nad kojima javni naručilac može imati, direktno ili indirektno, preovlađujući uticaj na osnovu svojine, finansijskog udela ili pravila na osnovu kojih je organizovano i drugi subjekti koji obavljaju sektorsku delatnost na osnovu isključivih ili posebnih prava (čl. 4 ZJN).

Kao što je navedeno, učinioci prekršaja propisanih odredbom čl. 236 ZJN mogu biti, pored ostalog i Republika Srbija, odnosno republički organi, organi teritorijalne autonomije ili jedinice lokalne samouprave. To je, međutim, direktno u suprotnosti sa odredbama čl. 17, st. 2 Zakona o prekršajima⁸ (u daljem tekstu: ZOP), prema kojoj Republika Srbija, teritorijalne autonomije i jedinice lokalne samouprave i *njihovi organi* ne mogu biti odgovorni za prekršaj. Iako ZOP ne propisuje pojedine prekršaje, on predstavlja opšti zakon kojim se regulišu pitanja koja se odnose na postojanje prekršaja, uslove i osnove prekršajne odgovornosti, pa i pitanje subjekata koji za prekršaj mogu odgovarati. Neprihvatljivo je drugim propisima derogirati opšte principe prekršajnoppravne odgovornosti, u koje svakako spada i pitanje subjekata te odgovornosti. Zato, bez obzira na izričitu odredbu ZJN, Republika Srbija, republički organi, odnosno organi autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave ne bi mogli odgovarati za prekršaje. Umesto toga, ZOP omogućava da za prekršaj odgovaraju odgovorna lica u navedenim organima, pod istim uslovima pod kojima se može zasnovati odgovornost fizičkog lica za prekršaje

⁶ Spisak republičkih organa koji mogu biti naručioci u postupku javnih nabavki odredila je Vlada RS Odlukom o utvrđivanju Spiska naručilaca iz člana 3. stav 1. tačka 1) Zakona o javnim nabavkama od 12. juna 2020. godine, https://www.ujn.gov.rs/wp-content/uploads/2021/02/Odluka-o-utvrđivanju-Spiska-narucilaca-iz-clana-3.-stav-1.-tacka-1-Zakona-o-javnim-nabavkama-85_2020-36.pdf, 27. 9. 2022.

⁷ Pojam sektorskih delatnost dat je u čl. 165–175 ZJN.

⁸ *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – odluka US, 91/2019 i 91/2019 – dr. zakon.

(u pitanju je, dakle, subjektivna odgovornost zasnovana na krivici), ukoliko se to posebnim zakonom propiše (čl. 17, st. 2 ZOP). To je i učinjeno odredom čl. 236, st. 2 ZJN, prema kojoj se će se za prekršaje naručioca kazniti i odgovorno lice u naručiocu, novčanom kaznom od 30.000 do 80.000 dinara.

Pojedini prekršaji

Odredbom čl. 236 ZJN propisano je da će se novčanom kaznom od 100.000 do 1.000.000 dinara kazniti za prekršaj naručilac iz sledećih razloga.

1) Ukoliko vrši podelu predmeta nabavke na više nabavki s ciljem izbegavanja primene odredaba ZJN ili odgovarajućih pravila postupka javne nabavke (čl. 29–35 ZJN). – Odredbe ZJN se ne primenjuju ukoliko je procenjena vrednost predmeta javnih nabavki manja od zakonom predviđenih pragova, koji su propisani odredbama čl. 27 i 28 ZJN. U tom slučaju se primenjuju načela javnih nabavki, na način koji je primeren okolnostima konkretnog slučaja. Članom 29, st. 2 ZJN izričito je propisano da se određivanje procenjene vrednosti predmeta javne nabavke ne može vršiti na način koji ima za cilj izbegavanje primene zakona, niti u tom cilju može da se vrši podela predmeta javne nabavke na više nabavki. Naručilac je obavezan da određuje predmet javne nabavke na način da on predstavlja tehničku, tehnološku, funkcionalnu i drugu objektivno odredivu celinu (čl. 29, st. 3 ZJN).

Radnja izvršenja prekršaja sastoji se u podeli predmeta javne nabavke, tako što naručilac javnu nabavku koja predstavlja celinu u smislu pomenutog čl. 29, st. 3 ZJN deli u više nabavki, čije su vrednosti manje od pragova predviđenih čl. 27 ZJN, odnosno, određuje vrednost javne nabavke na način koji je suprotan zakonu. Obeležje bića prekršaja čini i namera (cilj) da se preduzimanjem radnje izvršenja izbegne primena odredaba ZJN, odnosno, odgovarajućih pravila postupaka. Namera ne mora biti ostvarena, ali se njeno postojanje utvrđuje u svakom konkretnom slučaju. Takođe, upravo zbog postojanja navedene namere, ovaj prekršaj može biti izvršen samo sa direktnim umišljajem.

2) Ukoliko dodeli ugovor o javnoj nabavci bez prethodno sprovedenog postupka javne nabavke, osim kada je to dozvoljeno zakonom (čl. 51 ZJN). – Članom 51 ZJN predviđeno je ukupno sedam različitih postupaka za sprovođenje javnih nabavki, dok je svaki od ovih postupaka nadalje detaljno regulisan. Javni naručioci po pravilu sprovode otvoreni postupak (u kome svaki zainteresovani privredni subjekt može podneti ponudu) ili restriktivni postupak, dok se ostali postupci mogu sprovoditi samo u zakonom predviđenim slučajevima. Odredbama čl. 11–21 ZJN propisani su određeni izuzeci, opšti i posebni, u kojima se, međutim, ne primenjuju

odredbe ZJN. U tim taksativno nabrojanim slučajevima nije neophodno sprovesti celokupan postupak javne nabavke, već je dovoljno da se nabavka sprovede uz poštovanje osnovnih načela zakona.⁹ U tom smislu, radnja izvršenja prekršaja sastoji se u dodeli ugovora privrednom subjektu bez sprovedenog postupka, iako je shodno zakonskim odredbama postupak javne nabavke morao biti sproveden.¹⁰ Odluku o dodeli ugovora naručilac donosi u roku od 30 dana od isteka roka za podnošenje ponuda (čl. 146, st. 3 ZJN), dok se ugovor o javnoj nabavci može zaključiti tek nakon isteka roka za podnošenje zahteva za zaštitu prava (čl. 151, st. 1 ZJN).

3) Ukoliko nabavi dobra, radove ili usluge primenom pregovaračkog postupka bez objavljivanja javnog poziva, a da nisu bili ispunjeni zakonom propisani uslovi za primenu tog postupka (čl. 61 ZJN). – Pregovarački postupak bez objavljivanja javnog poziva omogućava naručiocu da pozove jednog izabranog privrednog subjekta da sa njim zaključi ugovor o javnoj nabavci, bez obaveze da prethodno objavi javni poziv. Kao što se vidi, u ovom je slučaju konkurencija potpuno isključena,¹¹ budući da naručilac sam bira koga će pozvati i sa kim će ugovor zaključiti. Razlozi zbog kojih naručilac može optirati za sprovođenje ove vrste postupka taksativno su navedeni u čl. 61 ZJN. Umesto javnog poziva, naručilac je dužan da objavi obaveštenje na Portalu javnih nabavki, uz obrazloženje o osnovanosti sprovođenja ovakvog postupka, nakon čega je dužan da u pisanoj formi uputi poziv na pregovaranje jednom ili, ako je moguće, većem broju privrednih subjekata. Interesantno je da, ukoliko se ovaj postupak sprovodi radi nabavke stvaranja ili kupovine jedinstvenog umetničkog dela ili umetničkog izvođenja ili zbog nepostojanja konkurencije iz tehničkih razloga, naručilac je dužan da istovremeno sa objavljivanjem obaveštenja, Kancelariji za javne nabavke dostavi obrazloženje i svu dokumentaciju u vezi sa razlozima koji opravdavaju sprovođenje te vrste postupka. Kancelarija je dužna da ispita postojanje osnova za sprovođenje pregovaračkog postupka i naručiocu dostavi mišljenje o osnovanosti primene ove vrste postupka. Postavlja se pitanje da li

⁹ U tom slučaju, naručilac ima „diskreciono pravo da odluči da li će i ako hoće, koju će ispravnu, odgovarajuću i prihvatljivu ponudu izabrati“, Presuda Upravnog suda, 19U 17308/2010 od 24. 2. 2012. godine.

¹⁰ Državna revizorska institucija je u Izveštaju o radu za 2018. godinu utvrdila da je najčešće uočena nepravilnost u javnim nabavkama upravo zaključivanje ugovora o javnoj nabavci bez prethodno sprovedenog postupka, a da pritom nije bilo razloga za izuzeće od primene zakona (Hana Hukić, Danijela Bojović, Milica Maletić, Daliborka Srećkov, *Komentar Zakona o javnim nabavkama*, Public Aktiv, Beograd, 2020, 549).

¹¹ Smatra se da je konkurencija na tržištima na kojima učestvuje javni sektor generalno slabija od konkurencije koja postoji na tržištu na kome učestvuje privatni sektor (Jelena Budak, „Korupcija u javnoj nabavi: trebamo li novi model istraživanja za Hrvatsku?“, *Ekonomski pregled*, Vol. 67, No. 4, 2016, 312).

se naručilac koji se pouzdao u mišljenje Komisije, kao stručnog organa koji raspolaze posebnim znanjima u ovoj oblasti, uopšte može oglasiti odgovornim ukoliko se kasnije ispostavi da, uprkos pozitivnom mišljenju Komisije, za primenu pregovaračkog postupka nije bilo uslova. Ovo pitanje bi se najpre moglo raspravljati u kontekstu (ne)postojanja svesti o protivpravnosti kao elementa krivice, odnosno eventualnom postojanju pravne zablude kao osnova njenog isključenja.¹²

4) Ukoliko ne odredi rokove za podnošenje ponuda ili prijava u skladu sa zakonom (čl. 52–56 i čl. 58, 60 i 63 ZJN) – Za svaki postupak javne nabavke ZJN propisuje minimalne rokove koji moraju biti ostavljeni ponuđačima za podnošenje ponude, odnosno prijave. Nepostupanje naručioca u skladu sa ovim odredbama, a posebno određivanje suviše kratkih rokova, može privrednim subjektima onemogućiti pripremanje adekvatne ponude. Ovim prekršajem sankcioniše se upravo određivanje rokova za podnošenje prijave ili ponuda suprotno odredbama ZJN. Treba imati u vidu da se u nekim slučajevima predviđeni minimalni rokovi mogu skratiti (npr. zbog hitnosti), pa bi obeležja bića ovog prekršaja trebalo tumačiti tako da njime budu obuhvaćene i situacije kada nisu bili ispunjeni uslovi za takvo skraćanje rokova, kao i kada trajanje kraćeg roka nije pravilno određeno.

5) Ukoliko ne objavi plan javnih nabavki (čl. 88 ZJN). – Naručilac je dužan da donese i na svojoj internet stranici i na Portalu javnih nabavki objavi godišnji plan nabavki propisane sadržine u roku od 10 dana od dana njegovog donošenja, uključujući i sve eventualne kasnije izmene i dopune. Na ovaj način realizuje se načelo transparentnosti i omogućava se efikasnija kontrola trošenja sredstava. Objavljivanjem plana javnih nabavki široki krug subjekata koji obavljaju privrednu delatnost upoznaje se sa budućim aktivnostima naručioca, što bi trebalo da doprinese većoj konkurenciji¹³ i boljoj kontroli trošenja javnih sredstava.¹⁴ Istovremeno, onemogućavaju se naručioci da, označavajući pojedine nabavke hitnim, zaobilaze zakonom predviđene procedure za njihovo sprovođenje,¹⁵ budući da su dužni da

¹² U jednoj sudskoj odluci zauzet je stav da je kod okrivljenog koji postupa prema uputstvima stručnog organa (u tom slučaju građevinskog inspektora) svest o zabranjenosti ponašanja smanjena, iako ne u meri da bi se moglo govoriti o otklonjivoj ili neotklonjivoj pravnoj zabludi. Sud je ovu okolnost uzeo u obzir, dajući joj karakter osnova koji uticao na stepen krivice učinioca, a radi primene instituta delo malog značaja (Presuda Osnovnog suda u Kruševcu, 7K 1292/12 od 25. 10. 2012. godine i presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, KŽ1 708/13 od 25. 2. 2013. godine).

¹³ Marija Koshevasliska, „Corruption in Public Procurement“, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 8, No. 1, 2017, 11.

¹⁴ Šime Pavlović, „Kriminološki pregled i kaznenopravna zaštita postupaka javne nabave“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 21, No. 2, 2014, 555.

¹⁵ Sope Williams-Elegbe, „Systemic Corruption and Public Procurement in Developing Countries: Are there any Solutions?“, *Journal of Public Procurement*, Vol. 18, No. 2, 2018, 137.

pažljivim planiranjem i objavljivanjem plana sprovođenja preduprede takve mogućnosti. Prekršaj će postojati kada plan javne nabavke uopšte ne bude objavljen, kao i ukoliko bude objavljen nakon proteka zakonom predviđenog roka.¹⁶

6) Ukoliko ne postupa u skladu sa odredbom čl. 90 ZJN. – Navedenom odredbom ZJN štiti se integritet postupka, odnosno sprečava se da dođe do narušavanja konkurencije ili povrede jednakosti privrednih subjekata usled učešća ponuđača, kandidata ili sa njima povezanih lica u *pripremi* postupka javne nabavke. Radnja izvršenja prekršaja sastoji se u nepreduzimanju zakonom predviđenih mera kojima se sprečava narušavanje konkurencije. To su sledeće mere: dostavljanje drugim privrednim subjektima relevantnih informacija koje su razmenjene ili nastale u okviru učešća ponuđača ili kandidata u pripremi postupka javne nabavke i utvrđivanje primerenih rokova za podnošenje ponuda. Takođe, ukoliko nema drugog načina da se obezbedi postupanje u skladu sa obavezom poštovanja načela obezbeđivanja konkurencije i jednakosti privrednih subjekata, kao krajnje sredstvo predviđena je mogućnost da ponuđač ili kandidat budu isključeni iz postupka javne nabavke.

7) Ukoliko ne objavi konkursnu dokumentaciju u skladu sa odredbama zakona (čl. 95 ZJN). – Naručioci su dužni da konkursnu dokumentaciju objave na Portalu javnih nabavki, odnosno da je, u određenim situacijama, pošalju putem sredstava koja nisu elektronska. Objavljivanje dokumentacije služi realizaciji načela transparentnosti¹⁷ i omogućava svim privrednim subjektima da se upoznaju sa uslovima nabavke. Takođe, sprečava se potencijalno pogodovanje pojedinih kandidata kojima bi se ponuda dostavljala ranije, ili bi im se dostavljala potpunija konkursna dokumentacije.

8) Ukoliko ne objavi oglase iz čl. 105, st 1, tač. 6, 8 i 11 ZJN – Ovim prekršajem sankcioniše se neobjavljivanje određenih oglasa i to obaveštenja o dodeli ugovora, obaveštenja o izmeni ugovora ili o rezultatima konkursa za dizajn. Ovi oglasi objavljuju se putem Portala javnih nabavki. Radi se o još jednom aspektu realizacije načela transparentnosti.

9) Ukoliko zaključi ugovor o javnoj nabavci sa ponuđačem kod koga postoje osnovi za isključenje iz čl. 111, st. 1, tač. 1 i 2 ZJN, a nema osnova za primenu odredbe čl. 111, st. 3 i čl. 113 ZJN. – Članom 111 ZJN propisani su osnovi za isključenje privrednih subjekata iz postupka javne nabavke. Stav 1, tač. 1 i 2 na koje se

¹⁶ U literaturi se ističe da se u slučaju objavljivanja na Portalu javnih nabavki može utvrditi tačan datum objave, dok u se slučaju postavljanja na internet stranici naručioca tačan datum ne može sa sigurnošću utvrditi, što može proizvesti probleme u primeni ove odredbe (H. Hukić, D. Bojović, M. Maletić, D. Sreckov, op. cit., 550).

¹⁷ Marija Veličković, *Javne nabavke za početnike, Korak po korak u javnim nabavkama*, Akademija za javne nabavke, Beograd, 2019, 103.

odredba zakona poziva predviđaju obavezu isključenja subjekta ukoliko ne dokaže da on i njegov zakonski zastupnik nisu pravnosnažno osuđeni za krivično delo koje su izvršili kao članovi organizovane kriminalne grupe ili krivično delo udruživanje radi vršenja krivičnih dela, odnosno da nisu osuđeni za neko od taksativno navedenih krivičnih dela.¹⁸ Međutim, naručilac može odustati od isključenja privrednog subjekta ukoliko postoje preovlađujući razlozi koji se odnose na javni interes, kao što je javno zdravlje ili zaštita životne sredine (čl. 111, st. 3 ZJN). Takođe, i sam privredni subjekt može da dostavi dokaze da je preuzeo mere da bi dokazao svoju pouzdanost bez obzira što postoje osnovi za isključenje (v. čl. 113 ZJN).¹⁹ Prekršaj će postojati samo ukoliko ugovor sa privrednim subjektom bude zaključen. Međutim, nejasno je zašto kao prekršaj nije predviđeno zaključenje ugovora i u slučaju postojanja ostalih osnova za isključenje ponuđača.

10) Ukoliko ne dostavi predlog za pokretanje prekršajnog postupka iz čl. 131, st. 6 ZJN Kancelariji za javne nabavke. – Privredni subjekti mogu deo ugovora o javnoj nabavci poveriti podizvođaču i naručilac ovo pravo privrednog subjekta ne može ni na koji način da ograniči ili isključi. Ukoliko privredni subjekt namerava da deo ugovora poveri podizvođaču, dužan je da u ponudi, pored ostalog, navede i na koji način će se vršiti plaćanje podizvođaču za izvršenje njegovih obaveza: da li će plaćanja vršiti privredni subjekt koji ga je angažovao, ili direktno naručilac. U slučaju da optira za prvu mogućnost, privredni subjekt je dužan da naručiocu u propisanim rokovima dostavi dokaz o izvršenom plaćanju, a ukoliko to ne učini, naručilac je dužan da Kancelariji za javne nabavke dostavi predlog za pokretanje prekršajnog postupka protiv tog privrednog subjekta. U suprotnom, vrši prekršaj

¹⁸ Za komparativni prikaz krivičnih dela koja mogu dovesti do diskvalifikacije učesnika iz postupka javnih nabavki v. Sope Williams-Elegbe, *Fighting Corruption in Public Procurement, A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, Oxford and Portland, Oregon, 2012, 82–105.

¹⁹ Pred Ustavnim sudom je 2003. godine pokrenut postupak za ocenu ustavnosti odredbe čl. 45, st. 2, tač. 3 Zakona o javnim nabavkama iz 2002. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 39/2002 i 43/2003) kojom je bilo propisano da pravo na učešće u tom postupku ima domaće ili strano pravno ili fizičko lice koje nije u roku od pet godina pre objavljivanja postupka javne nabavke pravosnažnom odlukom sudskog ili upravnog organa kažnjeno za krivično delo, privredni prestup ili prekršaj u vezi sa svojim poslovanjem, odnosno ako mu u tom roku nije izrečena pravosnažna sudska ili upravna mera zabrane obavljanja delatnosti koja je predmet javne nabavke. Podnosilac predloga smatrao je da se navedenom odredbom povređuju ustavna načela jednakosti uslova u obavljanju privredne delatnosti. Ustavni sud ocenio je da pomenuta odredba „nije nesaglasna s Ustavom Republike Srbije budući da predstavlja samo uslov za učestvovanje domaćeg ili stranog pravnog ili fizičkog lica u postupku dodele ugovora o javnoj nabavci i taj uslov se odnosi na sva domaća i strana pravna i fizička lica koja se nađu u istoj pravnoj situaciji propisanoj osporenom odredbom“ (Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, IU br. 300/2003 od 22. 1. 2004. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 16/2004).

opisan pod ovom tačkom. Na ovaj način se štite prava podizvođača, i istovremeno se vrši kontrola privrednog subjekta kojem je ugovor dodeljen. Ovim prekršajem sankcioniše se svojevrsno neprijavlivanje učinioca prekršaja, odnosno, nepreduzimanje mera kojima bi se nadležnim organima omogućilo da dođu do saznanja da je prekršaj izvršen. Iako je naručilac u obavezi da Kancelariji dostavi predlog za pokretanje prekršajnog postupka, Kancelarija nije nadležna da postupak vodi, već može, shodno ovlašćenjima koja ima, podneti zahtev za pokretanje prekršajnog postupka nadležnom prekršajnom sudu.

11) Ukoliko ne objavi, odnosno ne dostavi odluke u skladu sa odredbama zakona (čl. 146–148 ZJN). – Radnja izvršenja sastoji se u neobjavljivanju određenih odluka, protivno zakonskoj obavezi, odnosno propuštanju da se određene odluke dostave privrednim subjektima. Radi se o odluci o dodeli ugovora o javnoj nabavci i odluci o obustavi postupka javne nabavke koje se objavljuju na Portalu javnih nabavki u roku od tri dana od dana donošenja, i odluci o isključenju kandidata iz postupka, koja se kandidatima koji neće biti pozvani da podnesu ponudu dostavlja u predviđenim rokovima.

12) Ukoliko zaključi ugovor o javnoj nabavci, a da nisu ispunjeni uslovi iz čl. 151 ZJN. – Ugovor o javnoj nabavci naručilac može zaključiti nakon donošenja odluke o dodeli ugovora, ukoliko u zakonom predviđenom roku nije podnet zahtev za zaštitu prava, ili je zahtev konačnom odlukom odbijen ili odbačen, odnosno ukoliko je postupak obustavljen. Takođe, propisani su i određeni izuzeci kada se ugovor može zaključiti i pre isteka roka za podnošenje zahteva za zaštitu prava (čl. 151, st. 2 ZJN). Shodno tome, prekršaj će postojati u sledećim slučajevima: ukoliko je ugovor zaključen pre isteka roka za podnošenje zahteva za zaštitu prava; ukoliko je ugovor zaključen i pored toga što je zahtev blagovremeno podnet, a o njemu još nije konačno odlučeno; ili ukoliko je ugovor zaključen pre isteka roka, a nisu bili ispunjeni uslovi iz čl. 151, st. 2 ZJN koji to dozvoljavaju.

13) Ukoliko ne postupa u izvršenju ugovora o javnoj nabavci u skladu čl. 154, st. 1 ZJN. – Ovim prekršajem štiti se izvršenje ugovora o javnoj nabavci, koji čini poslednju fazu celokupnog postupka. Ugovor o javnoj nabavci izvršava se u skladu sa uslovima koji su određeni u dokumentaciji o nabavci i u skladu sa izabranom ponudom (čl. 154, st. 1 ZJN). Prekršaj bi postojao u onim slučajevima kada naručilac ne poštuje odredbe ugovora kojima su predviđene njegove obaveze, bilo da se radi o uslovima koji su propisani u konkursnoj dokumentaciji koju je sam naručilac sačinio, bilo da se radi o uslovima na koje je pristao izborom ponude određenog privrednog subjekta. Konkretan modalitet radnje izvršenja zavisice od odredbe ugovora koja se ne poštuje. Iako je radnja propisana kao nečinjenje (nepostupanje), ona se u konkretnom slučaju može ispoljiti u činjenju ili propuštanju.

14) Ukoliko vrši izmene zaključenog ugovora o javnoj nabavci suprotno odredbama zakona (čl. 155–161 ZJN). – Od momenta zaključenja ugovora o javnoj nabavci, na odnose između ugovornih strana primenjuju se opšta pravila ugovornog prava, prevashodno iz Zakona o obligacionim odnosima,²⁰ ukoliko ZJN nije drugačije propisano.²¹ Zakon izričito zabranjuje naručiocu da vrši bitne izmene ugovora o javnim nabavkama (čl. 154, st. 3 ZJN), što je razumljivo, budući da bi se na taj način u potpunosti obesmislio postupak javne nabavke. Međutim, imajući u vidu donekle specifičnu pravnu prirodu ugovora o javnim nabavkama, ZJN je dozvolio da se, u taksativno pobrojanim situacijama, ugovor može izmeniti u postupku koji je bitno drugačiji od postupka koji je prethodio njegovom zaključenju. Odredbama čl. 155–161 ZJN propisani su uslovi pod kojima se te izmene mogu vršiti, i one se mogu odnositi na obim obaveza ugovornih strana (povećanje obima nabavke, nabavka dodatnih dobara, usluga ili radova), promenu ugovorne strane, promenu podizvođača, izmene do kojih može doći u slučaju promenjenih okolnosti, odnosno na izmene koje su bile predviđene dokumentacijom ili samim ugovorom. Svaka izmena ugovora koja se ne može svrstati u jednu od navedenih kategorija, povlači sa sobom prekršajnu odgovornost naručioca. Interesantno je da nije predviđena i prekršajna odgovornost druge ugovorne strane – privrednog subjekta, koji takođe učestvuje u nedozvoljenim izmenama ugovora.

15) Ukoliko u propisanom roku Kancelariji za javne nabavke ne dostavi tražene podatke i obaveštenja koji su od značaja za sprovođenja monitoringa (čl. 180 ZJN). – Kancelarija za javne nabavke, pored ostalog, sprovodi monitoring nad primenom propisa, a u cilju sprečavanja, otkrivanja i otklanjanja nepravilnosti koje mogu da nastanu ili su nastale u primeni ZJN (čl. 179, tač. 2 i čl. 180, st. 1 ZJN). Kako bi se nadzor mogao uspešno sprovesti, naručioci su dužni da Kancelariji na njen zahtev dostave sve podatke i obaveštenja, u roku od 15 dana od dana prijema zahteva (čl. 180, st. 4 ZJN). Radnja izvršenja prekršaja sastoji se upravo u nepostupanju naručioca po navedenom zahtevu, ili u zakasnelom dostavljanju podataka, nakon isteka roka od 15 dana.

16) Ukoliko ne evidentira podatke o vrednosti i vrsti javnih nabavki ili ih u propisanom roku ne objavi na Portalu javnih nabavki ili Kancelariji za javne nabavke ne dostavi podatke o pojedinačnom postupku javne nabavke ili zaključenom ugovoru (čl. 181 ZJN). – Podatke koji se odnose na vrednost i vrstu javnih nabavki, uključujući nabavke na koje se zakon ne primenjuje zbog njihove vrednosti, naručilac je dužan da evidentira, kao i da ih zbirno objavi na Portalu javnih nabavki

²⁰ *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

²¹ M. Veličković, op. cit., 255.

(čl. 181, st. 3 i 4 ZJN). Takođe, Kancelarija može od naručioca zatražiti podatke o svakom pojedinačnom postupku ili zaključenom ugovoru, a naručilac je dužan da po tom zahtevu postupi najkasnije u roku od osam dana (čl. 181, st. 2 ZJN). U tom smislu, radnja izvršenja prekršaja sastoji se u nečinjenju – neobjavlivanju podataka ili nepostupanju po zahtevu za dostavljanje podataka, odnosno u zakasnelom objavljivanju ili dostavljanju traženih podataka.

17) Ukoliko ne postupi u skladu sa odlukom Republičke komisije (čl. 226, st. 4, tač. 1 i 9 ZJN). – Ovom inkriminacijom sankcionisano je nepostupanje naručioca u skladu sa određenim rešenjima koja Komisija donosi odlučujući po zahtevu za zaštitu prava. Radi se o rešenju kojim se zahtev usvaja i postupak javne nabavke u celini ili delimično poništava, odnosno o rešenju kojim se žalba usvaja kao osnovana i rešenje naručioca poništava. Modalitet radnje izvršenja zavisiće od odluke Republičke komisije. Slično kao u slučaju prekršaja opisanog pod tač. 13, radnja se može sastojati i u činjenju, bez obzira na to što je u zakonskom tekstu propisana kao nečinjenje.

18) Ukoliko ne dostavi izveštaj o sprovođenju odluke Republičke komisije (čl. 230 ZJN). – U okviru svojih ovlašćenja, Komisija može naručiocu naložiti da postupi po određenim uputstvima, kako bi uklonio uočene nepravilnosti. Naručilac je obavezan da po tim uputstvima postupi, kao i da Komisiji na njen zahtev podnese izveštaj o sprovođenju odluke. U suprotnom, čini prethodno opisani prekršaj.

19) Pored gorenavedenih prekršaja, u čl. 236 st. 3 ZJN propisan je i poseban prekršaj koji čini predstavnik naručioca koji učestvuje u postupku javne nabavke protivno odredbama zakona o sukobu interesa (čl. 50 ZJN). – Lica koja su zadužena za javne nabavke dužna su da postupaju u najboljem interesu naručioca, odnosno, u krajnjoj liniji u javnom interesu, koji moraju postaviti ispred lične koristi. U tom smislu, nužno je striktno regulisati pravila o sukobu interesa (koji se obično smatra jakim indikatorom za postojanje korupcije),²² kako bi se omogućilo nepristrasno postupanje koje će istovremeno doprineti i poverenju građana u javnu upravu.²³ Razvijene demokratije problemu sukoba interesa pristupaju korišćenjem etičkih standarda i propisivanjem administrativnih prestupa i krivičnih dela.²⁴ U postupku javnih nabavki, sukob interesa sankcionisan je normama prekršajnog prava.²⁵

²² Joras Ferwerda, Ioana Deleanu, Brigitte Unger, „Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators“, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 23, No. 2, 2017, 249.

²³ Ljiljana Mavračić Tišma, „Upravljanje sukobom interesa u sustavu javne nabave“, *Zagrebačka pravna revija*, Vol. 8, No. 2, 2019, 117.

²⁴ Susan Rose-Ackerman, „Corruption and the Criminal law“, *Forum on Crime and Society*, Vol. 2, No. 1, 2002, 5.

²⁵ Neka zakonodavstva sukob interesa sankcionišu primenom normi krivičnog prava. Tako, Krivični zakonik Hrvatske poznaje krivično delo nezakonito pogodovanje koje vrši službeno ili

Norme kojima se reguliše sukob interesa treba da omoguće realizaciju načela zaštite konkurencije, kao i da doprinesu jednakosti privrednih subjekata (čl. 50, st. 1 ZJN). Sukob interesa između naručioca i privrednog subjekta obuhvata situacije u kojima predstavnici naručioca koji su uključeni u sprovođenje tog postupka ili mogu da utiču na ishod tog postupka, imaju direktan ili indirektan finansijski, ekonomski ili drugi privatni interes, za koji bi se moglo smatrati da dovodi u pitanje njihovu nepristrasnost i nezavisnost u tom postupku (čl. 50, st. 2 ZJN). Predstavnikom naručioca smatra se naročito rukovodilac naručioca odnosno odgovorno lice naručioca, član upravnog, izvršnog ili nadzornog odbora naručioca, kao i član komisije za javnu nabavku, odnosno lice koje sprovodi postupak javne nabavke (čl. 50, st. 4 ZJN). Ukoliko u bilo kojoj fazi postupka sazna za postojanje sukoba interesa, predstavnik naručioca dužan je da se iz postupka izuzme. Izuzće iz postupka predstavlja svojevrstu preventivnu meru koja treba da doprinese nepristrasnom postupanju predstavnika naručioca i jednakom tretmanu svih privrednih subjekata koji u postupku učestvuju. Radnju izvršenja prekršaja čini u tom smislu učešće u postupku uprkos navedenoj zabrani, odnosno, propuštanje odgovornog lica da se iz postupka izuzme.

PREKRŠAJI PONUĐAČA

Opšte napomene

Drugu kategoriju prekršaja čine oni koje zakonodavac u rubrumu čl. 237 zbirno naziva prekršajima ponuđača. U samoj odredbi je međutim precizirano da za ovu grupu prekršaja mogu odgovarati ponuđači, kandidati ali i podizvođači. Ponuđačem se smatra svaki privredni subjekt koji je podneo ponudu (čl. 2, st. 1, tač. 8 ZJN), a kandidat je privredni subjekt koji je podneo prijavu u restriktivnom

odgovorno lice koje iskoristi položaj ili ovlašćenje pogodovanjem u davanju, preuzimanju ili ugovaranju poslova za svoju delatnost ili delatnost osoba sa kojima je interesno povezana (čl. 292, st. 2). U literatu se, međutim, ističe da nije bilo potrebe posebno normirati sukob interesa, budući da bi se takvo postupanje u krajnjoj liniji moglo podvesti pod neka druga već postojeća krivična dela (Tihomir Kralj, Marta Dragičević Prtenjača, „Korupcijska kaznena djela protiv službene dužnosti“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 17, No. 2, 2010, 479–480). U našem pravu, sukob interesa bi se mogao podvesti pod radnju izvršenja krivičnog dela Zloupotreba položaja odgovornog lica iz čl. 227 Krivičnog zakonika (*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; u daljem tekstu: KZ) ili Zloupotreba službenog položaja iz čl. 359 KZ, ali samo ukoliko je nastupila odgovarajuća posledica ovih krivičnih dela. Suprotno, prekršaj o kome je reč ne sadrži posledicu u zakonskom opisu.

postupku, konkurentnom postupku sa pregovaranjem, pregovaračkom postupku, konkurentnom dijalogu ili partnerstvu za inovacije (čl. 2, st.1, tač. 9 ZJN). Kako se privrednim subjektom smatra svako lice ili grupa lica koja na tržištu nudi dobra, usluge ili radove, učinioci ovih prekršaja mogu biti fizička lica (čl. 237, st. 4 ZJN), preduzetnici (čl. 237, st. 3 ZJN), pravna lica ili odgovorna lica u pravnom licu (čl. 237, st. 2 ZJN).

Pojedini prekršaji

Novčanom kaznom od 100.000 do 1.000.000 dinara kazniće se za prekršaj ponuđač, kandidat, odnosno podizvođač iz sledećih razloga.

1) Ako u prijavi ili ponudi podnese izjavu koja sadrži neistinite podatke ili po pozivu naručioca dostavi dokument koji sadrži neistinite podatke (čl. 118, 119. i 130 ZJN) – Sastavni deo ponude, odnosno prijave jeste izjava o ispunjenosti kriterijuma za kvalitativni izbor privrednih subjekata. Tom izjavom, privredni subjekt potvrđuje da ne postoje osnovi za isključenje iz postupka javnih nabavki, kao i da ispunjava određene zahtevane kriterijume za izbor. Privredni subjekt koji dostavi ekonomski najpovoljniju ponudu dužan je da na zahtev naručioca dostavi dokaze o ispunjenosti kriterijuma za izbor. Dakle, izjava ima svojevrsni preliminarni karakter dokaza o ispunjenosti tih uslova, dok se konačan dokaz zahteva samo od subjekta koji podnese ekonomski najpovoljniju ponudu.²⁶ Ovim prekršajem sankcionisano je davanje neistinitih, odnosno lažnih podataka, bez obzira na to da li se podaci dostavljaju u ponudi, prijavi, ili po pozivu naručioca.

Zakonski opis ovog prekršaja poklapa se delimično sa oblikom krivičnog dela Zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom propisanog odredbom st. 1, čl. 228 KZ koji propisuje da će se kazniti ko u vezi sa javnom nabavkom podnese ponudu zasnovanu na lažnim podacima, u nameri da time utiče na donošenje odluka naručioca javne nabavke. Sa jedne strane, opis navedenog prekršaja donekle je šire postavljen, utoliko što se lažni podaci ne moraju dostavljati samo u okviru ponude, već je sankcionisano i dostavljanje neistinitih podataka u prijavi ili na zahtev naručioca. Sa druge strane, za postojanje prekršaja ne zahteva se utvrđivanje namere da se dostavljanjem lažnih podataka utiče na donošenje odluke naručioca (iako će suštinski to verovatno biti cilj koji se želi postići podnošenjem neistinitih podataka). Zbog izostanka navedene namere iz obeležja bića, prekršaj može biti učinjen i iz nehata, dok krivično delo zahteva postojanje umišljaja i to direktnog. U svakom slučaju, važno je napomenuti da zbog delovanja načela *ne bis in idem* privredni

²⁶ Zakonom su propisani i određeni izuzeci kada se dokazi ne moraju dostavljati.

subjekt ne bi mogao ni u kom slučaju odgovarati i za krivično delo i prekršaj. Ova zabrana odnosi se na vođenje paralelnih, ali i sukcesivnih postupaka.²⁷

2) Ukoliko ne dostavi dokaz i izjavu iz čl. 131, st. 5 zakona naručiocu na njegov poziv u propisanom roku. – Kako je to ranije objašnjeno, privredni subjekt može izvršenje dela ugovora poveriti podizvođaču i naručilac ne može ovo pravo na bilo koji načini ograničiti ili isključiti. Ukoliko bude angažovan podizvođač, a nije predviđeno da će naručilac plaćanjeospelih obaveze vršiti njemu, privredni subjekt dužan je da naručiocu dostavi dokaz i izjavu podizvođača da je izvršio plaćanje. Takođe, u ovom slučaju je naručilac obavezan da Kancelariji dostavi predlog za pokretanje prekršajnog postupka, jer u suprotnom čini prekršaj iz čl. 236, st. 1, tač. 10 ZJN.

3) Ukoliko kao podizvođača angažuje lice koje nije navedeno u ponudi i u ugovoru o javnoj nabavci protivno odredbama zakona (čl. 131 i 161 ZJN). – Iako privredni subjekt ima prava da izvršenje dela ugovora o javnoj nabavci poveri podizvođaču, on mora u ponudi navesti podatke o podizvođaču, koji deo ugovora će mu biti poveren na izvršenje kao i način na koji će se vršiti isplata. Takođe, moguće je nakon zaključenja ugovora o javnoj nabavci isti izmeniti tako što će se izvršiti promena podizvođača, uvođenje jednog ili više novih podizvođača, a moguće je i da privredni subjekt sa kojim je ugovor zaključen preuzme izvršenje dela ugovora koji je prethodno bio poveren podizvođaču (čl. 161 ZJN). Radnja izvršenja prekršaja sastoji se u angažovanju određenog privrednog subjekta koji nije naveden u ponudi, odnosno u ugovoru o javnoj nabavci kao podizvođač. Budući da zakonodavac koristi termin „angažovanje“, radnja se može sastojati u zaključenju odgovarajućeg ugovora, ali i u faktičkom poveravanju poslova određenom privrednom subjektu. Iako to nije posebno naglašeno, po prirodi stvari će ovaj prekršaj biti moguće izvršiti samo sa umišljajem.²⁸

4) Ako po pozivu naručioca ne zaključi ugovor o javnoj nabavci osim ukoliko postoje razlozi na koje ponuđač nije mogao da utiče niti je mogao da ih predvidi, spreči, otkloni ili izbegne, a zbog kojih zaključenje ili izvršenje ugovora u skladu sa uslovima iz dokumentacije o nabavci i izabrane ponude nije moguće (čl. 152 ZJN). – Ugovor o javnoj nabavci mora biti zaključen u skladu sa uslovima određenim u dokumentaciji o nabavci i izabranom ponuđaču. Ukoliko izabrani privredni subjekt

²⁷ Detaljnije o ovoj problematici v. Goran P. Ilić, „Načelo *ne bis in idem* u prekršajnom postupku“, *Kaznena reakcija u Srbiji, VIII deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018, 154–162.

²⁸ Prekršajni propisi gotovo nikada ne propisuju da se prekršaj može izvršiti samo sa umišljajem, iako se u nekim slučajevima to može zaključiti iz samog opisa prekršaja, kao što je ovde slučaj, v. Igor Vuković, *Prekršajno pravo*, Beograd, 2021, 51.

po pozivu naručioca ne pristupi zaključenju ugovora, ostvaruje obeležja bića navedenog prekršaja. Međutim, zakonodavac propisuje da prekršaj neće postojati ukoliko privredni subjekt ne pristupi zaključenju ugovora „iz opravdanih razloga“. Formulacija ovih okolnosti odgovara opisu više sile iz građanskog prava, što je donekle razumljivo, imajući u vidu da, kako je to objašnjeno, na prava i obaveze ugovornih strana (ponuđača i naručioca) nakon zaključenja ugovora treba primenjivati odredbe obligacionog prava. U smislu prekršajnopravnih odredbi, ova okolnost bi se mogla smatrati posebnim osnovom koji isključuje protivpravnost prekršaja, budući da u slučaju njenog ispunjenja odustajanje ponuđača od zaključenja ugovora, koje je predviđeno kao prekršaj, ne bi bilo protivpravno.

Naposletku, stavom 5 čl. 237 ZJN propisano je da se za prekršaj iz st. 1. tač. 2 i 4 ponuđaču ili kandidatu iz st. 1, 3 ili 4, odnosno podizvođaču koji je izvršio prekršaj izriče zaštitna mera zabrane učestvovanja u postupcima javnih nabavki, kojom se tom licu zabranjuje da učestvuje u postupcima javnih nabavki u periodu koji ne može biti duži od dve godine. Ova zaštitna mera uvedena je u naše zakonodavstvo izmenama i dopunama Zakona o prekršajima iz 2019. godine i sastoji se u privremenoj zabrani učiniocu prekršaja da učestvuje u postupcima javnih nabavki. Zaštitnu meru izriče sud koji je dužan da u roku od tri radna dana od dana pravno-snažnosti presude o tome obavesti Kancelariju za javne nabavke.

ZAVRŠNE NAPOMENE

Jedna od osnovnih karakteristika postupka javne nabavke jeste saradnja privatnog i javnog sektora, odnosno, sprovođenje postupaka kojima se podmiruju određene potrebe javnog sektora posredstvom dobara/usluga koje obezbeđuje privatni sektor. Ako tome pridodamo činjenicu da se značajniji deo budžeta svake države odvajaju upravo za potrebe javnih nabavki (po nekim procenama prosečno oko 30%),²⁹ očigledno je da je ranjivost ovog sektora njegov inherentni deo.

Analiza prekršaja predviđenih ZJN pokazuje da se njima sankcioniše nepostupanje po imperativnim propisima ZJN koji mogu predstavljati svojevrсни uvod, odnosno prethodne korake za ostvarenje težih povreda – u pitanju je najčešće nepoštovanje imperativnih zakonskih rokova, ili nedostavljanje određenih podataka, dokumenata ili izveštaja nadležnim telima ili ostalim ponuđačima. U tom smislu, iako je kaznenopravna, pa time i prekršajnoppravna intervencija države po svojoj prirodi reakcija na već postojeću povredu propisa, pojačana aktivnost u oblasti

²⁹ OECD, *Preventing corruption in public procurement*, 2016, 6, <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>, 28. 9. 2022.

prekršaja protiv javnih nabavki može doprineti i blagovremenom otkrivanju, pa time i sprečavanju težih povreda propisa – krivičnih dela. Ipak, u literaturi se uglavnom zauzima stav da je po pitanju zloupotreba, pa i korupcije u javnim nabavkama, samo kaznenopravna reakcija nedovoljna.

U tom smislu, evidentno je da postoji potreba da se rešavanju ovog kompleksnog problema pristupi korišćenjem više metoda. Mere koje država preduzima u cilju sprečavanja zloupotreba u ovoj oblasti mogu bit različite prirode, počev od administrativnih, koje izriču državni organi ili regulatorna tela (npr. zabrana učešća u postupku ponuđačima koji su osuđivani za određena koruptivna krivična dela ili prekršaje; formiranje posebnih registara ponuđača koji nisu uredno izvršavali obaveze iz dodeljenih ugovora), preko represivnih (npr. predviđanje kaznenih ili civilnih sankcija), pa i mera koje utiču na društveni i/ili profesionalni ugled (npr. pojačano javno izveštavanje o licima koja su osuđena za koruptivna dela).³⁰

U literaturi se, kao mera koja može da doprinese suzbijanju koruptivnih radnji u javnim nabavkama navodi i jačanje sistema unutrašnjih uzbunjivača.³¹ Takođe, budući da nezakonite aktivnosti izvršioci često preduzimaju za račun poslodavca, korporacija ili drugih organizacija, predlaže se da se kaznenopravna reakcija usmeri prevashodno na pravna, umesto na fizička lica.³²

IVANA RADISAVLJEVIĆ, LL.M.
Lecturer, Faculty of Law
University of Belgrade

MISDEMEANOR REGULATION IN THE FIELD OF PUBLIC PROCUREMENT

Summary

In this paper, author analyzes misdemeanor protection in the field of public procurement. These offenses are prescribed by the Law on Public Procurement. They are divided into two categories: the first consists of misdemeanors of the contracting authority (the Republic of Serbia; republic authorities; authorities of autonomous provinces or local self-government units; legal entities established in order to meet the needs of the general interest, which do not have an industrial or commercial

³⁰ Detaljnije o ovim merama v. Sope Williams, Geo Quinot, „Public Procurement and Corruption: The South African Response“, *South African Law Journal*, Vol. 124, No. 2, 2007, 342–346.

³¹ Ada-Iuliana Popescu, „Public Procurement Corruption In The European Union“, *Journal of Public Administration, Finance and Law*, Special Issue 1, 2014, 10.

³² S. Rose-Ackerman, op. cit., 4.

character, and which meet certain conditions), and contracting entity (public contracting authorities that perform utility activity; public undertakings which perform a utility activity over which a contracting authority may exercise a dominant influence, directly or indirectly, by virtue of its ownership of them, or its financial participation therein, or the rules which govern them; other entities which perform utility activity on the basis of exclusive or special rights). They mainly sanction non-compliance with deadlines on the part of the contracting authority, non-publication or non-delivery of reports, documentation, or notifications to competent authorities or bidders. Violations by bidders are less numerous and they are prescribing sanctions for providing false information, omissions regarding the engagement of subcontractors, and failure to conclude public procurement contracts.

Key words: misdemeanor, misdemeanor procedure, public procurement, Law on Public Procurement

Literatura

- Blagojević B. et al., *Komentar Zakona o javnim nabavkama*, Beograd, 2020.
- Budak J., „Korupcija u javnoj nabavi: trebamo li novi model istraživanja za Hrvatsku?“, *Ekonomski pregled*, Vol. 67, No. 4, 2016.
- Dorn N., Levi M., White S., „Do European Procurement Rules Generate or Prevent Crime?“, *Journal of Financial Crime*, Vol. 15, No. 3, 2008.
- Ferwerda J., Deleanu I., Unger B., „Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators“, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 23, No. 2, 2017.
- Hukić H., Bojović D., Maletić M., Srećkov D., *Komentar Zakona o javnim nabavkama*, Public Aktiv, Beograd, 2020.
- Ilić G. P., „Načelo *ne bis in idem* u prekršajnom postupku“, *Kaznena reakcija u Srbiji*, VIII deo (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018.
- Koshevasliska M., „Corruption in Public Procurement“, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 8, No. 1, 2017.
- Kralj T., Dragičević Prtenjača M., „Korupcijska kaznena djela protiv službene dužnosti“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 17, No. 2, 2010.
- Mavračić Tišma Lj., „Upravljanje sukobom interesa u sustavu javne nabave“, *Zagrebačka pravna revija*, Vol. 8, No. 2, 2019.
- OECD, *Preventing corruption in public procurement*, 2016, <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>.
- Pavlović Š., „Kriminološki pregled i kaznenopravna zaštita postupaka javne nabave“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 21, No. 2, 2014.
- Popescu A-I., „Public Procurement Corruption In The European Union“, *Journal of Public Administration, Finance and Law*, Special Issue 1, 2014.
- Radisavljević I., „Krivično delo zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost – Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava „Slobodan Perović“*, tom IV, Beograd, 2020.

Rose-Ackerman S., „Corruption and the Criminal law“, *Forum on Crime and Society*, Vol. 2, No. 1, 2002.

Veličković M., *Javne nabavke za početnike, Korak po korak u javnim nabavkama*, Akademija za javne nabavke, Beograd, 2019.

Vuković I., *Prekršajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.

Williams S., Quinot G., „Public Procurement and Corruption: The South African Response“, *South African Law Journal*, Vol. 124, No. 2, 2007.

Williams-Elegbe S., „Systemic Corruption and Public Procurement in Developing Countries: Are there any Solutions?“, *Journal of Public Procurement*, Vol. 18, No. 2, 2018.

Williams-Elegbe S., *Fighting Corruption in Public Procurement, A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, Oxford and Portland, Oregon, 2012.

PREGLEDNI RAD

SADMIR KAROVIĆ
SUAD ORLIĆ

KRIVIČNO DJELO NEOVLAŠTENA PROIZVODNJA I STAVLJANJE U PROMET OPOJNE DROGE – KRIVIČNOPRAVNI I KRIVIČNOPROCESNI ASPEKT

U fokusu interesovanja autora je krivično djelo neovlaštena proizvodnja i stavljanje u promet opojne droge, propisano krivičnim zakonima Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. U ovom radu inkorporiran je krivičnopравни (materijalni) i krivičnoprocesni aspekt ovog krivičnog djela, kojom prilikom su autori ukazali na specifičnosti objektivno-subjektivnog koncepta pojma ovog krivičnog djela, kompleksnost otkrivanja i dokazivanja postojanja krivičnog djela i krivice, uvažavajući restriktivne zakonske uslove. Također, navedene su određene specifičnosti koje se neposredno odnose na kompleksnost dokazivanja, odnosno prikupljanja potrebnih dokaza neophodnih za efikasno vođenje i okoćanje krivičnog postupka, s obzirom na pravnu prirodu ovog krivičnog djela ali i krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini. Sa razlogom je apostofirana tendencija humanizacije savremenog krivičnog prava, koja se ispoljava u zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda svakog pojedinca, kao i zakonom propisana prava i univerzalne garancije osumnjićenog, odnosno optuženog lica u krivičnom postupku.

Ključne riječi: *opojna droga, proizvodnja, promet, krivično djelo, Bosna i Hercegovina*

Dr Sadržmir Karović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Travniku, zaposlen u Državnoj agenciji za istrage i zaštitu, Bosna i Hercegovina, edukator u JU Centar za edukaciju sudija i tužilaca Federacije Bosne i Hercegovine, 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

Zloupotreba opojnih droga je u fokusu interesovanja brojnih nauka koje svaka iz svog ugla naučnog promatranja ove pojave, uvažavajući primarno njen predmet istraživanja, nastoje da pronađu adekvatne i srazmjerne odgovore na ključna pitanja etiološke, fenomenološke i preventivne prirode. Taj naučni i stručni izazov je i danas aktuelan, cijeneći da je zloupotrebu opojnih droga praktično nemoguće iskorijeniti, ali je intencija međunarodne zajednice, odnosno država i savremenih krivičnopravnih sistema da se ovaj destruktivni pravni i društveni fenomen svede na najmanju moguću mjeru u skladu sa realnim kapacitetima, resursima i mogućnostima. Krivičnopravno suprotstavljanje ovom kriminalitetu predstavlja najadekvatniju i najneposredniju institucionalnu reakciju države. Savremeno krivično pravo, uključujući njegova tri (pod)sistema (materijalno, procesno i izvršno) u permanentnom je traganju za najadekvatnijim zakonskim rješenjima materijalne, procesne i izvršne prirode. U ovom radu, pažnja i interes su usmjereni na krivičnopravni (materijalni) i krivično-procesni aspekt krivičnog djela neovlaštena proizvodnja i stavljanje u promet opojne droge, uvažavajući prije svega kompleksan objektivno-subjektivni pojam ovog krivičnog djela, koji proizilazi iz zakonskog opisa ovog krivičnog djela. Svaka zakonska inkriminacija predstavlja visok stepen apstrakcije jer se iz izuzetno složene i raznolike stvarnosti izdvaja i uopštava određeni sadržaj koji postaje njen predmet regulisanja.¹

Također, u centru pažnje su i međunarodnopravni standardi koji neposredno determiniraju odlučnost, dosljednost i opredijeljenost međunarodne zajednice na planu efikasne i energične borbe protiv ovog kriminaliteta. U tom kontekstu neophodno je naglasiti sasvim jasno izraženu tendenciju humanizacije savremenog krivičnog prava koja se neposredno ispoljava kroz prizmu zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda svakog pojedinca. Iz naprijed navedenog proizilazi da krivičnoprocesne aktivnosti nadležnih subjekata koje su usmjerene na rasvjetljavanje i rješenje konkretne krivične stvari moraju zadovoljavati restriktivne zakonske uslove, sa posebnom pažnjom na prava i univerzalne garancije osumnjičenog, odnosno optuženog lica u krivičnom postupku.

ZLOUPOTREBA OPOJNIH DROGA – IZAZOV ZA KRIVIČNO PRAVOSUĐE

Zloupotreba opojnih droga nije pošast savremenog doba, s obzirom na to da različite oblike uživanja opojnih droga pronalazimo u različitim izvorima još od najstarijeg perioda. Od nastanka države, primitivnih oblika organizovanja i prvobitne

¹ Zoran Stojanović, *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 69.

(arhajske) reakcije na kriminalitet pa sve do danas, mijenjali su se odgovori, odnosno reakcije društva, odnosno države na ovaj kriminalitet, u zavisnosti od aktualnih političkih, društvenih, ekonomskih i drugih uslova i specifičnosti u određenom historijskom periodu. Međunarodna zajednica je iskazala poseban senzibilitet, protektivnu komponentu i zainteresovanost za sprečavanje, otkrivanje, krivični progon i procesuiranje krivičnih djela iz oblasti zloupotrebe opojnih droga, te je u tom smislu prepoznala potrebu i svrsishodnost izrade i usvajanja određenih međunarodnopravnih dokumenata (konvencije i dr.) kojima se kreiraju i uspostavljaju određeni međunarodnopravni standardi. Prvo međunarodno tijelo koje se bavi opojnim drogama, poznato kao Međunarodna komisija za opijum i koje se sastoji od predstavnika 13 zemalja, sastalo se u Šangaju 1909. godine. Njegova razmatranja dovela su do potpisivanja u Hagu prvog sporazuma o kontroli droga, Međunarodne konvencije o opijumu 1912, kojim je uspostavljena međunarodna saradnja u kontroli narkotikakao pitanje međunarodnog prava.² S tim u vezi, od strane univerzalne Organizacije Ujedinjenih nacija usaglašeno i donijeto je nekoliko veoma važnih međunarodnopravnih dokumenata koji inkorporiraju određene međunarodnopravne standarde u vezi efikasne i energične borbe protiv ovog kriminaliteta među kojima prvorazredan značaj imaju Jedinstvena konvencija o opojnim drogama iz 1961. godine, Konvencija o psihotropnim supstancama iz 1971. godine i Konvencija o suzbijanju nezakonitog prometa opojnim drogama iz 1988. godine.

Međutim, i pored svih nastojanja, napora kao i opredijeljenosti međunarodne zajednice da se suzbije zloupotreba opojnih droga, narkomanija kao sociopatološka pojava u društvu i danas predstavlja fenomen koji opterećuje međunarodnu zajednicu i po svojoj prirodi, fenomenološkim karakteristikama i drugim specifičnostima prevazilazi nacionalne geografske granice. Iz navedenog proizilazi da neovlaštena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga kao klasično krivično djelo iz oblasti zloupotrebe opojnih droga, već decenijama egzistira u savremenom krivičnom pravu, s obzirom na to da ovo krivično djelo prepoznajemo u brojnim krivičnopravnim sistemima u svijetu, sa određenim razlikama u smislu pravne modifikacije, odnosno prilagođavanja zakonskog opisa krivičnog djela realnim potrebama određenog krivičnopravnog sistema pojedine države.

Također, zloupotrebu opojnih droga je nemoguće promatrati izolovano u odnosu na organizovani kriminal, cijeneći da se radi o jednoj od najprofitabilnijih ilegalnih aktivnosti na međunarodnom pa možemo konstatovati i na planetarnom nivou što potvrđuju brojna naučno-stručna empirijska istraživanja.

² Bror Rexted, K. Edmondson, Inayat Khan, Robert J. Samson, *Guidelines for the Control of Narcotic and Psychotropic Substances*, World health organization Geneva, 1984, 15.

Praktično je nemoguće precizno kvantificirati, inkorporirati i iskazati profit u određenom vremenskom periodu na određenom geografskom prostoru, nezakonito stečen od različitih oblika zloupotrebe opojnih droga ali je evidentno da je ovaj kriminalitet prepoznatljiv upravo po sticanju enormnog profita od strane pojedinaca i organizovanih kriminalnih grupa koje se bave ovom vrstom ilegalnih aktivnosti.

Različiti fenomenološki oblici ispoljavanja zloupotrebe opojnih droga iz više razloga zabrinjavaju naučnu, stručnu ali i opštu javnost, prije svega zbog izuzetno destruktivnog dejstva, odnosno posljedica krivičnih djela iz oblasti zloupotrebe opojnih droga, kada je u pitanju primarno zdravlje svakog pojedinca, posebno kada se radi o djeci i maloljetnicima. Rasprostranjenost i dostupnost različitih opojnih droga, mogućnost kupovine kao i snižavanje starosne dobi ovisnika ili lica koja počinju sa kozumiranjem opojne droge zahtijeva adekvatna i srazmjerna zakonska rješenja materijalne i procesne prirode. Studije pokazuju multifaktorijalni, raznovrstan i složen odnos između upotrebe i zavisnosti od droga i posljedice agresivnosti i drugih kriminogenih radnji, uključujući sociokulturne faktore i efekte materija na ponašanje pojedinca.³ Opšti progres društva, posebno u segmentu koji se neposredno odnosi na informaciono-komunikacijske tehnologije, raspoložive i dostupne kapacitete i mogućnosti dodatno otežava efikasnu, dosljednu i energičnu borbu protiv ovog kriminaliteta. Kako je već naprijed već apostrofirano, posebnu pažnju potrebno je usmjeriti na protektivni ili zaštitnički odnos prema djeci, odnosno maloljetnicima kao specifičnoj starosnoj kategoriji, s obzirom na to da se oni istovremeno pojavljuju kao žrtve/oštećeni ali i izvršioци određenih krivičnih djela iz oblasti zloupotrebe opojnih droga. Ono što svakako mora da zabrine, to je podatak koji su potvrdile i studije UN i naša parcijalna istraživanja, da se većinom narkomaniji odaju veoma mladi ljudi (12–25 godina), a da sa druge strane proces detoksikacije i socijalne rehabilitacije traje veoma dugo i iziskuje znatna materijalna sredstva i odgovarajući stručni kadar, a uspjesi su znatno ispod očekivanja, jer bolesnik – narkoman kada napusti psihijatrijsku ustanovu nije izliječena osoba.⁴ Mobilnost modernog čovjeka, rapidan tehničko-tehnološki napredak ali i druge specifičnosti, nesumnjivo doprinose ili pogoduju nastanku različitih fenomenoloških oblika zloupotrebe opojnih droga. U tom kontekstu, internet kao pogodno sredstvo koji je danas dostupan ne samo u urbanim već i u gotovo svim ruralnim područjima, omogućava veoma jednostavnu,

³ Miodrag N. Simović, Marina M. Simović, Vladimir M. Simović, Sadmir Karović, *Zloupotreba opojnih droga u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine*, Grafomark, Laktaši, Banja Luka, 2022, 10.

⁴ Živojin Aleksić, Milan Škulić, *Kriminalistika*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018, 269.

brzu i poprilično sigurnu operacionalizaciju kriminalnih aktivnosti (komunikacija, dogovaranje, transport, nuđenje na prodaju i dr.).

Promatrano sa aspekta blagovremenog, efikasnog i zakonitog otkrivanja i dokazivanja postojanja krivičnih djela iz oblasti zloupotrebe opojnih droga, ono što posebno zabrinjava, deprimira i opterećuje naučnu, stručnu i opštu javnost jeste činjenica da je krivični progon nadležnih organa i subjekata, odnosno agencija za sprovođenje zakona (policija, tužilaštvo i dr.) uglavnom usmjeren, prije svega na operativce koji se bave ilegalnim aktivnostima, dok s druge strane njihovi idejni kreatori, nalogodavci i organizatori uglavnom nisu dostupni organima krivičnog pravosuđa.

U kontekstu adekvatne reakcije države na ovaj kriminalitet, jedno od suštinskih pitanja istražno-dokazne prirode, kada je u pitanju efikasna i energična borba jeste adekvatnost zakonskih normi materijalne i procesne prirode, na planu otkrivanja i dokazivanja postojanja krivičnih djela i krivice koja moraju biti kompatibilna realnim istražno-dokaznim potrebama. Pored intencije efikasnosti krivičnog postupka, prilikom iniciranja kreiranja i usaglašavanja određenih zakonskih rješenja zakonodavac nužno mora da uzme u obzir brojne međunarodnopravne dokumente koji se odnose na zaštitu ljudskih prava i sloboda, a koji se samim tim odnose i na katalog prava osumnjičenog, odnosno optuženog lica u krivičnom postupku. Dakle, zakonska rješenja po svojoj prirodi moraju biti usaglašena, harmonizirana i kompatibilna međunarodnopravnim standardima, koja se neposredno odnose na zaštitu ljudskih prava i sloboda, tako da i u provedbenom smislu svako odstupanje od strane organa i subjekata, odnosno agencija za sprovođenje zakona predstavlja put u nezakonitost. Tendencija humanizacije savremenog krivičnog prava neminovno zahtijeva specijaliziran pristup krivičnog pravosuđa pitanjima koja se odnose na zaštitu ljudskih prava i sloboda, posebno kada se radi o djeci, odnosno maloljetnicima kao žrtvama i izvršiocima krivičnih djela.

Pored naprijed navedenog, ne smijemo zanemariti povezanost i uslovljenost specifičnih oblika organizovanog kriminaliteta (zloupotreba opojnih droga, trgovina ljudima, ilegalni promet oružjem i dr.) sa pojedincima u političkim strukturama koji imaju značajan pa i odlučujući uticaj na sve društvene procese i događaje u društvu, te samim tim imaju i moć odlučivanja, odnosno donošenja određenih odluka. S druge strane, kada su u pitanju raspoloživi vanpravni ili društveni preventivni kapaciteti, resursi i mogućnosti, evidentno je da je pored krivičnopravnog suprotstavljanja kriminalitetu, u proces prevencije neophodno uključiti svakog pojedinca, odnosno animirati sve društveno odgovorne i savjesne građane kao i sve druge subjekte (mediji, religijske zajednice, sportski kolektivi, nevladin sektor i dr.) koji mogu na određen način doprinijeti na planu efikasne

i energične borbe protiv ovog kriminaliteta, posebno kada je u pitanju otkrivačka djelatnost, odnosno prijavljivanje krivičnih djela.

Međutim, s obzirom na prirodu i određene specifičnosti krivičnih djela iz oblasti zloupotrebe opojnih droga, ne umanjujući korisnost, svrsishodnost i evidentne pozitivne efekte djelovanja drugih faktora na planu prevencije, neophodno je apostrofirati da prvorazredan preventivni značaj ipak ima porodica. Nažalost, državna institucionalna reakcija organa, subjekata, odnosno agencija za sprovođenje zakona je usmjerena uglavnom na posljedicu, tačnije na preduzimanje određenih mjera i radnji nakon izvršenje krivičnog djela, tako da se neopravdano zanemaruju etiološki (uzročni) faktori ili im se ne posvećuje pažnja u dovoljnoj mjeri.

OBJEKTIVNO-SUBJEKTIVNI KONCEPT KRIVIČNOG DJELA
NEOVLAŠTENA PROIZVODNJA I STAVLJANJE U PROMET
OPOJNIH DROGA (čl. 238 KZ FBiH i čl. 207 KZ RS i čl. 232 KZ DB)

U cilju pravilnog, sveobuhvatnog i svestranog razumijevanja pravne prirode i objektivno-subjektivnog koncepta pojma krivičnog djela Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga, izvršićemo komparativnu analizu ovog krivičnog djela sa osvrtom na zakonski opis propisan u čl. 238 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, čl. 207 Krivičnog zakona Republike Srpske i čl. 232 Krivičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Komparativnom analizom krivičnog djela Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga, u čl. 238 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine i čl. 232 Krivičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, primjećujemo da je zakonodavac na potpuno isti način propisao ovo krivično djelo, ali postoje određene razlike koje zavređuju pažnju u odnosu na zakonska rješenja u Krivičnom zakonu Republike Srpske. Naime, podsjetićemo da u Bosni i Hercegovini, zbog njene kompleksne ustavnopravne strukture, egzistiraju četiri krivična zakona: državni, entitetski (Federacija BiH i Republika Srpska) i Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine.

Analizom čl. 238 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine kojim se propisuje Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga kao autonomno i samostalno krivično djelo, sistematizovano u glavi XXI – Krivična djela protiv zdravlja ljudi, primjećujemo da ovo krivično djelo čini onaj ko neovlašćeno proizvodi, prerađuje, prodaje ili nudi na prodaju ili radi prodaje kupuje, drži ili prenosi ili posreduje u prodaji ili kupovini ili na drugi način neovlašćeno stavlja u promet materije ili pripravke propisom proglašene opojnim drogama. Iz samog naziva glave gdje je sistematizovano ovo krivično djelo, proizilazi da je objekt zaštite zdravlje ljudi. Opojnim drogama smatraju se supstancije prirodnog ili sintetskog

porijekla čijom se upotrebom mogu stvoriti stanja ovisnosti koja mogu da izazovu oštećenja zdravlja ili da na drugi način ugroze ljudski integritet u fizičkom, psihičkom ili socijalnom smislu.⁵ Iz naprijed navedenog proizilazi da je ovo krivično djelo blanketnog karaktera, s obzirom da se u stavu 1. istog člana navodi da neovlašteno stavljanje u promet inkorporira materije ili pripravke propisom proglašene opojnim drogama, a propisana kazna je zatvor od jedne do 10 godina.

Zakonodavac nije ograničio lica koja po prirodi i vrsti krivičnog djela ili nekim drugim krivičnopравnim svojstvima i specifičnostima mogu biti izvršioc i ovog krivičnog djela što znači da izvršilac ovog krivičnog djela može biti svaka osoba. U objektivnom smislu, primjećujemo da je zakonodavac radnje izvršenja propisao alternativno i to: proizvodnja, prerada, prodaja, nuđenje na prodaju opojnih droga, kupovina radi prodaje, držanje ili prenošenje, ili kao posredovanje u prodaji ili kupovini, te svako drugo neovlašteno stavljanje u promet opojnih droga. Zakonodavac je široko odredio, tačnije obuhvatio je svako drugo neovlašteno stavljanje u promet opojnih droga, s obzirom na to da nije taksativno formulisao, odnosno normirao sve moguće modalitete operacionalizacije kriminalnih aktivnosti, odnosno radnje izvršenja u kontekstu neovlaštenog stavljanja u promet opojnih droga. Analizom zakonskog teksta, odnosno zakonske odredbe kojom se propisuje ovo krivično djelo, evidentno je da se radi neovlaštenom preduzimanju propisanih radnji izvršenja, cijeneći da proizvodnja, prerada i promet opojnih droga u naučne ili medicinske (zdravstvene) ili eksperimentalne/istraživačke svrhe dozvoljena pod određenim restriktivnim uslovima i adekvatnom kontrolom od strane ovlaštenih subjekata.⁶ Dakle, zabrana po svojoj prirodi nije apsolutna, tako da je neophodno naglasiti diferencijaciju između ovlaštene i neovlaštene proizvodnje i stavljanja u promet opojne droge, cijeneći da je zakonodavac sasvim opravdano inkriminisao samo neovlaštenu proizvodnju i stavljanja u promet opojne droge. U regulaciji droga – slično regulaciji gotovo svih tržišta – postoji potreba da se fokusiramo na vrste korupcije koje mogu dovesti do preusmjeravanja legalnih droga na ilegalno tržište.⁷

U st. 2 istog člana, zakonodavac je propisao teži oblik ovog krivičnog djela kojeg čini ono lice koje organizira grupu ljudi u cilju učinjenja krivičnog djela iz st. 1

⁵ Zvonimir Tomić, *Krivično pravo II, posebni dio*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, 162.

⁶ Detaljnije vidjeti čl. 37 Zakona o sprečavanju i suzbijanju zloupotrebe opojnih droga, *Službeni glasnik RS*, br. 8/06.

⁷ Zara Snapp, Khalid Tinasti, Jorge Herrera Valderrabano, „Regulation of Illegal Drugs: State Control and Fragile Institutional Capacity“, *Jurnal of Illici Economies and Development*, Volumen 1, Number 3, LSE Press, 2019, <https://jied.lse.ac.uk/articles/10.31389/jied.22/>, 10.07.2022.

ovog člana, ili ko postane članom takve organizirane grupe ljudi, a propisana kazna je zatvor najmanje tri godine. Također, zakonodavac je u čl. 2, st. 16 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, u katalogu osnovnih pojmova propisao značenje izraza, te se pod udruženjem smatra bilo koji oblik udruživanja tri ili više osoba. Postojanje udruženja je karakteristično za ovo krivično djelo, s obzirom na to da se operacionalizacija kriminalnih aktivnosti neovlaštene proizvodnje i stavljanja u promet najčešće ostvaruje djelovanjem tri ili više lica sa jasnom raspodjelom kriminalnih aktivnosti (preprodavci, posrednici, organizatori i dr.).

U stavu 3. istog člana propisan je poseban oblik koji se odnosi na pripremne i pomagačke aktivnosti za osnovni oblik ovog krivičnog djela koje su takstativno propisane i obuhvataju neovlaštenu izradu, nabavljanje, posredovanje ili davanje na upotrebu opreme, materijala ili supstance za koje zna da su namijenjene proizvodnji opojnih droga. Propisana kazna za ovaj poseban oblik ovo krivičnog djela je zatvor od šest mjeseci do pet godina.

U stavu 4. istog člana zakonodavac je propisao obaveznu primjenu mjere sigurnosti, odnosno obavezno oduzimanje opojnih droga u skladu sa čl. 78 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine.

Kada je u pitanju utvrđivanje postojanja krivičnog djela neovlaštena proizvodnja i stavljanje u promet opojne droge i krivice kod izvršioca, pored radnje izvršenja koja je propisana alternativno, što znači da je dovoljno da izvršilac izvrši samo jednu od nekoliko propisanih radnji izvršenja, također, zahtijeva se postojanje i drugog kumulativnog elementa, odnosno subjektivne komponente kod izvršioca ovog krivičnog djela – postojanje umišljaja.

Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga kao autonomno i samostalno krivično djelo je propisano u čl. 207 i sistematizovano u glavi XXII – Krivična djela protiv zdravlja ljudi, Krivičnog zakona Republike Srpske. Osnovni oblik ovog krivičnog djela je identičan zakonskom opisu ovog krivičnog djela propisanom u čl. 238, st. 1 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, sa propisanom istom kaznom, zatvor od jedne do 10 godina. Međutim, analizom ovog krivičnog djela, odnosno odredbi čl. 207 Krivičnog zakona Republike Srpske u st. 2, 3 i 4 istog zakona primjećujemo da je zakonodavac propisao tri teža oblika krivičnog djela.

Prvi teži oblik propisan u st. 2 istog člana postoji ukoliko se radnja izvršenja sastoji u nuđenju, prodaji ili posredovanju u prodaji supstanci ili preparata koji su proglašeni za opojne droge određenim licima, licima za posebnim svojstvom, što mora biti poznato učiniocu kao što su dijete i duševno poremećeno lice ili ukoliko to učini u školi ili drugim vaspitno-obrazovnim, sportskim ili kulturnim ustanovama, kao i mjestu koje služi za obrazovanje, vaspitanje, sportsku ili drugu društvenu

aktivnost djece ili mjestu koje se nalazi u njihovoj neposrednoj blizini, javnom lokalitetu ili na javnoj priredbi ili ukoliko za izvršenje djela iz st. 1 ovog člana iskoristi dijete kazniće se kaznom zatvora od pet do 15 godina. Iz naprijed navedene odredbe, komparativnom analizom prepoznajemo da krivično zakonodavstvo Republike Srpske pruža širu krivičnopravnu zaštitu maloljetnim licima, odnosno djeci i duševno poremećenim licima od zloupotrebe opojnih droga u odnosu na krivično zakonodavstvo Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Međutim, zakonodavac nije pojedine formulacije precizirao pa je samim tim ostavljena mogućnost različitog tumačenja, npr. šta se smatra neposrednom blizinom u ovom konkretnom slučaju.

Drugi teži oblik ovog krivičnog djela propisan u st. 3 istog člana postoji ukoliko radnju izvršenja osnovnog djela preduzme lice sa određenim svojstvom, odnosno službeno lice, nastavnik, vaspitač, socijalni ili zdravstveni radnik ili sveštenik koristeći svoj položaj, kao i lice koje organizuje mrežu preprodavaca ili posrednika za izvršenje djela iz st. 1 ili 2 ovog člana ili je djelo izvršeno od strane više lica. Zakonodavac je savim svrsishodno prepoznao određena službena svojstva određenih kategorija lica koja po prirodi posla i zadataka obavljaju društveno odgovorne i važne djelatnosti.

Treći teži oblik ovog krivičnog djela propisan u st. 4 istog člana za koji je propisana kazna najmanje osam godina postoji ako se preduzetom radnjom izvršenja iz stava 1, 2 ili 3 ovog člana prouzrokuje znatno oštećenje zdravlja većeg broja ljudi ili smrt lica kojem je prodana supstanca ili preparat koji su proglašeni za opojne droge ili je posredovao u njihovoj prodaji. Kod ovog, možemo konstatovati najtežeg oblika djela, mora da postoji jasna uzročno-posljedična veza između upotrebe opojne droge i smrti lica, odnosno da je smrt nastupila upravo zbog konzumiranja droge koju je prethodno kupio od izvršioca. U pogledu kaznene politike zakonodavca sporna je propisana kazna za najteži oblik ovog djela iz razloga što zakonodavac za ovaj oblik djela učinjen iz nehata učinioca propisuje viši iznos zatvorske kazne u odnosu na teška krivična djela koja se mogu izvršiti isključivo umišljajem.⁸

Također, u st. 7 istog člana, zakonodavac je propisao i lakši oblik krivičnog djela, tako da se učinioc može osloboditi od kazne ukoliko prijavi od koga nabavlja opojne droge ili je dobrovoljno bitno doprinio otkrivanju djela iz ovog člana. Zakonodavac je ovim zakonskim rješenjem prepoznao potrebu jačanja i afirmacije otkrivačke komponente pod jasno određenim restriktivnim uslovima.

⁸ Suad Orlić, Sadmir Karović, „Kaznenopravni aspekti zaštite maloljetnih lica od zloupotrebe opojnih droga u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, godina VI, 1–2, Tuzla, 2020, 126.

KRIVIČNOPROCESNI ASPEKT – OTKRIVANJE, RAZJAŠNJAVANJE
I DOKAZIVANJE KRIVIČNOG DJELA

Otkrivanje postojanja krivičnog djela

Uvažavajući tužilački koncept istrage u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, za pokretanje i sprovođenje krivične istrage potrebno je zadovoljiti postojanje dokaznog standarda osnovi sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo, a prema ovom konceptu istrage tužilac je jedini zakonom ovlašteni autoritet za njeno pokretanje i sprovođenje. Kada je u pitanju otkrivačka djelatnost, policija je po prirodi stvari, cijeneći njene izvorne nadležnosti prva u prilici da neposredno ili posredno prikupi inicijalna ili početna saznanja koja ukazuju na postojanje određenog krivičnog djela. U slučajevima kada je zadovoljeno postojanje osnovi sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo, ovlaštena službena lica su dužna da o postojanju određenog krivičnog djela obavijeste nadležno tužilaštvo, a vremenski rok za obavještanje zavisi od propisane krivičnopravne sankcije, odnosno propisane kazne zatvora za konkretno krivično djelo. Aktivnosti ovlaštenih službenih lica moraju biti formalizovane, a to znači da moraju biti u skladu sa restriktivnim zakonskim uslovima, tako da ne mogu samoinicijativno, odnosno bez nadzora nadležnog tužioca spovoditi istragu, tj. sprovođenje određene istražno-dokazne aktivnosti. Krivično djelo otkriva se najčešće preko prijave, a izuzetno, i usmeno o tome da je učinjeno krivično djelo, ako glas dopre do tužioca.⁹

Međutim, kada je u pitanju krivično djelo Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga, u otkrivačkoj fazi je izuzetno zahtjevno prikupiti inicijalna saznanja o postojanju krivičnog djela, s obzirom na to da se radi o prikrivenim ilegalnim aktivnostima, cijeneći prije svega da postoji dvosmjerni interes između, s jedne strane, izvršioca krivičnih djela i njihovih saučesnika i s druge strane konzumenata, odnosno uživalaca opojne droge. Sasvim jasno da je interes izvršioca ovog krivičnog djela usmjeren na ilegalno sticanje profita, odnosno zarade, dok je s druge strane interes konzumenta, odnosno uživaoca da blagovremeno dobije tj. obezbjedi opojnu drogu za lične potrebe. Taj dvosmjerni interes znatno otežava prikupljanje inicijalnih saznanja ali i istovremeno, otežava preduzimanje opštih i posebnih istražnih radnji, odnosno prikupljanje potrebnih dokaza za efikasno vođenje i okončanje krivičnog postupka.

Uvažavajući naprijed navedeno, za blagovremeno, efikasno i zakonito prikupljanje inicijalnih saznanja ali i dokazivanje postojanja ovog krivičnog djela, najčešće

⁹ Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović, Mladenska Govedarica, *Krivično procesno pravo II, (Krivično procesno pravo-posebni dio)*, peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2021, 22.

se angažuju informanti u skladu sa propisanom procedurom, koji za određenu finansijsku naknadu ustupaju određena saznanja, odnosno informacije i podatke ovlaštenim službenim licima o postojanju krivičnog djela, odnosno o potencijalnom izvršiocu krivičnog djela i njegovim saučesnicima. Angažuju se lica koja su na određen način bliska izvršiocu, njegovim saučesnicima ili imaju realnu mogućnost da na određen način posjeduju relevantne informacije, odnosno saznanja o postojanju određenog krivičnog djela. U slučajevima kada dođe do određenog nesporazuma, sukoba i prekida saradnje najčešće zbog raspodjele profita između lica koja se bave ilegalnim aktivnostima na planu neovlaštene proizvodnje i stavljanja u promet opojne droge, postoji realna mogućnost prijavljivanja inkriminirajućih aktivnosti kao način ispoljavanja ličnog nezadovoljstva i osvetoljubivog odnosa. S druge strane, jedan od suštinskih ili ključnih problema otkrivačke i dokazne prirode jeste što je pažnja organa, subjekata, odnosno agencija za sprovođenje zakona usmjerena na operativce, tačnije osobe koje su konkretno zadužene za operacionalizaciju kriminalnih aktivnosti na provedbenom nivou npr. prevoz, transport, predaju, distribuciju, preprodaju opojne droge i sl., dok s druge strane idejni tvorci, nalogodavci i organizatori tzv. *narko bosovi* i njihovi najbliži saradnici, ostaju izvan dometa otkrivačkih i istražno-dokaznih kapaciteta i mogućnosti.

*Primjena opštih radnji dokazivanja i posebnih istražnih radnji
(prikupljanje dokaza)*

Prikupljanje potrebnih dokaza neophodnih za efikasno vođenje i okončanje krivičnog postupka je neposredno povezano i uslovljeno primjenom adekvatnih i srazmjernih krivičnoprocesnih radnji u skladu sa restriktivnim zakonskim uslovima. Ključno pitanje koje se postavlja jeste kako zakonito prikupiti potrebne dokaze, odnosno kako dokazati postojanje određenog krivičnog djela i individualnu krivičnu odgovornost.¹⁰ U istrazi kao stadiju prethodnog postupka, tužilac koji ima rukovodnu i nadzornu ulogu u odnosu na ovlaštena službena lica, odlučuje o primjeni određenih krivičnoprocesnih radnji. Sa stajališta pronalazačenja i pravnog oblikovanja dokaza, istraga je praktično i najznačajniji stadij krivičnog postupka.¹¹ Također, cijeneći pravnu prirodu i druge specifičnosti krivičnog postupka

¹⁰ Sadmir Karović, Marina M. Simović, *Kompleksnost otkrivanja, istraživanja i dokazivanja krivičnih djela iz oblasti zloupotrebe opojnih droga*, Tematski zbornik radova međunarodnog značaja, Međunarodni naučni tematski skup *Droga i narkomanija: pravni, kriminološki, sociološki i medicinski problemi*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, Srbija, 2020, 252.

¹¹ Haris Halilović, *Krivično procesno pravo, Knjiga prva: Uvod i temeljni pojmovi*, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2019, 30.

u Bosni i Hercegovini, teret dokazivanja ima nadležni tužilac. Polazeći od svrhe istrage jasno je da u istoj treba prikupljati dokaze i materijal kako u korist optužbe tako i u korist odbrane.¹² S obzirom na to da se primjenom određenih opštih radnji dokazivanja (pretres stana i drugih prostorija, lica, privremeno oduzimanje predmeta) kao i primjenom svih propisanih posebnih istražnih radnji ograničavaju određena prava građana, zakonodavac je propisao da se pored postojanja materijalnopravnog uslova, mora zadovoljiti i formalni uslov, odnosno pribaviti sudska naredba za izvođenje određene krivičnoprocesne radnje. Najčešće se u praksi utvrđivanje postojanja osnova sumnje, kao materijalnog uslova za iniciranje primjene dokaznih radnji i posebnih istražnih radnji, vrši posredstvom ne samo jednog, već više izvora saznanja, kako bi se na taj način preliminarno potvrdila vjerovatnoća određenih saznanja koja se odnose na postojanje osnova sumnje da je izvršeno krivično djelo, te opravdanosti i svrsishodnosti primjene određene ili konkretne radnje dokazivanja ili posebne istražne radnje.¹³ U vezi prikupljanja potrebnih dokaza, veoma je važno naglasiti da preduzimanje svih krivičnoprocesnih radnji od strane nadležnih krivičnoprocesnih subjekata, bez obzira na to da li se radi o opštim radnjama dokazivanja ili posebnim istražnim radnjama, mora biti u skladu sa restriktivnim zakonskim uslovima.

S obzirom na prirodu a posebno prikrivenost ilegalnih aktivnosti na planu neovlaštene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga i druge specifičnosti ovog krivičnog djela (lojalnost, hijerarhija i dr.), te ograničenog istražno-dokaznog djelovanja i efektivnosti opštih dokaznih radnji, veoma često je potrebno inicirati, predložiti i u skladu sa zakonom sprovesti posebne istražne radnje kao srazmjeran krivičnoprocesni odgovor na planu blagovremenog, efikasnog i zakonitog otkrivanja i dokazivanja postojanja krivičnih djela i krivice. Primjena posebnih istražnih radnji je zbog same prirode ovih specifičnih istražnih radnji ograničena i uslovljena restriktivnim zakonskim uslovima, uvažavajući posebno činjenicu da se primjenom ovih specifičnih istražnih radnji duboko zadire u osnovna ljudska prava i slobode građana koja su zagarantovana Ustavom kao najvišim pravnim aktom u državi ali i brojnim međunarodnopravnim dokumentima koji se odnose na zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda. Pri tome, ovdje svakako treba naglasiti da bi, bez pravnog regulisanja, ove mjere mogle da postanu sredstvom

¹² Stanko Bejatović, *Krivično procesno pravo*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, JP Službeni glasnik, Beograd, 2019, 398.

¹³ Sadmir Karović, Marina M. Simović, *Radnje dokazivanja i posebne istražne radnje: teorij-sko-provedbeni aspekt*, Zbornik radova, XIII međunarodna naučno-stručna konferencija *Krivično-procesni instrumenti efikasnosti državne reakcije na kriminalitet (norme i praksa)*, (ur. Miodrag N. Simović, Stanko Bejatović), Dobo, 2022, 233.

instrumentalizacije krivičnog postupka pa je zakonsko određivanje tih mjera jemstvo i njihove ograničene primjene.¹⁴

Međutim, blagovremeno, efikasno i zakonito prikupljanje potrebnih dokaza za efikasno vođenje i okončanje krivičnog postupka, odnosno utvrđivanje postojanja krivičnog djela i krivice izvršioca ovog krivičnog djela je ograničeno i uslovljeno zbog:

1. prikriivenih ilegalnih aktivnosti u kojima postoji dvosmjerni interes na relaciji izvršilac-konzument, odnosno uživatelj opojne droge;
2. realne mogućnosti uništavanja, oštećenja ili skrivanja dokaza, a posebno kada se radi o manjim količinama opojne droge;
3. uticaja na potencijalne svjedoke u krivičnom postupku (prijetnje, zastrašivanje, ucjene i dr.);
4. fenomenološka rasprostranjenost, odnosno različiti modaliteti neovlaštene proizvodnje, a posebno stavljanja u promet opojne droge u provedbenom smislu;
5. nemogućnosti blagovremenog i adekvatnog angažovanja saradnika (informanta) u cilju prikupljanja blagovremenih saznanja o tekućim ilegalnim aktivnostima od kojih neposredno zavisi i primjena određenih krivičnoprocesnih radnji;
6. neetičkog, neprofesionalnog ponašanja pojedinaca u organima, odnosno subjektima i agencijama za sprovođenje zakona, koji imaju pristup tajnim podacima, zbog neovlaštenog postupanja sa informacijama iz krivičnih predmeta, odnosno nepoštivanja zakonskih i podzakonskih akata o zaštiti tajnih podataka;
7. različitih oblika profesionalne nezainteresovanosti i pasivnosti ovlaštenih službenih lica i nadležnog tužioca koji se manifestuje neblagovremenošću prilikom preduzimanja adekvatnih krivičnoprocesnih radnji;
8. neadekvatna ili nedovoljna stručna osposobljenost ovlaštenih službenih lica i neadekvatna procjena i donošenje odluka nadležnog tužioca u konkretnim krivičnim predmetima/istragama;
9. neadekvatna saradnja između ovlaštenih službenih lica i nadležnog tužioca na planu preduzimanja odgovorajućih istražno-dokaznih aktivnosti (komunikacija, razmjena informacija, blagovremeno izvještavanje i dr.);
10. rapidan tehničko-tehnološki razvoj i napredak, posebno u segmentu koji se odnosi na informaciono-komunikacijske tehnologije koje omogućavaju lakšu, bržu, jednostavniju, efikasniju i prikrivenu (sigurnu) komunikaciju, kontakt, razmjenu informacija, pripreme aktivnosti ali i prodaju opojne droge putem interneta, tzv. sajber prodaja opojne droge;

¹⁴ Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović, Mladenska Govedarica, *Krivično procesno pravo, Uvod i opšti dio*, šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2021, 287.

11. neadekvatna rukovodna i nadzorna uloga nadležnog tužioca u odnosu na ovlaštena službena lica prilikom sprovođenja istrage, prikupljanja potrebnih dokaza, primjene opštih radnji dokazivanja i posebnih istražnih radnji kao i preduzimanja cjelokupnih istražno-dokaznih aktivnosti;

12. različitog shvatanja i tumačenja standarda dokazivanja u krivičnom postupku između tužilaštva i suda.

ZAKLJUČAK

Nesporno je da različiti oblici zloupotrebe opojnih droga zavređuju posebnu pažnju naučne i stručne javnosti na planu pronalaženja adekvatnih zakonskih rješenja u kontekstu adekvatne reakcije države na ovaj kriminalitet. Međutim, i pored svih napora i nastojanja međunarodne zajednice zloupotreba opojnih droga je pravni i društveni fenomen koji čini sastavni dio naše svakodnevnice. Ono što posebno zabrinjava i opterećuje naučnu, stručnu ali i opštu javnost jeste fenomenološka raznovrsnost, rasprostranjenost, te dostupnost različitih opojnih droga, kako u urbanim, tako i ruralnim područjima, sa tendencijom smanjenja starosne dobi lica koja konzumiraju ili počinju sa konzumiranjem opojne droge. Rapidan tehničko-tehnološki razvoj, posebno zadnje dvije decenije, pored svoje društveno korisne i pozitivne strane, ima svoju i destruktivnu stranu koja se ispoljava u zloupotrebi različitih informaciono-komunikacijskih tehnologija u cilju operacionalizacije kriminalnih aktivnosti. Iz navedenog proizilazi da zakonodavac po prirodi stvari neminovno mora preispitati postojeća zakonska rješenja materijalne i procesne prirode, te u skladu sa realnim potrebama na planu efikasne i energične borbe protiv ovo kriminaliteta razmotriti mogućnost inkriminacije novih krivičnih djela, kao i novi zakonskih rješenja procesne prirode u vezi blagovremenog, efikasnog i zakonitog otkrivanja i dokazivanja postojanja krivičnih djela i krivice.

Dakle, zakonska rješenja po svojoj prirodi moraju biti kompatibilna realnim istražno-dokaznim potrebama, kako bi se praktično mogla zadovoljiti intencija zakonodavca na planu suzbijanja zloupotrebe opojnih droga. Krivičnopravno suprotstavljanje neovlaštenoj proizvodnji i stavljanju u promet opojne droge koje se ispoljava kroz različite oblike institucionalnog djelovanja nadležnih organa, subjekata i agencija za sprovođenje zakona mora biti podržano i drugim raspoloživim kapacitetima, resursima i mogućnostima. U tom smislu, neophodno je animirati sve društveno odgovorne i savjesne građane kao i sve druge subjekte, odnosno kolektivite (mediji, religijske zajednice, sportski kolektiviteti, nevladin sektor i dr.) na planu suzbijanja ovog kriminaliteta, posebno u otkrivačkoj fazi, kada je u pitanju prijavljivanje krivičnih djela.

Dr. SADMIR KAROVIĆ
Associate Professor, Faculty of Law
University of Travnik

Dr. SUAD ORLIĆ
Associate Professor, University of Zenica

CRIMINAL OFFENSE UNAUTHORIZED PRODUCTION AND SUPPLY
AND TRAFFIC OF NARCOTIC DRUGS – CRIMINAL LAW AND CRIMINAL
PROCEDURE ASPECT

Summary

The focus of the author's interest is the criminal offense of unauthorized production and distribution of narcotic drugs, prescribed by the criminal laws of the Federation of Bosnia and Herzegovina, Republic Srpska and Brčko District of Bosnia and Herzegovina. In this paper, the criminal law (material) and criminal procedural aspects of this criminal offense are incorporated, on which occasion the authors pointed out the specifics of the objective-subjective concept of this criminal offense, the complexity of discovering and proving the existence of a criminal offense and guilt, respecting the restrictive legal conditions. Also, certain specifics are mentioned that directly relate to the complexity of proving, that is, collecting the necessary evidence necessary for the efficient conduct and conclusion of criminal proceedings, given the legal nature of this criminal offense and the criminal proceedings in Bosnia and Herzegovina. It is with reason that the tendency of humanization of modern criminal law, which manifests itself in the protection of the basic human rights and freedoms of every individual, as well as the legally prescribed rights and universal guarantees of suspects or accused persons in criminal proceedings, has been apostolated.

Key words: narcotic drugs, production, traffic, criminal offense, Bosnia and Herzegovina

Literatura

- Aleksić Ž., Škulić M., *Kriminalistika*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018.
- Bejatović S., *Krivično procesno pravo*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, JP Službeni glasnik, Beograd, 2019.
- Halilović H., *Krivično procesno pravo*, Knjiga prva: Uvod i temeljni pojmovi, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2019.
- Karović S, Simović M. M., „Kompleksnost otkrivanja, istraživanja i dokazivanja krivičnih djela iz oblasti zloupotrebe opojnih droga“, Tematski zbornik radova međunarodnog značaja, Međunarodni naučni tematski skup *Droga i narkomanija: pravni, kriminološki, sociološki i medicinski problemi*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2020.
- Karović S., Simović M. M., „Radnje dokazivanja i posebne istražne radnje: teorijsko-provedbeni aspekt“, Zbornik radova, XIII međunarodna naučno-stručna konferencija *Krivičnoprocesni instrumenti efikasnosti državne reakcije na kriminalitet (norme i praksa)*, (ur. Simović N. M., Bejatović S.), Doboj, 2022.

- Orlić S., Karović S., „Kaznenopravni aspekti zaštite maloljetnih lica od zloupotrebe opojnih droga u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik radova Pravnog fakultet u Tuzli*, godina VI, 1–2, Tuzla, 2020.
- Rexted B., K. Edmondson, Inayat Khan, Samson R. J., *Guidelines for the Control of Narcotic and Psychotropic Substances*, World health organization Geneva, 1984.
- Simović N. M., Simović M. V., Govedarica M., *Krivično procesno pravo II, (Krivično procesno pravo-posebni dio)*, peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2021.
- Simović N. M., Simović M. M., Simović V. M., Karović S., *Zloupotreba opojnih droga u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine*, Grafomark, Laktaši, Banja Luka, 2022.
- Simović N. M., Simović, M. V., Govedarica M., *Krivično procesno pravo, Uvod i opšti dio*, šesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2021.
- Stojanović Z., *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, beograd, 2016.
- Snapp Z., Tinasti K., Herrera Valderrabano J., „Regulation of Illegal Drugs: State Control and Fragile Institutional Capacity“, *Jurnal of Illici Economies and Development*, Volumen 1, Number 3, LSE Press, 2019.
- Tomić Z., *Krivično pravo II*, posebni dio, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007.

PREGLEDNI RAD

ANDREJA MIHAILOVIĆ
MONICA NILA SARI

THE RUBIK'S CUBE OF THE DIGITAL EVIDENCE IN THE CYBERCRIME REALM

In the criminal research environment, the question of digital evidence is best exemplified as an endeavour of assembling the Rubik's cube without half of the parts, while the remaining half continually changes forms. Nonetheless, considering "tangible" evidence can be distinguished in a plethora of ways from digital records, the existing legal environment is exceptionally challenging for law enforcement to utilize them during operations. The "digital society" prevalence of information and communication technology (ICT) has a significant effect on the demand for electronic evidence. The Budapest Convention and its Protocols provide a unique and powerful system for safeguarding fundamental liberties, preventing disparities between jurisdictions and promoting policy coordination. This becomes especially important when taking into consideration the difficulties of regulatory polarisation among different legal systems. Although Member States have a longstanding experience of cooperating on criminal proceedings, the evolving usage of electronic evidence such as IP addresses and cloud-stored records requires the establishment of novel forensic instruments to enhance collaboration and coordination throughout the EU and beyond.

Key words: *digital investigation, electronic evidence, cybercrime, digital forensic, Budapest convention*

Dr. Andreja Mihailović, Teaching Associate, Faculty of Law, University of Montenegro, e-mail: deamihailovic@gmail.com.

Monica Nila Sari, Ph.D. candidate of Keio University, Tokyo, Japan, e-mail: monicanilasari@gmail.com.

INTRODUCTION

The internet era has radically altered humanity and will undoubtedly continue to do so throughout the decades ahead. Amongst the most prominent aspects of information technology is the exponential increase in both the quantity of data that can be obtained, gathered and analyzed by software systems as well as the endless opportunities for its circulation and distribution, irrespective of the physical measurement points. It is no longer required to create a direct linkage; instead, it is sufficient to insert information into a network with a target address or make it accessible to everyone who requests it.

The emergence of technology has the potential to be utilized both for the benefit of society and for more sinister purposes. Following the latest Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA),¹ the level of violent and coercive behavior showcased by cybercriminals is escalating. This seems to be universally the case across all sorts of cybercrime, which includes high-tech crimes, privacy violations, and intellectual property infringement.

Cybercrimes targeting information technology (IT) systems, fraudulent activities conducted online (such as phishing and identity theft), and the distribution of unauthorized material on the internet constitute the most common manifestations of cybercrime.

Utilization of electronic data interchange enables to undertake virtually any sort of criminal act; nonetheless, many varieties of fraudulently are especially prevalent and spreading categories of criminal activity on online medium. Enormous misconduct can be performed via utilization of a set of devices, including unauthorized access, hacking, spyware, and malware attacks. Counterfeit trade on a global and national scale conducted through the web has indeed risen as a main concern. This involves the trafficking of illegal substances and military equipment. In contrast, cyberattacks are not always committed with the purpose of committing a crime. They have been playing a crucial component in hybrid warfare, which entails the use of ICTs on democratic institutions most of which are designed to spread disinformation.

Because these technical advancements bring extremely complicated prospects for unlawfully utilizing the infrastructure of the digital environment and

¹ *The Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) is the cornerstone of Europol's core activities, and it represents a reflection on the altering risks and major technological advancements in the field of cybersecurity from the standpoint of law enforcement, Europol, IOCTA, <https://www.europol.europa.eu/publications-events/main-reports/internet-organised-crime-threat-assessment-ioc-ta-2021>, 10. 8. 2022.*

posing a threat to core interests, the criminal law must evolve in tandem with them. Because of the transnational nature of ICTs, it requires a growing movement at the global scale to address such forms of widespread abuse.

Cybercriminals operate within a domain that is well-suited to their purposes because to the attributes of virtual space, which include privacy and confidentiality, transnational accessibility, handy money transfer, and the ability to perform out a large number of actions at once. In reality of course, this enables the business activities of traditional organized crime, which include drug smuggling, trafficking, illicit trade, espionage, and financial crimes. Contemporary organized crime is a global operation with the 65 percent of multinational background criminal organisations among EU countries.² By working in diverse locations, criminal networks remain undetected and take advantage of the discrepancies in existing regulations. Those complexities include data transmission between borders and the potential to reveal a person's encrypted identity. Thus makes it extremely challenging to figure out the value of cybercrime due to the shortage of data and tools that can quantify the magnitude of the real economic losses that occur as a consequence of criminal conduct.

The empirical study reveals a set of characteristics that profoundly affected the proportion of cybercrime. For example, countries with a stronger digital infrastructure (particularly broadband internet, cellular networks) are far more prone towards becoming gateways for the security breaches. In contrast to the common understanding, studies actually show that the economic potential (including its per capita income, import and export and social background) has a favorable impact on the amount of cybercrime.³

This development on digital evidence is highly important, not only for the EU member states, but also for the global order, particularly for other regional organisation. The Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), which consist of 10 member countries namely Brunei Darussalam, Cambodia, Lao PDR, Indonesia, Malaysia, Myanmar, Philippines, Thailand, Singapore and Vietnam, has Internet penetration now over 77.6% which is above the global Internet users worldwide (59.5%).⁴

² Europol, 2021 EU Serious and Organised Threat Assessment Report (EU SOCTA) from 12 April 2021, <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment>, 17. 8. 2022.

³ Shashi Kant Srivastava, Saini Das, Godwin Udo, Kallol Bagchi, "Determinants of Cybercrime Originating within a Nation: A Cross-country Study", *Journal of Global Information Technology Management*, Vol. 23, No. 2, 2020, 112–137.

⁴ Statista, "Internet penetration in Southeast Asia as of June 2021", <https://www.statista.com/statistics/487965/internet-penetration-in-southeast-asian-countries/>, 7. 9. 2022.

As ASEAN experienced accelerated digitalisation, which has helped to grow the region's digital economy, but have also led to new and novel challenges in cybercrime. Only one ASEAN countries which has ratified the Budapest Convention, namely the Philippines. ASEAN is in urgent need to create a regional framework on cybercrime similar to the EU.

VARIATIONS IN THE “CYBERCRIME” INTERPRETATIONS: HUNTING FOR THE MEANING

In light of the high prevalence of the internet and the rapid advancements in information technology, holding the line through suggested theory-based vocabulary is highly relevant for the examination of cybercrime due to the complexity of this type of crime, which is growing at a rapid pace. Ever since its humble origins in 1981, when the United States prosecuted the whole first felony of cybercrime for cracking into ATT's communications services, cybercrime has rapidly evolved in the true sense and significantly expanded its influence.

The substantial majority of scientific publications consider that conventional (offline) criminal acts are essentially transformed into something entirely different when they are committed online.⁵ The fashionable label “cybercrime” refers to a wide variety of illegal behaviors that make use of a wide variety of technology and have the capacity to victimize people without regard to physical or geographic boundaries. In spite of the fact that there isn't a universally accepted definition of cybercrime, there is widespread consensus in the academic literature that information and telecommunication technology are the most important factors in describing cybercrime. As a result, in the broadest sense, cybercrime can be defined as any criminal act that involves the use of computers or other forms of digital infrastructure.

According to the European Commission “cybercrime” should be understood as “criminal acts committed using electronic communications networks and information systems or against such networks and systems”.⁶

⁵ Cameron S. D. Brown, “Investigating and prosecuting cyber crime: forensic dependencies and barriers to justice”, *International Journal of Cyber Criminology*, Vol. 9, 1, 2015, 55–119; Emilio Viano, *Cybercrime: definition, typology, and criminalization. Cybercrime, Organized Crime, and Societal Responses*, Springer, Cham, 2017, 3–22; Akhilesh Chandra, Melissa Snowe, “A taxonomy of cybercrime: Theory and design”, *International Journal of Accounting Information Systems*, Vol. 38 (C), 2020.

⁶ EC, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0267:FIN:EN:PDF>, 26. 9. 2022.

KEY CHALLENGES

The contemporary criminal law system is facing the plethora of issues encountered with the question of cybercrime. The regulatory regime of cybercrime in Europe draws a distinction among forms of cybercrime in which information systems are either the objects or the instruments of the violent act. As a consequence, violations undertaken against the privacy and security, authenticity, and accessibility of data and information systems are considered to be part of the first category of cybercrimes (also known as CIA offenses).⁷ Unauthorized access to an user's computer with the purpose of acquiring their information or destroying it is the relevant example of one of these types of crimes. The second category consists of offenses that include computers and involve the use of a technology as a tool in the execution of a crime. An indication of this would be a fraudulent payment made with a bank card using a website that was created specifically for this reason. When they are carried out by utilizing a web application, behaviors that are attributed to source material, such as child pornography and acts of racism and xenophobia, are considered to be examples of content-related offenses. A fourth category deals with infringements of intellectual property rights, such as the illegal copying.⁸

The traditional area of criminal law is not very familiar with information and communication technology (ICT), which is both complicated and difficult to comprehend. In order to respond effectively with offences that include ICTs, the high-skilled experts are required especially throughout the investigation and the prosecuting phase. The major difficulty is the fact that the significant proportion of computer crimes are committed in virtual spaces which commonly comes into conflict with the fundamental norms and standards of the law enforcement system, notably the notion of territorial integrity and the concept of sovereignty. The fact that many cybercrimes are committed in a digital context necessitates the requirement to articulate well-defined regulations to combat computer crimes.⁹

⁷ Samuel C. McQuade III, *Understanding and Managing Cybercrime*, Allyn and Bacon, Boston, 2016, 33–58.

⁸ Infringement of intellectual property rights appears when a forbidden conduct, such as unlawful duplicating, transmission, or broadcasting, starts to happen. Determinations of purpose or financial benefit are often linked to the question of equitable compensation rather than responsibility. Darrell Panethiere, "The basis for copyright infringement liability: the law in common law jurisdictions", *European Intellectual Property Review*, Special Report no. 15, 1997, 4.

⁹ Miriam Miquelon-Weismann, "The Convention on Cybercrime: A Harmonized Implementation of International Penal Law: What Prospects for Procedural Due Process?" *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. 23, No. 2, 2005, 329–361.

In addition to this, the acceleration of innovation in the domain of information and communications technology is clearly distinct from that of the physical reality. A violent act can take place in a handful of seconds, and its domino effect can often be outstandingly widespread.¹⁰

The entire dynamic of cybercriminality is profoundly changing the traditional law regarding of the territoriality notion as an outcome of the supra – national weight of the evidence needed to manage the criminal indictment of cyberattacks. This is happening as a direct consequence of the circumstance that computer hackers are increasingly committing their crimes online rather than in specific locations.

As a natural outcome, effective cooperation on different stages is highly imperative for a governmental approach. The EU's respective institutions are straightforwardly implementing actions to address the expanding threats to cybersecurity. In so many cases, the regulations and crime investigation tools that are entrusted to authorities do not coincide to the constantly shifting ICT ecosystem. For this reason, prosecutors in all of the EU Member States are frequently faced with the identical difficulties and practical issues, which include the restrictions of available cloud-based records and information sharing with telecommunications companies and any private entities that control a significant portion of the digital evidence upon which prosecutions actually rely.¹¹

In this regard, the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust)¹² primary mission is to combat cybersecurity threats by supporting

¹⁰ Francesco Calderoni, "The European legal framework on cybercrime: Striving for an effective implementation", *Crime, Law and Social Change*, No. 54, 2010, 339–357.

¹¹ European Judicial Cybercrime Network, <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/practitioner-networks/european-judicial-cybercrime-network>, 16. 9. 2022.

¹² Eurojust's assistance in forming a JIT between the French and Dutch judicial authorities and ending EncroChat's activities is a relevant example. In 2020, EncroChat delivered a notification to all of its users instructing them to destroy their phones as soon as possible after discovering that a government agency had breached its system. The EncroChat investigation has to date resulted in over 1.800 prosecutions and over 1.500 ongoing investigations. Although the EncroChat has been suspended, this comprehensive action exposes the international influence of organized cybercrime as well as the interconnectedness of cybercriminals that are using cutting-edge techniques to work collaboratively on a worldwide stage. After this, the breaking of Sky ECC, an encrypted network to which many ex-EncroChat consumers had relocated, in March 2021 resulted in the counteractive action of over 70 violent incidents, the expropriation of over 28 tons of various drugs, the imprisonment of more than 80 suspects participating in organized drug-related crimes in Belgium and the Netherlands, and over 400 new cases that have been recently introduced targeting high-risk criminal networks. EC, *Communication from the Commission to the European Parliament, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Strategy to tackle organised crime 2021–2025*, Brussels, 2021.

prosecutorial partnerships in terms of streamlining the processing of judiciary's requirements in a timely manner but also identifying gaps that arise from the application of widely different information protection rules – and by encouraging the active participation of the judicial authority in cybersecurity processes in order to guarantee that the gathering of information is according to the regulations. Furthermore, Eurojust is primarily in charge of the development of strategies in the field of cybercrime, consequently assisting professionals in further building the required cyber-specific expertise.¹³

THE BUDAPEST CONVENTION

As a result of its specific nature that is so difficult to prevent and respond to, cybercrime generates a significant amount of concern on a worldwide basis. Major international organizations, including the United Nations, the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), the Council of Europe (CoE), and the European Union, have taken important steps regarding this concern (EU). The European legislative structure is highly focused on the prevention and punishment of online criminal activity as a reaction to the unique structural characteristics of cybercrime. Two main initiatives are of special importance due to their predominantly legal implications: the 2001 Council of Europe Convention on Cybercrime and the 2005 European Union Framework Decision on Attacks against Information Systems. Although several developing countries also adopted the Budapest Convention, it should come as no surprise that their funds and ability to counter cybersecurity threats are generally quite lower than in comparison with the developed economies.

The Budapest Convention has been the key strategic international consensus on cybercrime and electronic evidence for more than two decades. Its primary goal, outlined in the preamble, is to promote a single criminal policy that focuses on protecting citizens from cybercrime, particularly through implementing relevant regulations.

The Convention's main objectives are:

- liaising the relevant national criminal legal and policy requirements in the sphere of cybersecurity;
- enabling national legislative actions essential for the prosecution and investigations of crimes committed utilizing information systems or with digital information;

¹³ European Union Agency for Criminal Justice Cooperation, „Cybercrime Judicial Monitor“, <https://www.eurojust.europa.eu/publication/cybercrime-judicial-monitor-issue-7>, 12. 9. 022.

- establishing a quick and efficient framework for multilateral coordination and data exchange.

The Convention defines the basic offenses, such as: unauthorized access, data manipulation, device abuses, computer-related counterfeiting, online frauds, offenses involving child pornographic material, involving intellectual property infringement. Additionally, it outlines operational policy challenges namely the timely preservation of encrypted information and acquisition of analytical results.¹⁴

ELECTRONIC EVIDENCE

The issues associated with compromising the evidence material are not limited to digital evidence; nonetheless, it continues to be a widespread presumption that it is simpler to intercept the evidence in digital than physical form. Contemporary scientific literature explains the nature of digital evidence by outlining that “digital evidence results from the abstraction of physical evidence like magnetization of a storage into a discrete and clearly separable sequence of zeros and ones”.¹⁵ As a result, “digital evidence can be manipulated at will, and depending on the manipulator’s sophistication, the alteration can be undetectable, regardless of digital forensics experts’ competence and equipment”.¹⁶

The significance of electronic evidence is expanding in tandem with the proliferation of the usage of smartphones as the primary medium of communication in society today. In most cases, ICTs, such as a computer’s internal storage and its SIM card, leave a large number of traces that might be used as evidence in legal proceedings. On the other hand, the timeline of the previous admission into the document or the text in e-mail communications is relatively easy to manipulate and source code can be reconstructed. Although it may be fairly simple to locate metadata via specialized forensic instruments, they are also extremely delicate. As a result, the specificity of electronic information is essential issue in the process of gathering and analyzing digital evidence. For this reason, ICT, tool and web developers are required to ensure that the equipment that they use for their services is forensically verified or internationally streamlined in order to prevent any errors.¹⁷

¹⁴ Budapest Convention on Cybercrime (ETS No. 185)

¹⁵ George Paul, *Foundations of Digital Evidence*, American Bar Association, 2009, 45–78.

¹⁶ Michael Caloyannides, “Digital ‘evidence’ and reasonable doubt”, *IEEE Security & Privacy*, Vol. 1, No. 6, 2003, 89e91.

¹⁷ Hamid Jahankhani, “Criminal investigation and forensic tools for smartphones”, *International Journal of Electronic Security and Digital Forensics*, Vol. 2, No. 4, 2009, 387–406.

As a result, appropriate digital preservation is critical for ensuring the integrity, authenticity, dependability, and validity of data bases or any other type of electronic evidence information during judicial prosecution.

Assimilation of the established digital forensics techniques with digital forensic science implies essentially taking a big shift toward streamlining the procedure for generating and reflecting empirical findings on evidence collection. Despite the fact that digital forensics is unable to provide absolute conviction regarding the validity, is able to provide significant assistance to those in charge of determining the facts and formulating decisions by providing a clear, uniform, transparent, and easily comprehended framework for interpreting and evaluating the evidence that has been discovered. It is anticipated that examining the electronic evidence in a homogeneous manner will play a major role in furthering the trustworthiness of the judgments reached supported by the digital forensic findings and raise the alarm for further digital evidence challenges.¹⁸

In order to guarantee the availability of electronic evidence, the EU has developed data preservation frameworks. Due to the fact that electronic communications are designed to be confidential, the digital data might be deleted before the moment of the prosecutor's request. As a result of the confidentiality principle, only if broadband providers are legally obliged to retain the information for a significantly extended period of time in accordance with a data retention statutory framework, crucial evidence material could be provided. On the other hand, data retention frameworks generate major problems regarding their incompatibility with basic human rights, such as the protection of privacy. Specifically, the right to privacy and the security of personal information. In its latest decisions¹⁹ regarding internet surveillance, the Court of Justice of the European Union reaffirmed its earlier legal principles that records related to online means should be treated as private information so that, in principle, traffic and location data cannot be maintained in an unrestricted and deliberate manner. The extent of record retention can only be accepted in reference to basic human rights if they are indispensable and proportional to the specific reason that is being addressed. The Court has recognized a few limited exceptions to this general norm, mainly referring to matters of national security and public defense. It is noteworthy that the Court authorized the general and indiscriminate

¹⁸ Eoghan Casey, "Standardization of forming and expressing preliminary evaluative opinions on digital evidence", *Forensic Science International: Digital Investigation*, Vol. 32, 2020.

¹⁹ Judgments in Case C-623/17, *Privacy International and Joined Cases C-511/18, C-512/18 and C-520/18 La Quadrature du Net a.o.* of 6 October 2020 and Case C-746/18 *H.K. v Prokuratuur* of 2 March 2021.

preservation of civil identity records, such as IP addresses, for the purpose of countering all types of criminal activity.²⁰

The confidentiality of IP addresses is one of the main challenges, and much of the recent research reveals that the judicial experience of utilising IP addresses as evidence is not nearly as effective as it could be. Independent of the reality that the IP address is generally used to identify the device rather than a user, judicial decisions continue to assign IP addresses to individuals. In addition, the decision-making process frequently does not include a characterization of the devices, nor does it take into account the possibility that other parties may have had possession of the considered device.

FREE MOVEMENT OF E-EVIDENCE

The wide range of strategies used in each Member State constrains the building of “an area of free movement of criminal evidence” in addition to having an adverse effects on the legal protections of accused persons. Although the earlier presumption of the majority of EU countries that transnational regulations on evidence’s admissibility wasn’t so mandatory and in contrary with the basic of subsidiarity and proportionality, the set of circumstances has definitely altered from the last few years as a result of the obvious “digital society” has shifted.²¹ Despite the acknowledged requirement to optimize the level of protection and confidence in technology-based communication, as well as to fortify the law-enforcement system and the safeguarding of individual rights in digital world, the facts show that computer crime has become excessively influential.

In light of the prevalence of cybercrime and the widening challenges of retrieving electronic evidence that is often preserved in foreign, several or unknown jurisdictions, the enforcement agencies are constrained by sovereign borders. In consequence of this, just a handful of the cases of cyberattacks materialize in judicial decisions. As a response to this in 2022 the Council of Europe’s Committee of Ministers endorsed the Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on greater cooperation and disclosure of electronic evidence. The Protocol focuses on enhancing law enforcement bodies’ capacity to access electronic

²⁰ *Judgments in Case C-623/17, Privacy International and Joined Cases C-511/18, C-512/18 and C-520/18 La Quadrature du Net a.o. of 6 October 2020 and Case C-746/18 H.K. v Prokuratuur of 2 March 2021.*

²¹ European Law Institute (ELI), “Admissibility of E-Evidence in Criminal Proceedings in the EU”, <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/admissibility-of-e-evidence/>, 29. 8. 2022.

evidence from another jurisdictions for certain police prosecutions. The Protocol establishes a strong framework for: – forceful requests for domain records across countries; – communication with the broadband providers in different jurisdictions to acquire users data; – information exchange via greater government-to-government collaboration; – accelerated methods of collaboration in urgent cases; as well as – improved functionality for mutual support, including forming the joint investigative units (JIT).²² As a supplementary mechanism for judicial trans-border collaboration, the joint investigation team (JIT) faces its own unique issues. The biggest barrier to establishing a JIT arrangement in cybercrime cases is timeframe, due to frequent bottlenecks by the requirement for material to empower a decision taken at the state scale about starting of mutual operations. Multiple national investigations could be necessary if the partners agree against creating a JIT agreement in order to allow for additional time to prepare the evidence at the domestic level.²³

The expansion of Europol's authority in tackling organized crime and terrorism through the updated Europol Regulation, Regulation (EU) 2022/991 significantly broadens Europol's authority in terms of personal data exchanges with private parties, the utilization of artificial intelligence (AI) and the handling of enormous datasets.²⁴ Europol is now permitted to investigate massive datasets in certain circumstances, resulting in a significant rise in the volume of personal data acquired and preserved by the Agency. The main critics are that as a result of that “information regarding individuals with no established link to criminal activity will be treated in the same manner as personal data pertaining to individuals with a link to a criminal activity”. The Europol Regulation modifications introduce changes in the following key segments:

1. Assistance in ongoing criminal investigation: Europol will be capable of handling personal data without the Data Subject Categorisation (DSC) for as long as and whenever it is required to support an active investigation;
2. Cooperation with private parties: Private parties are gathering an enormous amount of information that could be relevant in criminal investigations.

²² Council of Europe, “Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced co-operation and disclosure of electronic evidence”, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=224>, 2. 9. 2022.

²³ Eurojust, “Challenges and best practices from Eurojust's casework in the area of cybercrime”, 2020, https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/2020_11_cybercrime_report.pdf

²⁴ EUR-Lex, Regulation (EU) 2022/991 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2022 amending Regulation (EU) 2016/794, as regards Europol's cooperation with private parties, the processing of personal data by Europol in support of criminal investigations, and Europol's role in research and innovation, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/991/oj>, 4. 9. 2022.

Under the new legal framework, Europol will be able to acquire information directly from such parties (including specific rules concerning cyber crisis events and the online distribution of child sexual abuse);

3. R&I: The established legal grounds for handling personal information for research and innovation activities is one of the most important new provisions. With a focus on artificial intelligence, Europol will be able to help EU Member States utilize cutting-edge technologies, experiment with novel approaches, and generate technological innovations, especially in the AI field. Nevertheless, the exploitation of this kind of data will be governed by strict data protection safeguards which will balance this ability.²⁵

CASE STUDY ASEAN COUNTRIES

The speed of digitalization has accelerated further since the COVID-19 pandemic, making it one of the most significant growth engines for many developing nations. We are already seeing how digitalization is reshaping the Southeast Asia region. ASEAN is one of the fastest growing Internet markets in the world with 125.000 new users coming online every day. ASEAN has more than 440 million Internet users, and more importantly, 350 millions of them, or about 80%, are digital customers, i.e. Internet users who have bought at least one online service.²⁶ With a fast-growing base of digital customers and merchants, acceleration in e-commerce and food delivery, ASEAN experienced a positive trend of GDP of more than USD 3.11 trillion in 2020. Resulting in ASEAN to, collectively, become the fifth largest economy in the world.²⁷

With the ASEAN region seeing exponential growth in the digital technology sector, particularly financial technology and e-commerce, there is an increasing demand for Internet and broadband services. However, this increasing reliance on the Internet has created a large number of security threats that can cause immense damage. Based on the ASEAN Cyberthreat Assessment 2021 produced by the INTERPOL ASEAN Cybercrime Operations Desk, ASEAN countries have become a prime target for cybercrime considering their position among the fastest-growing digital economies in the world.

²⁵ European Data Protection Supervisor, “Amended Europol Regulation weakens data protection supervision”, https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2022/amended-europol-regulation-weakens-data_en, 5. 2. 2022.

²⁶ Bain & Company “e-Economy SEA report 2021”, <https://www.bain.com/about/media-center/press-releases/2021/sea-economy-report-2021/>, 10. 5. 2022.

²⁷ The ASEAN Secretariat, “ASEAN Key Figures 2021”, <https://asean.org/wp-content/uploads/2021/12/ASEAN-KEY-FIGURES-Chapter-1-4-Rev-28-Dec-2021.pdf>, 12. 7. 2022.

Some of the most serious cybercrime which occurred in the ASEAN region in 2020 including Indonesia's e-commerce Tokopedia data breach which 91 million users' information leaked in May 2020, ransomware of 1.5 terabytes sensitive data stolen from subsidiary of ST Engineering Aerospace in June 2020, ransomware of hospital and businesses targeted in Thailand in September 2020, data breach of 1.1 million accounts of RedMart were compromised in October 2020. Besides the cyberattacks and data breaches, there is also an increase in COVID-19-related online fraud, including the sale of medical equipment and personal protective equipment. According to the IBM Security's 2020 Cost of a Data Breach Report,²⁸ the average cost of a data breach in ASEAN in 2020 was estimated to be US\$ 2.7 million. Compared with 2019, there is a marked increase in the number of online scammers who are impersonating government officials from the Ministry of Health and other agencies, chiefs of police and other notable officials to obtain people's confidential details by fraudulent means. The trend has shown an upward hill and will likely continue to rise exponentially in the future.

In the past year, cybercrime has been a priority on the ASEAN agenda. However, ASEAN is characterized by a high degree of heterogeneity in terms of economic development, which resulted in notable gap in terms of cyber maturity and capabilities creating a marked disparity in cybercrime laws and enforcement. There are important differences in how members define criminal conduct in cyberspace and how they go about collecting electronic evidence for cybercrime investigations, making cross-border cooperation lengthy and complex. The most effective ways of obtaining e-evidence is through mutual legal assistance agreement to facilitate collection and sharing of evidence for investigations or proceedings related to criminal offences involving computes systems and data. In 2004, ASEAN countries agreed on a regional Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters. However this framework is lacks provisions for addressing the transnational nature of cyberthreats, such as retention of and access to e-evidence. Until now, ASEAN is yet to established a cybercrime framework. The only ASEAN countries which has ratified the Budapest Convention is Philippines. ASEAN is urgent need to draft a regional cybercrime convention similar to Budapest Convention.

CONCLUSION

Nowadays, over than 80% of offences own an electronic component; even those that are undertaken physically, which sets the growing requirements for practically all enforcement body and judicial officer to own the skilset regarding

²⁸ IBM, "Cost of a Data Breach Report 2020", <https://www.ibm.com/downloads/cas/QMX-VZX6R>, 16. 8. 2022.

performing a digital investigation.²⁹ Since most of our actions and interactions presently unfold in the virtual world, the footprints of illegal activity have also become digital. Prosecutors should indeed identify potentially malicious online behavior, observe illegal deals involving cryptocurrencies, fully comprehend their findings, maintain the records, and utilize them as digital evidence during the trial in order to prosecute criminal activity.

The rapid advancement of ICT has inspired enormous research methods, which have the power to radically transform the performance of forensic analysis. The extraction of data from Internet of Things (IoT) devices is certainly not a simple process, notwithstanding the fact that such devices might deliver extremely useful information for forensic investigations. Considering that are created by multiple companies utilizing specific technology and software design, digital forensic instruments lack uniform acquisition techniques. The regulatory requirements do have substantial implications for the ways in which digital forensics investigations should be performed. Due to the fact that these prerequisites are sculpted by relevant legislation as well as judicious practices, it might be challenging to precisely identify them. Furthermore, those requirements are highly susceptible to modifications, which presents difficulties for investigators who are required to maintain mandatory standards and protocols. The EU emphasizes the significance of persistently cooperating toward the provision of optimal and efficient protocols that will enable police departments to acquire and maintain digital information. That kind of cooperation can be cultivated by establishing uniformity as well as reliable standards and measures to preserve fundamental freedoms and human rights, especially those especially with regard to personal information and confidentiality.

Notwithstanding the advancement of digital forensic instruments, forensic analysis is mandated to meet legal obligations in order to provide “the authenticity, relevance, and validity of digital evidence” triptych as the fundamental principle. Nevertheless, the EU has responsibility to work for the “global common good” and is considered as the normative power to create or change the norms, standards and prescriptions of world politics away from bounded expectations of state-centricity which are generally acknowledged within the United Nations system, to be

²⁹ Commission Staff Working Document, “Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings”, SWD/2018/118 final from 17. 4. 2018.

universally applicable, especially for other regional organisation. Therefore, the development on the digital evidence in the cybercrime realm will contribute positively towards other regional organisation in the world, in particular for ASEAN. Considering ASEAN as the prime target of cybercrime due to its high economic development and slow regulation on cybercrime, ASEAN countries could learn from the EU in dealing with cybercrime issues.

Dr ANDREJA MIHAILOVIĆ

Saradnik u nastavi, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore

MONICA NILA SARI

Doktorand na Keio Univerzitetu, Tokio

RUBIKOVA KOCKA DIGITALNIH DOKAZA U REALMU SAJBER KRIMINALA

Rezime

Pod krivičnoprocesnom optikom, pejzaž digitalnih dokaza izgleda kao pokušaj sklapanja Rubikove kocke bez polovine djelova, dok preostala polovina neprestano mijenja oblik. Imajući u vidu markantne distinkcije digitalnih zapisa od tradicionalnih formi materijalnih dokaza, postojeće pravno okruženje predstavlja izazov za sprovođenje istražnih operacija u dijelu elektronskih dokaza. S druge strane, prevalencija informacionih i komunikacionih tehnologija (IKT) u „digitalnom društvu“ etablirala je sijaset zahtjeva za digitalnim dokazima. U tom kontekstu, Budimpeštanska konvencija i njeni protokoli obezbjeđuju jedinstven i moćan sistem za očuvanje osnovnih sloboda, sprečavanje dispariteta između jurisdikcija i promovisanje koordinisane politike u međunarodnom sprovođenju digitalnih istraga. Iako države članice imaju dugogodišnje iskustvo u saradnji u krivičnim postupcima, evoluirajuća upotreba elektronskih dokaza kao što su IP adrese i Cloud zapisi nalažu uspostavljanje novih forenzičkih instrumenata kako bi se savladali izazovi postojeće regulatorne polarizacije u prevenciji sajber kriminala.

Ključne reči: digitalna istraga, elektronski dokazi, sajber kriminal, digitalna forenzika, Budimpeštanska konvencija

Bibliography

- Bain & Company, “e-Conomy SEA report 2021”, <https://www.bain.com/about/media-center/press-releases/2021/sea-economy-report-2021/>.
- Brown C. S. D., “Investigating and prosecuting cyber crime: forensic dependencies and barriers to justice”, *International Journal of Cyber Criminology*, Vol. 9, No. 1, 2015.
- Calderoni F, “The European legal framework on cybercrime: Striving for an effective implementation”, *Crime, Law and Social Change*, No. 54, 2010.

- Caloyannides M., Digital “evidence” and reasonable doubt“, *IEEE Security & Privacy*, Vol. 1, No. 6, 2003.
- Casey E., “Standardization of forming and expressing preliminary evaluative opinions on digital evidence”, *Forensic Science International: Digital Investigation*, Vol. 32, 2020.
- Chandra A., Snowe M., “A taxonomy of cybercrime: Theory and design”, *International Journal of Accounting Information Systems*, Vol. 38 (C), 2020.
- Eurojust, “Challenges and best practices from Eurojust’s casework in the area of cybercrime”, 2020, https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/2020_11_cybercrime_report.pdf.
- European Data Protection Supervisor, *Amended Europol Regulation weakens data protection supervision*, https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2022/amended-europol-regulation-weakens-data_en.
- European Law Institute (ELI), „Admissibility of E-Evidence in Criminal Proceedings in the EU“, <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/admissibility-of-e-evidence/>.
- European Union Agency for Criminal Justice Cooperation, „Cybercrime Judicial Monitor“, <https://www.eurojust.europa.eu/publication/cybercrime-judicial-monitor-issue-7>.
- Europol, „2021 EU Serious and Organised Threat Assessment Report (EU SOCTA)“ from 12 April 2021, <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/europol-an-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment>.
- IBM, “Cost of a Data Breach Report 2020”, <https://www.ibm.com/downloads/cas/QMXVZX6R>.
- Jahankhani H., “Criminal investigation and forensic tools for smartphones”, *International Journal of Electronic Security and Digital Forensics*, Vol. 2, No. 4, 2009.
- McQuade III S. C., *Understanding and Managing Cybercrime*, Allyn and Bacon, Boston, 2016.
- Miquelon-Weismann M., “The Convention on Cybercrime: A Harmonized Implementation of International Penal Law: What Prospects for Procedural Due Process?”, *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, Vol. 23, No. 2, 2005.
- Panethiere D., “The basis for copyright infringement liability: the law in common law jurisdictions”, *European Intellectual Property Review*, Special Report No. 15, 1997.
- Paul G., *Foundations of Digital Evidence*, American Bar Association, 2009.
- Srivastava S. K., Das S., Udo G., Bagchi K., “Determinants of Cybercrime Originating within a Nation: A Cross-country Study”, *Journal of Global Information Technology Management*, Vol. 23, No. 2, 2020.
- Statista, „Internet penetration in Southeast Asia as of June 2021“, <https://www.statista.com/statistics/487965/internet-penetration-in-southeast-asian-countries/>.
- The ASEAN Secretariat, “ASEAN Key Figures 2021”, <https://asean.org/wp-content/uploads/2021/12/ASEAN-KEY-FIGURES-Chapter-1-4-Rev-28-Dec-2021.pdf>.

<https://www.europol.europa.eu/publications-events/main-reports/internet-organised-crime-threat-assessment-iocta-2021>.

Viano E., *Cybercrime: definition, typology, and criminalization. Cybercrime, Organized Crime, and Societal Responses*, Springer, Cham, 2017.

REVIEW PAPER

OLGA JOVIĆ-PRLAINOVIĆ

PORODIČNO NASILJE PREMA ŽENAMA

Nasilje prema ženama predstavlja globalni izazov uslovljen strukturnim i kulturnim faktorima koji oblikuju rodne odnose u jednom društvu. Porodični i partnerski odnosi utemeljeni su na odgovarajućim rodnim ulogama. Rodno zasnovano nasilje, čija su dva dominantna oblika nasilje u porodici i seksualno nasilje, ozbiljna je diskriminacija ženskog pola i najrasprostranjeniji oblik kršenja ljudskih prava i osnovnih sloboda žena. Rodna ravnopravnost, nediskriminacija na osnovu roda i pola je ljudsko pravo sadržano u mnogobrojnim dokumentima usvojenim pod okriljem Ujedinjenih nacija, Saveta Evrope i Evropske unije. Otuda, pravo na život bez nasilja u privatnoj i javnoj sferi podrazumeva obavezu države da osigura ravnopravnost žena i muškaraca da uživaju sva građanska, politička, ekonomska, socijalna i kulturna prava. U ovom istraživanju predmet pažnje je usmeren na međunarodne konvencije i druga relevantna dokumenta koja definišu standarde i pravac politike nacionalnog institucionalnog okvira za sprečavanje nasilja prema ženama u porodici. Analizom postojećeg složenog sistema mera zaštite propisanih različitim zakonima, autorka razmatra nasilje prema ženama u porodici iz perspektive nastojanja za usklađivanjem nacionalnog prava sa međunarodnim standardima.

Ključne reči: ljudska prava žena, rodna diskriminacija, međunarodni standardi, porodično nasilje, covid 19, nacionalna politika

UVODNE NAPOMENE

Krajem prošlog veka, na međunarodnom planu, fenomenu nasilja nad ženama pristupa se kao obliku kršenja ljudskih prava i sloboda, te su dokumenti Ujedinjenih nacija, a u evropskim okvirima Saveta Evrope i EU, uticali na promene

Prof. dr Olga Jović-Prlainović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, e-mail: *olga.jovic@pr.ac.rs*.

u zakonodavstvima država članica kroz čitav niz sistematskih mera prevencije i zaštite od nasilja prema ženama. Obaveza je država članica da usklade nacionalne politike i prakse sa međunarodnim standardima i da uspostave koordinisane strategije. Republika Srbija je u poslednje dve decenije napravila značajan napredak u poštovanju međunarodnih standarda i obaveza preuzetih potvrđivanjem međunarodnih ugovora kojima se garantuju ljudska prava i osnovne slobode žena. Ipak, obimna, postojeća zakonska regulativa, sama po sebi nije dovoljna, jer je od presudne važnosti njena uspešna implementacija, odnosno mogućnost države da stvori uslove za efikasnu, usklađenu i delotvornu zaštitu žena od nasilja u porodici.

Nasilje prema ženama u porodici je višedimenzionalni problem čija se sadržina može odrediti kako na osnovu pojedinih načina ispoljavanja i njihovih uzroka na nivou društvenog poretka, tako i normama i praksom kojima se reguliše svakodnevni život, odnosno na nivou svakodnevne interakcije u neposrednom okruženju. Porodica kao ambijent u kojem se ispoljava nasilje u partnerskim odnosima između sadašnjih i/ili bivših supružnika ili vanbračnih partnera, zahteva specifičnu politiku i rodno osetljive mere zaštite.

Termini „nasilje u porodici“, „nasilje u intimnim partnerskim odnosima“, „rodno zasnovano nasilje“, prikrivaju rodnu dimenziju i činjenicu da su žene u većem procentu izložene ovom vidu nasilja,¹ imajući u vidu da svi oblici nasilja nad ženama predstavljaju vid diskriminacije žena.² Zabrana diskriminacije po osnovu rodnog identiteta, uključujući nasilje u porodici, prioritetni je cilj međunarodne zajednice, a obaveza nacionalnog zakonodavca da u zakonima kojima se regulišu bračni i porodični odnosi uvede princip ravnopravnosti muškaraca i žena u svim njegovim aspektima.³ Uzroci rodno zasnovanog nasilja nalaze se u nejednakom odnosu moći muškaraca i žena. Rod je društveno konstruisana definicija žena i muškaraca, tj. društveno konstruisana definicija odnosa među polovima, determinisana shvatanjem uloga i zadataka žena i muškaraca u javnom i privatnom životu.⁴ Rodno zasnovano nasilje se vrši u cilju uspostavljanja i održavanja kontrole nad

¹ Tanja Ignjatović, *Nasilje prema ženama u intimnom partnerskom odnosu: Model koordiniranog odgovora zajednice*, Rekonstrukcija Ženski fond, Beograd, 2011, 13–14.

² Mirjana Tejić, *Pravna regulativa o nasilju u porodici u Srbiji i međunarodni standardi – Podrška ženskim ljudskim pravima na Zapadnom Balkanu*, Fakultet političkih nauka, Beograd, 2007, 27.

³ Mirna Kosanović, Saša Gajin, Dejan Milenković, *Zabrana diskriminacije u Srbiji i ranjive društvene grupe*, Program Ujedinjenih nacija za razvoj, Kancelarija u Srbiji, Beograd, 2010, 84.

⁴ Ljiljana Bogavac, *Rodno zasnovano nasilje i opresija, Priručnik za prevenciju rodno zasnovanog nasilja*, Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja, UNICEF, Beograd 2015, 9.

partnerkom i ima dalekosežne posledice.⁵ U tom smislu, nasilje u porodici prema ženama (pre svega partnersko nasilje), iako predstavlja odnos „formalno jednakih“, odvija se u kontekstu nejednakih mogućnosti (ličnih, društvenih, političkih, ekonomskih) i stereotipa vezanih za rodne uloge.

MEĐUNARODNO PRAVO U OBLASTI NASILJA PREMA ŽENAMA U PORODICI

Pravni okviri OUN o nasilju prema ženama

Na nivou Ujedinjenih nacija,⁶ Komisiji UN o statusu žena⁷ pripada ključna uloga u procesu priznavanja ljudskih prava žena. Više od tri decenije uloženog napora od strane pomenute Komisije za rezultat je imalo usvajanje Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena,⁸ kao osnovnog dokumenta u ovoj oblasti, koju je potpisao veliki broj država članica Ujedinjenih nacija, među njima i naša zemlja.⁹ U Konvenciji, porodica i položaj žene u porodici prepoznati su kao

⁵ *Ibidem*. Vrste rodnog nasilja određuju se na osnovu različitih kriterijuma i obuhvataju širok dijapazon nepoželjnog ponašanja: rodne predrasude i rodna diskriminacija (ponašanje zasnovano na stereotipima); rodno ukalupljanje; seksualna objektivizacija; seksualno uznemiravanje; seksualno nasilje; nasilje u partnerskom odnosu (psihološko, verbalno, fizičko, seksualno, ekonomsko); nasilje zbog seksualne orijentacije; prisilni brak; prostitucija; trgovina ljudima.

⁶ Hronološki posmatrano, lista dokumenata o ljudskim pravima univerzalnog karaktera koji su prethodili prepoznavanju potrebe za zabranom diskriminacije na osnovu pola je prilično duga: Povelja Ujedinjenih nacija (*Službeni list FNJR – Međunarodni ugovori*, br. 5/45, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/65, 12/66, 39/72); Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948) (Rezolucija Generalne Skupštine UN 217 A (III) od 10. decembra 1948); Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966) – *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/1971; Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966), *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/1971; Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1965), *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/1967. Ovim međunarodnim ugovorima ustanovljena su i ugovorna tela čija je nadležnost da nadziru ispunjavanje ugovornih obaveza država članica, a na osnovu izveštaja država članica o sprovođenju obaveza koje su preuzete ugovorima.

⁷ Commission on the Status of Women (CSW) je funkcionalna komisija Ekonomskog i socijalnog saveta Ujedinjenih nacija koji promoviše rodnu ravnopravnost i osnaživanje žena. Nakon osnivanja (1946) direktno uvodi prava žena na međunarodnu scenu. <https://www.unwomen.org>, 15. 9. 2022.

⁸ *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (CEDAW), usvojena 18. decembra 1979, a stupila na snagu 3. septembra 1981. godine, <https://www.ohchr.org>, 15. 9. 2022.

⁹ Zakon o ratifikaciji Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 11/1981.

pokazatelji postojanja stereotipa, a države su dužne da preduzme sve potrebne mere za eliminisanje diskriminacije žena u braku i porodičnim odnosima. Međutim, uprkos nesumnjivom značaju ovog međunarodnog ugovora za ljudska prava žena, osnovni propust ogleda se u tome što nije izričita pažnja posvećena pitanju nasilja prema ženama. Uviđajući potrebu za unapređenjem ženskih ljudskih prava, Komitet kao nadzorni organ koji prati primenu Konvencije UN o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, Opštom preporukom br. 19 Nasilje nad ženama (1992), prepoznao je nasilje prema ženama, uključujući i nasilje u porodici, kao vid rodno zasnovane diskriminacije, jer je neposredno upereno protiv žena, sa namerom uskraćivanja prava i održavanja njihovog podređenog položaja kao grupe. Ovom preporukom Komitet je bitno uticao na shvatanje Konvencije, proširujući njen domašaj, pojmove i posredno, svoju nadležnost.¹⁰ Do suštinskih promena u zaštiti žena došlo je usvajanjem Fakultativnog protokola uz Konvenciju o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena,¹¹ kojim je upotpunjen sistem nadzora nad primenom Konvencije.¹² Protokol predviđa mogućnost podnošenja

¹⁰ Tijana Šurlan, „Rad Komiteta za eliminaciju svih oblika diskriminacije žena – nadzorna ili kvazisudska funkcija“, NBP *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, god. 19, br. 2, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2014, 61–62.

Tome u prilog govori odstupanje od originalnog određenja člana 1 Konvencije koje je usvojeno u Opštoj preporuci br. 19 podvođeci pod definiciju diskriminacije i nasilje nad ženama. Opšta preporuka formulisana je u stavu 6: „Konvencijom je u čl. 1. definisana diskriminacija žena. Definicija diskriminacije uključuje rodno zasnovano nasilje, i to, nasilje koje je upereno protiv žene zato što je žena ili zato što nesrazmerno pogađa žene. Ona uključuje i akte koji nanose fizičku, psihičku ili seksualnu bol ili patnju, pretnju takvim aktima, prinudu ili drugo uskraćivanje slobode. Rodno zasnovano nasilje može dovesti do kršenja specifičnih odredaba Konvencije, bez obzira na to da li te odredbe izričito spominju nasilje.“

¹¹ Fakultativni protokol uz Konvenciju o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, Generalna skupština UN usvojila je 1999. godine, a stupio je na snagu 2000. godine. V. Zakon o potvrđivanju Fakultativnog protokola uz Konvenciji o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 13/2002.

Nekoliko godina ranije na četvrtoj Svetskoj konferenciji o ženama održanoj 1995. godine u Pekingu, sa svrhom promovisanja Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena usvojena je Pekinška deklaracija i Platforma za akciju u kojoj su utvrđeni planovi i ciljevi zalaganja za eliminisanje nasilja prema ženama sa preporukom državama članicama da preduzmu mere i inicijative radi prevazilaženja prepreka koje usporavaju napredak u ovoj oblasti. Tekst v. na: http://www.e-jednakost.org.rs/kurs/kurs/download/pekinska_deklaracija.pdf, 18. 9. 2022.

¹² Opšta preporuke Komiteta za ukidanje svih oblika diskriminacije žena, <http://www.bgcenter.org.rs>, 16. 9. 2022. Nekoliko godina ranije, na osmom zasjedanju Komiteta za eliminisanje diskriminacije žena (1989), usvojena je Opšta preporuka br. 12: Nasilje nad ženama, kojom Komitet preporučuje državama ugovornicama da u svoje periodične izveštaje uključe i informacije o: važećim zakonima koji štite žene od ispoljavanja bilo koje vrste nasilja u svakodnevnom životu (uključujući

pojedinačnih predstavi Komitetu za zaštitu povređenog prava grupa i pojedinca (čl. 2), na taj način preusmeravajući pažnju sa države i univerzalnog odnosa prema ženama na konkretne slučajeve iz života.¹³ Protokolom je napušten tradicionalni koncept u međunarodnom pravu ljudskih prava da međunarodno pravo uređuje odnose između država i međunarodnih organizacija, te da se ne odnosi na pojedince.

Nekoliko godina kasnije, usledilo je usvajanje Deklaracije o eliminisanju nasilja prema ženama,¹⁴ kojom države članice Ujedinjenih nacija priznaju da je nasilje

seksualno nasilje, zlostavljanje u porodici, seksualno uznemiravanje na radnom mestu); o ostalim merama preduzetim protiv ovih vrsta nasilja; o postojanju službi pomoći ženama žrtvama nasilja ili zlostavljanja; o statističkim podacima o ispoljavanju bilo koje vrste nasilja nad ženama i o ženama žrtvama nasilja. Ovom preporukom, međutim, pojam diskriminacije nije bio proširen na nasilje prema ženama, već je to učinjeno, kako je navedeno, kasnije donetom Opštom preporukom br. 19.

¹³ Prva pojedinačna predstava upućena Komitetu za eliminisanje svih oblika diskriminacije žena u vezi sa čl. 7 par. 3 Fakultativnog protokola je *Ms. A. T. v. Hungarya*, povodom koje je Komitet zauzeo sledeće stanovište: Mađarska je, kao država ugovornica Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena i Fakultativnog protokola uz Konvenciju, propustila da izvrši svoje obaveze i stoga je prekršila prava podnositeljke predstave. Budući da ingerencije Komiteta u odnosu na državu nisu sudske – odluka koja se donosi nije obavezujuća, niti sud raspolaže pravnim sredstvima kojima bi naložio državi da poštuje preporuku Komiteta. Komitet je, u konkretnom slučaju, dao preporuke državi za preduzimanjem hitnih i efikasnih mera radi garantovanja fizičkog i mentalnog integriteta A. T. i njene porodice, obezbeđivanja sigurnog porodičnog okruženja za A. T., odgovarajuće podrške za decu i pravne pomoći, kao i dodeljivanja srazmernog obeštećenja žrtvama za pretrpljenu fizičku i mentalnu štetu. Istovremeno, državi su date opšte preporuke: da poštuje, štiti i ostvaruje ženska prava, uključujući pravo na slobodu od svakog oblika nasilja, uključujući zastrašivanje i pretnje nasiljem; obezbedi žrtvama nasilja u porodici maksimalnu zakonsku zaštitu delovanjem sa dužnom pažnjom u cilju sprečavanja i reagovanja na takvo nasilje nad ženama; da preduzme sve neophodne mere u cilju obezbeđivanja neodložne primene i nacionalne strategije za sprečavanje i efikasno reagovanje na nasilje u porodici; da obezbeđuje stalnu obuku za sudije, pravnike i službenike koji sprovode zakon; da istražuje sve slučajeve nasilja u porodici i da privede nasilnike pravdi; da žrtvama nasilja u porodici obezbeđuje bezbedan i brz pristup pravdi i besplatnu pravnu pomoć; da obezbeđuje rehabilitacione programe za nasilnike. V. stav 9.6 Saopštenja Komiteta za eliminisanje svih oblika diskriminacije žena usvojenog 26. januara 2005, *Communication No. 2/2003, Ms. A. T. v. Hungarya*, <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw>, 17. 9. 2022.

¹⁴ UN General Assembly, *Declaration of the Elimination of Violence Against Women*, A/RES/48/104, 1993. <https://documents-dds-ny.un.org>, 16. 9. 2022.

Član 2. st. 1 pod (a) Deklaracije o eliminaciji nasilja nad ženama u celini glasi: „Pod nasiljem nad ženama se podrazumeva, ali ne ograničava: fizičko, seksualno i psihičko nasilje koje se dešava u porodici, uključujući i batinjanje, seksualno zlostavljanje ženske dece u porodičnom okruženju, nasilje u vezi sa mirazom, silovanje u braku, sakaćenje genitalnih organa žena i druge tradicionalne štetne prakse, vanbračno nasilje i eksploataciju.“

nad ženama manifestacija istorijski nejednakih odnosa moći između muškaraca i žena koja je dovela do dominacije nad ženama i diskriminacije žena od strane muškaraca i do sprečavanja punog napredovanja žena, što će biti prihvaćeno u svim potonjim dokumentima usvojenim pod okriljem Ujedinjenih nacija.¹⁵ Iako je Deklaracija politički, a ne pravnoobavezujući dokument, značaj njenih odredbi ogleda se u konkretizaciji mera koje bi države trebalo da preduzmu u cilju eliminisanja nasilja koje se vrši u privatnoj sferi.¹⁶ Deklaracija ukazuje na to da se aktivnosti država ugovornica moraju uskladiti sa međunarodnim standardima koji jasno određuju strategiju za uklanjanje nasilja prema ženama u porodici.

U rangu univerzalnih dokumenata, sa istom predmetnom determinantom, značajni doprinos može se pripisati i Rezoluciji 2003/45 *Eliminisanje nasilja nad ženama* Komisije UN za ljudska prava, kojom se zabranjuje nasilje nad ženama, naročito prebijanje žena. Država članica UN imaju afirmativne obaveze da unapređuju i štite ljudska prava žena i da primenjuju međunarodne norme o ljudskim pravima shodno međunarodnim obavezama.¹⁷ Komisija UN za ljudska prava je imala važnu ulogu u formulisanju međunarodnih standarda: pripremanje nacрта međunarodnih ugovora o ljudskim pravima koje je usvajala Generalna skupština UN, a zatim ih ratifikovale države članice; usvajanje pravno neobavezujućih, ali uticajnih standarda. Drugim rečima, uprkos tome što su obaveze država članica političke prirode, države imaju moralnu odgovornost da ih poštuju i primenjuju u svojim nacionalnim politikama i zakonodavstvu.¹⁸

Dokumenti Saveta Evrope o nasilju prema ženama i nasilju u porodici

U međunarodnom sistemu ljudskih prava posebno mesto pripada dokumentima usvojenim od strane Saveta Evrope. Najznačajniji dokument u oblasti nasilja u porodici jeste Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja prema ženama

¹⁵ M. Tejić, op. cit., 27.

Na svetskim skupovima Peking +5 (2000) i Peking +10 (2005) kao i na Milenijumskoj konferenciji UN (2000) i na Svetskoj konferenciji protiv rasizma, rasne diskriminacije, ksenofobije i odnosnim netolerancijama (2001) države članice Ujedinjenih nacija su ponavljale potrebno zalaganje za jačanje sposobnosti na nacionalnom nivou za primenu principa i praksi u vezi ljudskih prava žena.

¹⁶ Član 4 Deklaracije o eliminisanju nasilja prema ženama.

¹⁷ Član 14 Rezolucije 2003/45 *Eliminisanje nasilja nad ženama* Komisije UN za ljudska prava, UN Commission on Human Rights, *Commission on Human Rights Resolution 2003/45: Elimination of Violence against Women*, 23 April 2003, E/CN.4/RES/2003/45, <https://www.refworld.org/docid/43f3133b0.html>, 26. 9. 2022.

¹⁸ Vesna Nikolić Ristanović, Mirjana Dokmanović, „Međunarodni standardi i nasilje u porodici“, *Temida – Žrtve i pravni sistem*, br. 2, Viktimološko društvo Srbije, Beograd 2005, 12.

i nasilja u porodici („Istanbulska konvencija“)¹⁹ koja je usvojena 2011. godine.²⁰ Reč je o sveobuhvatnom dokumentu koji čitavom svojom sadržinom postavlja standarde i zahteve državama u oblastima zakonodavstva, prevencije, mera pravne i institucionalne zaštite i podrške žrtvama, kao i efikasnog procesuiranja i kažnjavanja počilaca.

Istanbulska Konvencija pod pojmom nasilje nad ženama podrazumeva kršenje ljudskih prava i oblik diskriminacije žena i obuhvata sva dela rodno zasnovanog nasilja koja dovode ili mogu da dovedu do fizičke, seksualne, psihičke povrede, odnosno finansijske patnje za žene, kao i pretnje takvim delima, prinudu ili proizvoljno lišavanje slobode u javnom ili privatnom životu. Nasilje u porodici definisano je kao svako delo fizičkog, seksualnog, psihičkog odnosno ekonomskog nasilja do kojeg dođe u porodici ili domaćinstvu između bivših, odnosno sadašnjih supružnika (partnera) nezavisno od toga da li učinilac deli ili je delio domaćinstvo sa žrtvom.²¹ Sprečavanje i kažnjavanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici i stvaranje sveobuhvatnog sistema mera za zaštitu i pomoć žrtvama nasilja su osnovni konvencijski ciljevi. Na taj način je jasno razgraničen pojam nasilja prema ženama u porodici od pojma nasilja prema ženama. Istanbulska konvencija obavezuje države članice na preduzimanje mera zaštite od nasilja u porodici, ali ne predviđa mogućnost podnošenja individualnih predstavi u vezi sa kršenjem konvencijskih prava. U tom smislu, obavezuju se države članice da obezbede žrtvama nasilja informacije i pristup važećim regionalnim međunarodnim mehanizmima za individualne/kolektivne predstave (čl. 21). Ovakvom formulacijom otvorena je mogućnost podnošenja pojedinačnih predstavi

¹⁹ Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja prema ženama i nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12–13/2013.

Ekspertska grupa Saveta Evrope za borbu protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (GREVIO), je nezavisno telo za praćenje ljudskih prava ovlašćeno da nadgleda sprovođenje konvencije, a na osnovu izveštaja država članica. Oformljen je Rezolucijom CM/Res (2014) 43 o pravilima izbornog postupka članova grupe eksperata za borbu protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici 2014. godine, <https://search.coe.int>, 18. 9. 2022.

²⁰ Dokumenti su prethodili Istanbulskoj konvenciji su: Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950) sa protokolima; Evropska socijalna povelja (1961) i revidirana Evropska socijalna povelja (1996); Konvencija o borbi protiv trgovine ljudima (2007); Konvencija o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja (2007); Preporuke Saveta ministara državama članicama Saveta Evrope: Preporuka Rec(2002)5 o zaštiti žena od nasilja, Preporuka CM/Rec(2007)17 o standardima i mehanizmima rodne ravnopravnosti, Preporuka CM/Rec(2010) 10 o ulogama žena i muškaraca u prevenciji i razrešenju konflikta i izgradnji mira. V. opširnije Preambulu Konvencije o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, <https://rm.coe.int/1680462540>, 18. 9. 2022.

²¹ Čl. 3.b Konvencije o sprečavanju i borbi protiv nasilja prema ženama i nasilja u porodici.

Evropskom sudu za ljudska prava i Komitetu za eliminisanje svih oblika diskriminacije žena (v. *supra* 13).

Konvencija Saveta Evrope za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950), kao temeljni ugovor o ljudskim pravima na nivou Saveta Evrope, ne govori izričito o nasilju nad ženama niti o nasilju u porodici, već predviđa da će uživanje prava i sloboda predviđenih ovom Konvencijom biti obezbeđeno bez diskriminacije bilo kom osnovu (čl. 14). Takođe, Konvencija garantuje pravo na život (čl. 2) i zabranu mučenja (čl. 3). Evropski sud za ljudska prava je u svojoj bogatoj praksi odlučivao o kršenju navedenih konvencijskih članova, smatrajući da država nije preduzela odgovarajuće mere u sprečavanju i zaštiti od nasilja u porodici.²² Nasilje u porodici i partnerskim odnosima predstavlja povredu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života (čl. 8). S tim u vezi, valja podsetiti da je Konvencija prvobitno predstavljala instrument koji državi nameće negativne obaveze u smislu uzdržavanja od činjenja kako ne bi ometala ostvarivanje garantovanih prava. Odvojenost javne od privatne sfere dovela je do toga da je porodično nasilje dugo vremena bilo van delokruga instrumenata zaštite osnovnih ljudskih prava, čiji je primarni cilj bio zaštita pojedinca od mešanja javnih vlasti. Vremenom, kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava, uspostavljene su i pozitivne obaveze države da obezbedi mogućnosti za ostvarivanje prava na poštovanje porodičnog života.

Uviđajući učestalost nasilja u okvirima porodice i partnerskih odnosa, Evropski sud za ljudska prava, nedvosmisleno, zauzima stav o odgovornosti države za akte pojedinaca ukoliko se njima krše ljudska prava, bez obzira što se dešavaju unutar porodičnih odnosa.²³ Po mišljenju Suda, nasilje prema ženama, uključujući sve vidove porodičnog nasilja, spada pod opseg čl. 8, jer pravo na privatni život obuhvata pravo na fizički i psihički integritet, pa shodno tome i odgovornost države da preduzme pozitivne mere.²⁴ Specifičnost prava na poštovanje privatnog i porodičnog

²² Bojan Tubić, „Nasilje u porodici u praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, 2018, 214 i dalje.

²³ *Rumor v. Italy*, predstavka br. 72964/10, 27. 5. 2014.

Evropski sud za ljudska prava je prvu presudu koja se direktno odnosi na nasilje u porodici doneo 2007. godine u slučaju *Kontrová v Slovakia*, predstavka br. 7510/04, 31. 5. 2007.

²⁴ Ronagh J. A. McQuigg, „Domestic Violence as a Human Rights Issue: *Rumor v. Italy*“, *The European Journal of International Law*, Vol. 26, No. 4, 2015, 1015.

Neposredno pre ovog slučaja, Evropski sud za ljudska prava je preširoko tumačio odredbu čl. 3 Konvencije u predmetima koji se tiču nasilja u porodici. Iako su u jednom broju ranijih slučajeva, kako autorka navodi, utvrđene povrede člana 3, u drugim slučajevima (*Bevacqua and S. v. Bulgaria*, predstavka br. 71127/01, 12. 6. 2008; *A. v. Croatia*, predstavka br. 55164/08, 14. 10. 2010; *Kaluczka v. Hungary*, predstavka br. 57693/10, 24. 2. 2012), podnosioci predstavke izneli su argumente zasnovane na čl. 3. i čl. 8 Sud je naknadno utvrdio povredu prava na poštovanje privatnog

života jeste njegova povezanost s drugim pravima koja se štite u Konvenciji. Zbog toga da je teško povući jasnu granicu između ugrožavanja fizičkog i psihičkog integriteta pojedinca koji, kao deo prava na privatni život, predstavlja povredu čl. 8, od situacije kada ga treba vezati za zabranu mučenja iz čl. 3. Prilikom određivanja pozitivnih obaveza države, Sud vodi računa o primeni načela „polje slobodne procene“, dajući određeni stepen slobode državama u ograničenju navedenih prava. Praksa ovog Suda, uprkos izvesne nedoslednosti u tumačenju, predstavlja značajan izvor prava za zakonodavstvo i praksu država članica radi efikasnog ispunjavanja međunarodnih obaveza u zaštiti pojedinaca od nasilja u porodici.

EU dokumenti o nasilju prema ženama i nasilju u porodici

Budući da rodno zasnovano nasilje predstavlja najozbiljniju prepreku za postizanje rodne ravnopravnosti i da je i dalje rasprostranjena pojava koja pogađa žene u svim društvenim slojevima, nezavisno od starosnog doba, obrazovanja, društvenog položaja ili zemlje porekla ili prebivališta, te da žene i deca u EU nisu jednako zaštićeni od rodno zasnovanog nasilja zbog različitih politika i zakonodavstva u državama članicama, EU je putem mnogobrojnih direktiva, rezolucija, preporuka, smernica usvojenih od strane Saveta EU, Evropske komisije i Evropskog parlamenta nasilje prema ženama u porodici svrstalo u političku agendu.²⁵ Ugovor o osnivanju EU obavezuje države članice da promovišu jednakost između muškaraca i žena. Vremenom princip o rodnoj ravnopravnosti podržan je zakonodavstvom, da bi krajem devedesetih godina prošlog veka bila uvedena politika „gender mainstreaming“, sa idejom uključivanja rodne ravnopravnosti u sve aktivnosti i politike, na svim nivoima.²⁶

U skladu sa temom istraživanja, poseban osvrt zaslužuje dokument novijeg datuma koji je usvojio Parlament EU krajem 2021. godine. U pitanju je Rezolucija

i porodičnog života. Utvrdivši povredu jednog člana i izostavljanje ispitivanja predmeta po drugom članu na koji se poziva podnosilac predstave je uobičajen pristup Suda i nije ograničen na slučajeve nasilja u porodici.

²⁵ Listu usvojenih dokumenata u okviru Evropske unije v. na: <https://eur-lex.europa.eu>, 26. 9. 2022.

Pravnu tekovinu EU čine: Načela i politički ciljevi Ugovora o osnivanju, zakonodavstvo koje je doneto radi primene Ugovora i praksa Suda pravde, Deklaracije i rezolucije EU, mere koje se odnose na zajedničku spoljnu i bezbednosnu politiku, mere koje se odnose na pravosuđe i unutrašnje poslove, međunarodni sporazumi u nadležnosti EU koje su zaključile zajednice i države članice između sebe.

²⁶ Danica Todorov, „Direktive EU u oblasti ravnopravnosti polova“, *Evropska unija i rodna ravnopravnost* (ur. Zorana Šijački), Pokrajinski zavod za ravnopravnost polova, Novi Sad, 2008, 16.

o posledicama nasilja u partnerskim odnosima i pravu na staranje po žene i decu.²⁷ Oslanjajući se na relevantna, ranije usvojena dokumenta koji se tiču zaštite, prevencije i međudržavne saradnje, Rezolucijom se pozivaju države članice EU, kao i Komisija i Savet, da preduzmu sve potrebne mere za uspostavljanje pravnih i drugih mehanizama zaštite i podrške žena i njihove dece. Napominje se da deca mogu trpeti nasilje samim svedočenjem zlostavljanju u porodičnom domu i okruženju, u bilo kom obliku fizičkog, verbalnog, psihološkog, seksualnog i finansijskog nasilja nad njima bitnim osobama ili osobama sa kojima su emocionalno povezana, a da takvo nasilje ima vrlo ozbiljne posledice za psihološki i emocionalni razvoj deteta. Zato je neophodno posvetiti dužnu pažnju toj vrsti nasilja u okviru postupaka za razvod braka i odlučivanja o roditeljskom staranju, garantujući da je od prevashodne važnosti najbolji interes deteta. Kako se Istanbulskom konvencijom od država članica zahteva donošenje zakonodavnih ili drugih potrebnih mera kojima bi se obezbedilo da se okolnost postojanja porodičnog nasilja uzme u obzir prilikom odlučivanja o staranju nad detetom i ostvarivanju prava na lične odnose sa roditeljem sa kojim ne živi, potrebno je omogućiti da staranje nad detetom i pravo na susrete ne ugrožava prava i bezbednost žrtve ili deteta. U tekstu Rezolucije se napominje da Istanbulsku konvenciju još uvek nije ratifikovalo šest država članica, kao ni EU, iako je pomenuta Konvencija najvažniji postojeći međunarodni okvir za sprečavanje i borbu protiv rodno zasnovanog nasilja.²⁸ U opštim napomenama Rezolucije, najoštrije se osuđuju svi oblici rodno zasnovanog nasilja, nasilja u porodici i nasilja prema ženama i konstatuje da su naročito žene i deca i dalje izloženi nasilju u partnerskim odnosima, što predstavlja kršenje njihovih ljudskih prava i dostojanstva. Potom se naglašava da je nasilje u porodici prema ženama eskaliralo tokom krize izazvane pandemijom kovida 19, te da je izostalo pravilno sprovođenje međunarodnih konvencija za zaštitu i sprečavanje rodno uslovljenog nasilja. Pozivaju se države članice da pronađu rešenje za porast nasilja u partnerskim

²⁷ European Parliament Resolution on the impact of intimate partner violence and custody rights on women and children (2019/2166(INI), 6 October 2021, *Official Journal of the European Union* C 132/27, <https://eur-lex.europa.eu>, 26. 9. 2022.

²⁸ Inicijalna procena Komisije o borbi protiv nasilja prema ženama i nasilja u porodici upućena je Komitetu Evropskog parlamenta za prava žena i rodnu ravnopravnost u martu mesecu 2022. godine. U političkim smernicama Komisije 2019–2024 objavljeno je da pristupanje EU Istanbulskoj konvenciji je predstavlja prioritetni cilj i da EU treba da preduzme sve mere za sprečavanje nasilja u porodici, zaštiti žrtava i kažnjavanju počinioca. Initial Appraisal of a European Commission Impact Assessment, *Combating violence against women and domestic violence*, Impact assessment (SWD(2022) 62, SWD(2022) 63 (summary)) accompanying a Commission proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence (COM(2022) 105), <https://www.europarl.europa.eu>, 26. 9. 2022.

odnosima za vreme pandemije bolesti kovid 19 i na razmenu nacionalnih smernica i dobrih praksi i protokola koji su se pokazali delotvornim u borbi protiv nasilja u partnerskim odnosima, kao i u pružanju podrške žrtvama, naročito u kriznim situacijama.²⁹ U tom kontekstu, naglašava da je potrebno doneti konkretne mere za prevazilaženje postojećih razlika u zakonodavstvu, politikama i uslugama između država članica zbog porasta porodičnog i rodno zasnovanog nasilja tokom pandemije kovida 19.

NASILJE U PORODICI PREMA ŽENAMA I NACIONALNO PRAVO

Razvoj pravne regulative u oblasti nasilja u porodici u srpskom zakonodavstvu je novijeg datuma. Krivično delo nasilje u porodici po prvi put je inkriminisano Krivičnim zakonom iz 2002. godine.³⁰ Krivičnopravna zaštita kao mehanizam zaštite žena od nasilja u porodici u važećem Krivičnom zakoniku uvrštena je u krivična dela protiv braka i porodice.³¹ Pojmovno određenje nasilja u porodici u osnovnom obliku i kvalifikovanim oblicima čini sadržinu odredbe 194 Krivičnog zakonika.³² Krivičnopravna zaštita ubrzo je podržana i građanskopravnom zaštitom

²⁹ Tačke 1. i 2 Opštih napomena Rezolucije o posledicama nasilja u partnerskim odnosima i pravu na staranje po žene i decu.

³⁰ Čl. 118a Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakona, *Službeni glasnik RS*, br. 10/2002 u celini je glasio:

„(1) Ko upotrebom sile ili ozbiljnom pretnjom da će napasti na život ili telo povređuje ili ugrožava telesni ili duševni integritet člana porodice, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine.

(2) Ako je pri izvršenju dela iz stava 1. ovog člana korišćeno oružje, opasno oruđe ili sredstvo podobno da telo teško povredi ili zdravlje teško naruši, učinilac će se kazniti zatvorom od šest meseci do pet godina.

(3) Ako je usled dela iz st. 1. i 2. ovog člana nastupila teška telesna povreda ili trajno i teško narušavanje zdravlja člana porodice ili je delo izvršeno prema maloletniku, učinilac će se kazniti zatvorom od dve do deset godina.

(4) Ako je usled dela iz st. 1. i 2. ovog člana nastupila smrt člana porodice, učinilac će se kazniti zatvorom najmanje deset godina.“

³¹ Krivični zakonik (*Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019) u glavi devetnaestoj pod nazivom „Krivična dela protiv braka i porodice“ ubraja: dvobračnost, prinudno zaključenje braka, vanbračna zajednica sa maloletnikom, oduzimanje maloletnog lica, promena porodičnog stanja, zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica, naslje u porodici, nedavanje izdržavanja, kršenje porodičnih obaveza, rodoskvrnuće.

³² Čl. 194. KZ glasi:

(1) Ko primenom nasilja, pretnjom da će napasti na život ili telo, drskim ili bezobzirnim ponašanjem ugrožava spokojstvo, telesni integritet ili duševno stanje člana svoje porodice, kazniće se zatvorom od tri meseca do tri godine.

i to usvajanjem Porodičnog zakona 2005. godine,³³ te je poduprta i prekršajno-pravnom zaštitom odredbama Zakona o sprečavanju nasilja u porodici iz 2017. godine.³⁴ Novina predviđena ovim zakonom ogleda se u tome što odgovornost nasilnika postoji pre nastupanja dejstava krivičnog postupka ili postupka zaštite od nasilja u porodici predviđenog Porodičnim zakonom, u skladu sa ciljem zakona da na opšti i jedinstveni način uredi organizaciju i postupanje državnih organa i ustanova, kroz uspostavljanje multiresektorske saradnje, te da omogući delotvorno sprečavanje nasilja u porodici i hitnu, blagovremenu i delotvornu zaštitu i podršku žrtvama nasilja u porodici.³⁵

Porodični zakon Republike Srbije je, u vreme usvajanja, nesumnjivo unapredio zakonski okvir u oblasti od nasilja u porodici, propisujući materijalno-pravne i procesnopravne odredbe o zaštiti od nasilja u porodici, u posebnom, devetom delu zakona.³⁶ Zabranjeno je nasilje u porodici i svako ima, u skladu sa zakonom, pravo na zaštitu od nasilja u porodici.³⁷ Nasilje u porodici zakonski je definisano kao svako ponašanje kojim jedan član porodice ugrožava telesni integritet, duševno zdravlje ili spokojstvo drugog člana porodice. Pored opšte definicije, ovom odredbom navedeni su, primera radi, postupci koji će se naročito smatrati nasilničkim: nanošenje ili pokušaj nanošenja telesne povrede, izazivanje straha pretnjom ubistva ili nanošenja telesne povrede, prisiljavanje na seksualni

(2) Ako je pri izvršenju dela iz stava 1. ovog člana korišćeno oružje, opasno oruđe ili drugo sredstvo podobno da telo teško povredi ili zdravlje teško naruši, učinilac će se kazniti zatvorom od šest meseci do pet godina.

(3) Ako je usled dela iz st. 1. i 2. ovog člana nastupila teška telesna povreda ili teško narušavanje zdravlja ili su učinjena prema maloletnom licu, učinilac će se kazniti zatvorom od dve do deset godina.

(4) Ako je usled dela iz st. 1. i 2. ovog člana nastupila smrt člana porodice, učinilac će se kazniti zatvorom od pet do petnaest godina, a ako je član porodice maloletno lice učinilac će se kazniti zatvorom najmanje deset godina.

(5) Ko prekrši mere zaštite od nasilja u porodici koje mu je sud odredio na osnovu zakona kojim se uređuju porodični odnosi, kazniće se zatvorom od tri meseca do tri godine i novčanom kaznom.

³³ Porodični zakon (u daljem tekstu PZ), *Službeni glasnik RS*, br. 18/05, 72/11 i 6/15.

³⁴ Zakon o sprečavanju nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.

³⁵ Ljubomir Stajić, „Odgovor države na nasilje u porodici“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, 2017, 668.

Državni organi čije je postupanje uređeno ovim zakonom su policija, javno tužilaštvo, sudovi opšte nadležnosti, prekršajni sudovi i centri za socijalni rad.

³⁶ Čl. 197–200. i čl. 283–289 PZ.

³⁷ Čl. 10. PZ; čl. 197, st. 1. i 2 PZ.

odnos, navođenje na seksualni odnos ili seksualni odnos sa licem koje nije navršilo 14. godinu života ili nemoćnim licem, ograničavanje slobode kretanja, vređanje, drsko i bezobzirno ponašanje.³⁸ Pojam člana porodice, u smislu zakona, a za potrebe ovog pravnog instituta, obuhvata široki krug lica: supružnike ili bivše supružnike; decu i roditelje; krvne, adoptivne i tazbinske srodnike; osobe koje vezuje hraniteljstvo, vanbračna zajednica ili život u istom porodičnom domaćinstvu, kao i sva ona lica koja su međusobno bila ili su još uvek u emotivnoj ili seksualnoj vezi odnosno koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu. *Ratio legis* zakonodavca za ovaj rešenje proizašlo je zbog potrebe zaštite svih lica koja su pretrpela nasilje u porodičnim odnosima kako bi imali ovlašćenje za pokretanje postupka po pravilima Porodičnog zakona.³⁹ Porodičnopravna zaštita je preventivnog karaktera i osmišljena je u cilju sprečavanja da se postupci nasilja nastave, kao i da se obezbedi sigurnost ugroženog člana porodice od nasilničkih postupaka koji mogu poprimiti teži oblik. Odredbom čl. 198 PZ predviđeno je da protiv člana porodice koji vrši nasilje sud može odrediti jednu ili više mera zaštite od nasilja u porodici koje su privremenog karaktera i imaju za cilj da zabrane ili da samo ograniče kontakt nasilnika sa žrtvom nasilja.⁴⁰ Zakonom predviđene mere zaštite opominju i upozoravaju počinioca na zakonske posledice u slučaju ponovljenog nasilja, a moraju biti efikasne i svrsishodne u sprečavanju nedozvoljenog ponašanja pojedinaca.⁴¹ Mere zaštite od nasilja u porodici izriču se u posebnom parničnom postupku, koji je uređen porodičnim zakonodavstvom.

³⁸ Čl. 197. st. 1. i 2 PZ.

Nasilnički postupci su daleko inventivniji i raznoliki, a obuhvataju šamaranje, prebijanje, različite vrste fraktura ekstremiteta, čupanje kose, nanošenje opekotina, psovanje, ponižavanje, omalovažavanje, izolacija, kontrolisanje kontakata sa prijateljima ili porodicom porekla, uskraćivanje slobode kretanja, raspolaganja novcem, sputavanje u učenju, radu ili profesionalnom napredovanju, učenjivanje i dr. Opširnije v. Marija Draškić, *Komentar Porodičnog zakona*, Službeni glasnik, Beograd 2016, 489.

³⁹ Gordana Kovaček-Stanić, Sandra Samardžić, „Novine koje donosi Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, 2014, 104.

⁴⁰ Čl. 198. st. 1. 2. i 3 PZ.

⁴¹ U tom smislu, autorke Kovaček-Stanić i Samardžić, podsećaju da mere zaštite koje su bile predviđene u Nacrtu Porodičnog zakona u skupštinskoj proceduri su izostavljene iz teksta zakona (mera obaveznog lečenja od alkoholizma i drugih bolesti zavisnosti, mera obaveznog savetovanja ili psihijatrijskog lečenja) sa obrazloženjem da sud u parničnom postupku, za razliku od krivičnog postupka, nema ovlašćenja za izricanje ovih mera koje bi u praksi bile od velikog značaja. G. Kovaček-Stanić, S. Samardžić, op. cit., 105.

Nacionalni zakonodavni okvir, pored Ustava RS, koji u osnovnim odredbama garantuje pravo na ravnopravnost žena i muškaraca i obavezuje državu da vodi politiku jednakih mogućnosti, zabranjuje neposrednu i posrednu diskriminaciju po bilo kom osnovu ili ličnom svojstvu uključujući i pol,⁴² upotpunjen je setom zakona koji neposredno regulišu pitanja u oblasti nasilja prema ženama i nasilja u porodici (Zakon o potvrđivanju Konvencije SE o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici i Zakon o sprečavanju nasilja u porodici), zakonima na koje upućuje Zakon o sprečavanju nasilja u porodici: Krivični zakonik, Zakonik o krivičnom postupku, Zakon o parničnom postupku, Porodični zakon i Zakon o policiji,⁴³ zakonima iz oblasti pravde⁴⁴ i zakonima relevantnim za prevenciju nasilja prema ženama i nasilja u porodici.⁴⁵

Borba protiv nasilja prema ženama i nasilja u porodici je prioritetni strateški cilj politike Republike Srbije uspostavljen 2011. godine usvajanjem Nacionalne strategije za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici (2011–2015)⁴⁶ kojom su utvrđeni pravci delovanja u suzbijanju nasilja prema ženama. U međuvremenu, od prestanka njenog važenja pa sve do usvajanja Strategije za sprečavanje i borbu protiv rodno zasnovanog nasilja prema ženama i nasilja u porodici za period 2021–2025. godine⁴⁷, doneti su planski dokumenti šireg obima od rodno zasnovanog nasilja prema ženama koji su se pokazali kao nedovoljni u sprečavanju negativne pojave nasilja prema ženama u porodici, naročito tokom pandemije kovida 19.⁴⁸

⁴² Čl. 15. i čl. 21. st. 3 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

⁴³ Čl. 5 Zakona o sprečavanju nasilja u porodici.

⁴⁴ Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018; Zakon o advokaturi, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011 i 24/2012; Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013... i 24/2018; Zakon o javnom tužilaštvu, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008... i 63/2016; Zakon o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011 i 101/2013; Zakon o Zaštitniku građana, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005 i 54/2007 i dr.

⁴⁵ U ovoj oblasti od posebnog značaja su Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/2009 i Zakon o ravnopravnosti polova, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009.

⁴⁶ Nacionalna strategija za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici (2011–2015), *Službeni glasnik RS*, br. 127/2011.

⁴⁷ Strategija za sprečavanje i borbu protiv rodno zasnovanog nasilja prema ženama i nasilja u porodici za period 2021–2025. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 47/2021.

⁴⁸ Vlada Republike Srbije je polovinom marta meseca 2020. godine proglasila vanredno stanje i usvojila posebne mere izolacije. Ograničenje kretanja, povećan nivo stresa, usmerenost nadležnih institucija na borbu protiv pandemije omogućilo je da se nasilje u porodici nesmetano poveća. Žrtve nasilja u porodici bile su primorane da ostanu u kući sa nasilnikom, izolovane od drugih ljudi što je nasilnicima olakšalo kontrolu žrtve bez mogućnosti da žrtva napusti nasilnika. Uz to, faktori

Nesumnjivu posvećenost borbi protiv rodno zasnovanog nasilja prema ženama i nasilja u porodici Republika Srbija je iskazala ratifikacijom Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja u porodici, što je potvrđeno kroz usvajanje i revidiranje mnogobrojnih zakona i niza zakonodavnih intervencija i u drugim oblastima, međutim, nasilje prema ženama i nasilje u porodici su i dalje široko rasprostranjeni u privatnoj sferi života. Prilikom kreiranja mera za borbu protiv nasilja prema ženama, kao rodno zasnovanom nasilju, prenebregava se činjenica da je pravo na život bez nasilja u privatnom i javnom životu povezano sa obavezom države da obezbedi ravnopravnost žena i muškaraca u uživanju svih ljudskih prava.

ZAVRŠNE NAPOMENE

Na planu suzbijanja i sprečavanja nasilja prema ženama ostvareni su značajni rezultati u nacionalnoj legislativi. Ipak, medijska izveštavanja o nasilju prema ženama ne jenjavaju, što upućuje na zaključak da društveni, pravni i institucionalni odgovor na nasilje prema ženama i nasilje u porodici nije na zadovoljavajućem nivou. Stoga su u Strategiji za sprečavanje i borbu protiv rodno zasnovanog nasilja prema ženama i nasilja u porodici (2021–2025) kao ključni izazovi prepoznati: ukorenjeni rodni stereotipi i predrasude koji održavaju okruženje u kojem se nasilje prema ženama toleriše i opravdava; neprijavljivanje nasilja prema ženama zbog straha od stigmatizacije, sramote, nedostatka podrške i razumevanja sredine, ekonomske zavisnosti i straha od učinioca, ali i zbog nepoverenja u efikasnost delovanja institucija sistema.⁴⁹ Pravni okvir za sprečavanje i zaštitu od rodno zasnovanog nasilja prema ženama nije u potpunosti usaglašen sa međunarodnim standardima, polazeći od toga da u našem pravu nedostaju definicije pojmova „nasilje prema ženama“

koji su doprineli lošijem položaju žrtve nasilja u porodici su smanjeni prihodi i povećani troškovi života. Za vreme pandemije kovida 19, osim uobičajenih oblika ispoljavanja nasilja, beleže se i novi obrasci nasilničkog ponašanja kojima se uspostavljala dodatna kontrola nad ženama: zadržavanje žena u izolaciji, ograničavanje kretanja i socijalnih kontakata, ekonomsko nasilje, pretnje zaražavanjem virusom ukoliko žena ne poštuje nametnuta pravila nasilnika, izbacivanje žene iz kuće neposredno pre ili tokom policijskog časa. U našoj zemlji za vreme vanrednog stanja nisu uvedeni alternativni načini podnošenja prijave i tužbi za zaštitu od nasilja u porodici kako bi žrtve bez rizika po svoju bezbednost mogle blagovremeno da zatraže pomoć putem aplikacija na društvenim mrežama. V. opširnije Marijana Pajvančić, Nevena Petrušić, Sanja Nikolin, Aleksandra Vladislavljević, Višnja Baćanović, *Rodna analiza odgovora na COVID-19 u Republici Srbiji*, Misija OEBS-a u Srbiji i Ženska platforma za razvoj Srbije 2014–2020, Beograd, 2020, 104–111.

⁴⁹ Obrazloženje Strategije za sprečavanje i borbu protiv rodno zasnovanog nasilja prema ženama i nasilja u porodici, Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja Republike Srbije, Beograd 2021, 16–17, <https://www.minrzs.gov.rs>, 29. 9. 2022.

i „rodno zasnovano nasilje prema ženama“ koje bi bile usklađene sa Istanbulskom konvencijom, a imajući u vidu da zakonske definicije nasilja nisu međusobno usaglašene i da krug lica kojima se pruža zaštita od nasilja u porodici nije isti, kao i da su definicije rodno neutralne, jasno je da postoji nerazumevanje da su pojedini oblici nasilja rodno zasnovani i da nesrazmerno pogađaju žene. Osim toga, sprovođenje postojećih politika i mera u okviru sveobuhvatnog odgovora nadležnih institucija u ovoj oblasti nije delotvorno, budući da nedostaju podzakonski akti i mehanizmi za efikasno sprovođenje zakona, te da institucionalni postupci i procedure ne pružaju zadovoljavajući nivo bezbednosti žena i njihove dece shodno životnoj situaciji u kojoj se nalaze. Takođe, od strane relevantnih državnih organa i institucija i ženskih nevladinih organizacija koje se bave suzbijanjem nasilja prema ženama i zaštitom žrtava, nije uspostavljen jedinstven i standardizovan sistem prikupljanja i evidentiranja podataka o svim oblicima nasilja prema ženama i nasilja u porodici, uključujući i rodno zasnovano ubistvo žena.⁵⁰ Na kraju, uzimajući u obzir vreme donošenja i usvajanja Strategije, posebno ohrabruje zapažanje da u periodu krize tokom pandemije kovida 19, nije u potrebnoj meri prepoznata rodna dimenzija krize, čime je ograničena prevencija eskalacije nasilja i delotvornost rada na bezbedonosnim rizicima po žene, zbog čega je potrebno uložiti dodatne napore za unapređenje sistema zaštite i podrške koji će moći adekvatno da odgovore na potrebe žena koje su izložene nasilju i nasilju u porodici.

Prof. Dr. OLGA JOVIĆ-PRLAINOVIĆ
Full professor, Faculty of Law
University of Priština headed in Kosovska Mitrovica

DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN

Summary

Violence against women is a reflection of unequal social power relations between men and women and is a global challenge conditioned by structural and cultural factors that shape gender relations in a society. Family and partner relationships are based on appropriate gender roles. Gender-based violence has two dominant forms: domestic violence and sexual violence. They represent serious discrimination against women and most widespread form of violation of human rights and freedom of women. Gender equality, i.e. non-discrimination on the basis of gender and sex is a human right contained in numerous documents adopted by the United Nations, Council of Europe and

⁵⁰ Obrazloženje Strategije za sprečavanje i borbu protiv rodno zasnovanog nasilja prema ženama i nasilja u porodici, Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja Republike Srbije, Beograd 2021, 18–19.

the European Union. In this research author focus is based on international conventions and other relevant documents that define the standards and policy direction of the national institutional framework for preventing violence against women in the family. Analyzing the existing complex system of protection measures prescribed by various laws, the author examines violence against women in the family from the perspective of efforts to harmonize national law with international standards. The Republic of Serbia expressed its commitment to the fight against gender-based violence by ratifying the Council of Europe Convention on preventing and combating domestic violence, which was confirmed through the adoption and amendment of numerous laws and a series of legislative interventions in other areas as well, however, violence against women and domestic violence are still widespread in the private life. When creating measures to combat violence against women as gender-based violence, the fact that the right to live without violence in the private and public life implies state's obligation to ensure the equality of women and men in the enjoyment of all human rights.

Key words: women human rights, gender discrimination, international standards, family violence, COVID-19, national policy

Literatura

- Bogavac Lj., „Rodno zasnovano nasilje i opresija“, *Priručnik za prevenciju rodno zasnovanog nasilja*, Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja, UNICEF, Beograd 2015.
- Dražić M., *Komentar Porodičnog zakona*, Službeni glasnik, Beograd, 2016.
- Ignjatović T., *Nasilje prema ženama u intimnom partnerskom odnosu: Model koordiniranog odgovora zajednice*, Rekonstrukcija Ženski fond, Beograd, 2011.
- Kosanović M., Gajin S., Milenković D., *Zabrana diskriminacije u Srbiji i ranjive društvene grupe*, Program Ujedinjenih nacija za razvoj, Kancelarija u Srbiji, Beograd, 2010.
- Kovaček-Stanić G., Samardžić S., „Novine koje donosi Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, 2014.
- McQuigg Ronagh J. A., „Domestic Violence as a Human Rights Issue: *Rumor v. Italy*“, *The European Journal of International Law*, Vol. 26, No. 4, 2015.
- Nikolić-Ristanović V., Dokmanović M., „Međunarodni standardi i nasilje u porodici“, *Temida – Žrtve i pravni sistem*, br. 2, Viktimološko društvo Srbije, Beograd, 2005.
- Obrazloženje Strategije za sprečavanje i borbu protiv rodno zasnovanog nasilja prema ženama i nasilja u porodici*, Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja Republike Srbije, Beograd 2021, <https://www.minrzs.gov.rs>.
- Pajvančić M., Petrušić N., Nikolin S., Vladisavljević A., Bačanović V., *Rodna analiza odgovora na COVID-19 u Republici Srbiji*, Misija OEBS-a u Srbiji i Ženska platforma za razvoj Srbije 2014–2020, Beograd, 2020.
- Stajić Lj., „Odgovor države na nasilje u porodici“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, 2017.
- Šurlan T., „Rad Komiteta za eliminaciju svih oblika diskriminacije žena – nadzorna ili kvazisudska funkcija“, *NBP Žurnal za kriminalistiku i pravo*, god. 19, br. 2, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2014.

- Tejić M., *Pravna regulativa o nasilju u porodici u Srbiji i međunarodni standardi*, Projekat „Podrška ženskim ljudskim pravima na Zapadnom Balkanu“, Fakultet političkih nauka, Beograd, 2007.
- Todorov D., „Direktive EU u oblasti ravnopravnosti polova“, *Evropska unija i rodna ravnopravnost* (ur. Zorana Šijački), Pokrajinski zavod za ravnopravnost polova, Novi Sad, 2008.
- Tubić B., „Nasilje u porodici u praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, 2018.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DELIMIČNO LIŠENJE RODITELJSKOG PRAVA U SUDSKOJ PRAKSI U REPUBLICI SRBIJI

Pretpostavka je da će svaki roditelj vršiti roditeljsko pravo na najbolji mogući način, brižno, pažljivo, uz pružanje potrebne ljubavi i podrške svom detetu. Država, najpre posredstvom socijalnih službi, vrši kontrolu i korekciju roditelja koji ne vrše roditeljsko pravo na adekvatan način, a potom, ako se taj oblik kontrole pokaže kao nedovoljan, pokreće sudske postupke kojima u većoj ili manjoj meri oduzima roditeljima prava koja su im data da ih vrše. Analizirane su sudske presude koje se odnose na delimično lišenje ovih prava roditelja: promena prebivališta deteta (gde postoji saglasnost roditelja koji se delimično lišava roditeljskog prava sa lišenjem, zatim objektivna nemogućnost vršenja roditeljskog prava, odbijanje davanja saglasnosti roditelja za put deteta u inostranstvo bez navođenja razloga, nepostojanje nesavesnosti na strani roditelja koji odbija da dâ saglasnost), čuvanje, podizanje i vaspitanje deteta, lišenje svih prava osim prava na održavanje ličnih odnosa, bitna pitanja koja utiču na život deteta. Prihvatajući činjenicu da je nesavesnost jedan širok pravni standard, neophodno je da sudovi u svakom slučaju kada utvrđuju nesavesnost roditelja, ali isto tako i kada ne utvrđuju nesavesnost, navedu što je moguće preciznije i detaljnije u čemu se sastoji nesavesnost roditelja. Postojanje nesavesnosti u vršenju dužnosti iz sadržine roditeljskog prava, koja može dovesti do delimičnog lišenja roditeljskog prava, treba ceniti spram najboljeg interesa deteta.

Ključne reči: dete, roditelji, roditeljsko pravo, nesavesnost, delimično lišenje roditeljskog prava

Dr Uroš Novaković, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: uros.novakovic@ius.bg.ac.rs. Rad je rezultat istraživanja na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“, za 2022. godinu, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

U V O D

Prirodna (biološka) porodica je najprirodnije okruženje za odrastanje deteta. Pretpostavka je da će svaki roditelj vršiti roditeljsko pravo na najbolji mogući način, brižno, pažljivo, uz pružanje potrebne ljubavi i podrške svom detetu. Ipak, nažalost, postoje slučajevi kada roditelj ne vrši svoje pravo radi ostvarivanja dobrobiti i blagostanja deteta. Roditeljsko pravo više nije isključiva i privatna stvar pojedinaca koji ga vrše. U savremeno doba, primetno je da se država sve više uključuje u procenu na koji način roditelji vrše svoje roditeljsko pravo. Država, najpre posredstvom socijalnih službi, vrši kontrolu i korekciju roditelja koji ne vrše roditeljsko pravo na adekvatan način, a potom, ako se taj oblik kontrole pokaže kao nedovoljan, pokreće sudske postupke kojima, u većoj ili manjoj meri, oduzima roditeljima prava koja su im prethodno data da ih vrše radi dobrobiti deteta.

Lišenje roditeljskog prava je najteža sankcija koja može pogoditi roditelja. Za razliku od potpunog lišenja roditeljskog prava, delimično lišenje roditeljskog prava ukazuje na to da je reč o manje štetnom vršenju roditeljskog prava u odnosu na radnje koje dovode do potpunog lišenja.

U našem, srpskom pravu, zakonska formulacija delimičnog lišenja roditeljskog prava veoma je oskudna i govori da će roditelj biti delimično lišen roditeljskog prava ako ga nesavesno vrši. Nesavesnost je pravni standard, ali za razliku od potpunog lišenja roditeljskog prava koje ima svoja dva oblika, takođe pravnih standarda – zloupotreba roditeljskog prava ili grubo zanemarivanje roditeljskih dužnosti, ovaj pravni standard nesavesnosti nije upotpunjen *exempli causa* zakonskim opisima radnji koje se mogu okarakterisati kao nesavesno vršenje roditeljskog prava. Time što se u Porodičnom zakonu navodi da roditelj zloupotrebljava roditeljsko pravo ako fizički, seksualno i emotivno zlostavlja dete, navodi dete na vršenje krivičnih dela, odavanje rđavim sklonostima i drugim radnjama zloupotrebljava roditeljsko pravo, na izvestan način praktičarima, pre svega sudijama, olakšava zadatak da dato ponašanje roditelja podvedu pod zakonsku normu i njene primere.

Za razliku od potpunog lišenja roditeljskog prava, kada se roditelj lišava svih prava iz sadržine roditeljskog prava, kod delimičnog lišenja roditelj se lišava jednog ili više prava iz sadržine roditeljskog prava, ali ne svih. Nešto tačnije, neka ili neko od prava iz sadržine roditeljskog prava ostaju roditelju, koji u tom smanjenom obimu nastavlja da ih vrši. U suprotnom, lišenje svih prava roditelja ukazuje na to da je u pitanju potpuno lišenje roditeljskog prava.¹ Namera nam je da u radu utvrdimo

¹ O potrebi jasnog razgraničenja i obrazloženja kojih se sve prava lišava roditelj kada je u pitanju potpuno, odnosno delimično lišenje roditeljskog prava, ukazuje rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Gž2 461/2019 od 11.9.2019. godine: "...Od strane prvostepenog suda učinjena je bitna

koje su to radnje na osnovu kojih sudovi u Republici Srbiji u sudskim odlukama smatraju da roditelj nesavesno vrši roditeljsko pravo, kao i da analiziramo i utvrdimo da li se u sudskim odlukama roditelj pretežno lišava jednog ili više prava iz sadržine roditeljskog prava, i kojih. Ovu klasifikaciju smatramo posebno značajnom jer je nesavesnost veoma širok pravni standard, nedovoljno određen, znatno širi od zloupotrebe roditeljskog prava i grubog zanemarivanja roditeljskih dužnosti.

Takođe, za razliku od potpunog lišenja roditeljskog prava, gde se daju posebni primeri za aktivno i pasivno ponašanje roditelja, delimično lišenje podrazumeva i(li) pasivne i(li) aktivne radnje kojima se ugrožava dobrobit deteta.

PROMENA PREBIVALIŠTA DETETA, PUTOVANJE U INOSTRANSTVO, DOBIJANJE PUTNIH ISPRAVA

Saglasnost roditelja koji se delimično lišava roditeljskog prava sa lišenjem

U ovim presudama, u kojima se roditelj delimično lišava roditeljskog prava da daje saglasnost za promenu prebivališta deteta, sud ne daje nikakvu konkretizaciju nesavesnog vršenja roditeljskog prava. U pitanju su svesne aktivne radnje roditelja kojima uskraćuje zahtevanu saglasnost, ili pak pasivne radnje gde on propušta da deluje u interesu deteta. U svakom od analiziranih slučajeva roditelj pristaje na tužbeni zahtev i ne protivi mu se.

povreda odredaba parničnog postupka iz čl. 374. st. 2. tač. 12 ZPP-a, s obzirom na to da je izreka presude nerazumljiva i protivreči sama sebi i razlozima presude, a razlozi navedeni u obrazloženju pobijane presude su nejasni i protivrečni, zbog čega pobijana presuda ima nedostataka zbog kojih se ne može ispitati, na šta se tuženi u žalbi osnovano poziva. Naime, Prvostepeni sud je pobijanom presudom stavom prvim izreke potpuno lišio roditeljskog prava tuženog i to prava i dužnosti čuvanja, podizanja, vaspitanja i zastupanja maloletnog deteta... U konkretnom slučaju, prvostepeni sud je pobijanom presudom naveo da u potpunosti lišava roditeljskog prava tuženog u odnosu na maloletnu ćerku, i to navodeći da ga lišava prava i dužnosti čuvanja, podizanja, vaspitanja i zastupanja maloletne ćerke. Kako saglasno odredbi člana 68 stav 2 Porođičnog zakona staranje o detetu obuhvata čuvanje, podizanje, vaspitanje, obrazovanje, zastupanje, izdržavanje, te upravljanje i raspolaganje imovinom deteta, nejasno je i iz izreke, kao ni i iz obrazloženja pobijane presude i ne vidi se da li je prvostepeni sud tuženog potpuno lišio roditeljskog prava ili delimično, u odnosu na prava navedena u stavu prvom izreke. Zbog toga će prvostepeni sud u ponovnom postupku da otkloni napred navedenu bitnu povredu odredaba parničnog postupka, s tim što će osim datuma rođenja maloletne ćerke u izreci presude označiti i imena roditelja i mesto rođenja, a potom će ceneći sve dokaze u smislu odredbe člana 8 ZPP-a odlučiti da li su ispunjeni uslovi iz člana 81 PZ za potpuno lišenje roditeljskog prava ili izvedeni dokazi ukazuju na to da se najbolji interes deteta, maloletne ćerke, može ostvariti i delimičnim lišenjem roditeljskog prava, odnosno pojedinih prava iz člana 68 stav 2 Porođičnog zakona.“

Otac je delimično lišen roditeljskog prava u pogledu davanja saglasnosti za dobijanje putne isprave, saglasnosti za odlazak u inostranstvo i promenu prebivališta deteta. Sud se pozvao da je to u najboljem interesu deteta, bez detaljnog obrazloženja kako otac nesavesno vrši roditeljsko pravo, iz razloga što se tuženi otac saglasio s navodima tužbe. Oba roditelja su saslušana u toku postupka.²

Slično je sud odlučio u slučaju povodom putovanja i boravka deteta u inostranstvu, vađenja putne isprave i pribavljanja dokumentacije za izdavanje putne isprave. Sud nije dao obrazloženje kako to roditelj nesavesno vrši roditeljsko pravo jer su se stranke odrekle prava na pravni lek.³

Otac je delimično lišen roditeljskog prava u odnosu na dete u pogledu davanja saglasnosti za putovanje deteta u inostranstvo u turističke i druge svrhe, ali ne i za promenu prebivališta. Majka i otac su bili u vanbračnoj zajednici koja je prestala, a odlukom suda dete je povereno majci, koja samostalno vrši roditeljsko pravo. Dete dva puta nije putovalo u inostranstvo jer nije imalo saglasnost oca. Tuženi otac je samo povremeno održavao lične odnose s detetom, a saglasio se da bude delimično lišen roditeljskog prava samo u delu davanja saglasnosti za putovanje deteta u inostranstvo.⁴

Otac je delimično lišen roditeljskog prava u odnosu na dete u pogledu prava odlučivanja o mestu stanovanja, mestu boravka, izboru školovanja i odlasku deteta u inostranstvo. Brak stranaka je razveden, a dete je povereno majci na samostalno vršenje roditeljskog prava. Majka živi u Nemačkoj i ima nameru da se preseli sa detetom u tu državu. Otac 10 godina nije video dete i ne daje izdržavanje, niti je pokazao interesovanje za dete. Ovakvo činjenično stanje se ne može podvesti pod nesavesno vršenje roditeljskog prava, već pre pod grubo zanemarivanje roditeljskih dužnosti. Nejasno je zašto otac nije lišen i prava da održava lične odnose, te prava na zastupanje i upravljanje imovinom deteta. Navedeni period u kome nije vršio roditeljsko pravo pokazuje da je u pitanju trajno i ozbiljno zanemarivanje roditeljskih dužnosti. Otac je tokom postupka bio saglasan s tim da bude delimično lišen roditeljskog prava. S obzirom na navedeno činjenično stanje, oca je trebalo potpuno lišiti roditeljskog prava.⁵

Objektivna nemogućnost vršenja roditeljskog prava

U pitanju su objektivne okolnosti usled kojih roditelj koji se lišava roditeljskog prava ne može da vrši svoje pravo. Kako bi u pravnom prometu bilo olakšano

² Presuda Osnovnog suda u Smederevu P2 463/15 od 29. 7. 2015. godine.

³ Presuda Osnovnog suda u Smederevu P2 610/14 od 12. 3. 2015. godine.

⁴ Presuda Osnovnog suda u Pančevu P2 455/14 od 5. 3. 2015. godine.

⁵ Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu P2 89/11 od 24. 1. 2011. godine.

da se neka od bitnih pitanja za život deteta obavljaju, taj roditelj se lišava svojih roditeljskih prava. Nije reč o radnjama kojima se šteti ili se šteti interesima deteta, već o propuštanju da se zaštiti dete iz objektivnih razloga koji nemaju povezanost sa detetom. Pored navedenog primera služenja kazne zatvora, mogu doći u obzir i razlozi poput bolesti roditelja, odlaska roditelja na rad u udaljenu državu i sl.

Otac je delimično lišen roditeljskog prava u odnosu na jedno dete povodom prava da odlučuje o davanju saglasnosti za regulisanje ličnih dokumenata, za prijavu i promenu prebivališta, kao i za izlazak deteta iz zemlje. Dete je rođeno u vanbračnoj zajednici, a otac se nalazi na izdržavanju kazne zatvora od 30 godina. Sud je naveo da usled odsustva oca, majka faktički vrši roditeljsko pravo, a da je otac objektivno sprečen da vrši roditeljsko pravo. Otac se nije protivio lišenju roditeljskog prava. Sud je našao da činjenica da se otac nalazi na odsluženju dugogodišnje kazne zatvora ima isti efekat kao nesavesno vršenje roditeljskog prava, jer predstavlja prepreku za realizaciju najboljeg interesa deteta u domenu pitanja izdavanja ličnih dokumenata, prijave i promene prebivališta, što zbog vremena potrebnog za dobijanje saglasnosti tuženog u takvim okolnostima, što zbog novčanih sredstva koja treba da se izdvoje u takvim okolnostima. Nejasno je zašto sud nije, ako je već našao da je dugogodišnje služenje kazne zatvora okarakterisano kao nesavesno vršenje roditeljskog prava, uz dato obrazloženje za lišenje, nije oca delimično lišio i ostalih prava koja spadaju u bitna pitanja koja utiču na život deteta. Ovako, ostaje mogućnost da i u drugim slučajevima u kojima je potrebna saglasnost oca, ona bude zahtevana i da se jave teškoće pri njenom dobijanju, koje je i sam sud naveo. S druge strane, sud je odbio da oca liši prava na čuvanje, podizanje i vaspitavanje deteta. Ostaje, takođe, nejasno, kako će otac podizati, čuvati i vaspitavati dete, kao i obrazovati, zastupati i upravljati imovinom deteta. Omogućavanje da otac održava lične odnose sa detetom, sasvim je opravdano, imajući u vidu da je utvrđeno da dete posećuje oca jednom u dva meseca, što se faktički i dešavalo pre donošenja ove presude.⁶ Čuvanje, podizanje i vaspitavanje deteta jedan je segment vršenja roditeljskog prava koji podrazumeva neposredno i relativno često, gotovo svakodnevno vršenje, dok je održavanje ličnih odnosa sasvim drugi aspekt roditeljskog prava, i može podrazumevati prostornu i vremensku odvojenost deteta i roditelja.

Otac nema kontakt sa detetom, nepoznato mu je prebivalište već godinu dana, krivično je osuđivan i u bekstvu je godinu dana. Usvojen je zahtev za lišenje, a razlog lišenja roditeljskog prava je vađenje putne isprave i promena prebivališta.⁷

⁶ Presuda Drugog osnovnog suda u Beogradu P2 1893/19 od 18. 5. 2020. godine.

⁷ Presuda Osnovnog suda u Nišu P2 10/12 od 29.06.2012. godine.

*Odbijanje davanja saglasnosti roditelja za put deteta u inostranstvo
bez navođenja razloga*

Ovo su slučajevi u kojima se roditelj protiv koga je pokrenut postupak za delimično lišenje, protiv lišenju, prethodno je ili davao pa ukraćivao saglasnost za putovanje deteta, ili je inicijalno odbijao da dà saglasnost. Ono što je odlučujuće za sud, jeste da taj roditelj uskraćuje saglasnost bez navođenja razloga. Nije reč čak ni o protivljenju, odnosno uskraćivanju saglasnosti iz određenog razloga, već o takoreći prostom bezrazložnom uskraćivanju, koje je evidentno protivno interesu deteta. Pretpostavljamo da je reč o lošim odnosima između supružnika koji se prenose na ovo pitanje vezano za dete, te roditelj uskraćuje saglasnost samo da bi naštetio drugom roditelju. U svakom od navedenih slučajeva, kada sud utvrdi bezrazložno uskraćivanje saglasnosti, treba tog roditelja delimično lišiti roditeljskog prava.

Otac je delimično lišen roditeljskog prava u pogledu davanja saglasnosti za izdavanje putne isprave, lične karte, davanja saglasnosti za putovanje van granica Republike Srbije, davanja saglasnosti za upis u knjigu državljana Republike Srbije. Dete, kao član odbojkaške ekipe, nije moglo dve godine da ide na pripreme, kao ni da uči ruski jezik u Rusiji, usled nedostatka saglasnosti oca koji je bio u vanbračnoj zajednici sa majkom deteta koja je prekinuta. Otac je samo povremeno viđao dete i neredovno davao sredstva za izdržavanje.⁸

Otac je lišen roditeljskog prava u odnosu na zajedničko dete u delu prava da odlučuje o putovanju deteta u inostranstvo. Brak roditelja je razveden, a dete je povereno majci na samostalno vršenje roditeljskog prava. Otac živi u Švajcarskoj. Sud je usvojio privremenu meru majke da putuje sa detetom u Grčku na odmor. Otac nije ostvarivao kontakte sa detetom iako je imao pravo na to na osnovu sudske presude. Alimentaciju za dete je plaćao, iako se prethodno vodio, a i dalje se vodi, spor oko visine izdržavanja. Majka ima sestru u Austriji, a tetka deteta živi u Švedskoj. Majka je tražila saglasnost od oca da dete putuje sa njom, zvala ga i telefonom, ali se on nije odazivao. Ona je poslala i predlog za pisanu saglasnost oca koju on nije potpisao. Izjavila je pred sudom da traži saglasnost samo za putovanje u inostranstvo, a ne i za promenu prebivališta, ali je tokom postupka ostala pri tužbenom zahtevu za lišenje oca i u pogledu promene prebivališta deteta. Sud se pozvao na standard najboljeg interesa deteta iz Konvencije o pravima deteta i naveo: „[...] da se postojanje nesavesnosti u vršenju dužnosti iz sadržine roditeljskog prava, koja može dovesti do delimičnog lišenja roditeljskog prava, mora ceniti spram najboljeg interesa deteta, a što je jedan od komplementarnih principa koji proizilazi iz

⁸ Presuda Drugog osnovnog suda u Beogradu P2 664/17 od 04.07.2017. godine.

Konvencije o pravima deteta i predstavlja pravni standard koji je prioritetan kada se odlučuje o zaštiti prava i interesa deteta i ceni se prema okolnostima svakog slučaja, a nesaobraznost roditelja sa najboljim interesom deteta može imati za posledicu delimično lišenje roditeljskog prava...⁹ Jedno od pitanja koja bitno utiču na život deteta jeste i promena prebivališta, te odlučivanje o promeni prebivališta spada u korpus prava onog roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo, a kog može biti lišen ukoliko ga nesavesno vrši. Sve dok roditelj svoja prava vrši u punom kapacitetu i obimu, ima pravo da odlučuje o prebivalištu deteta na način da daje ili uskraćuje saglasnost za preseljenje deteta u inostranstvo. Sud je izveo zaključak da je u najboljem interesu 13-godišnjeg deteta da ide sa majkom na more, da sa folklorom ide na turneje, te da sa svojom generacijom u srednjoj školi putuje na ekskurzije, kao i da posećuje rođake u inostranstvu. Sud je naveo da odlazak deteta u tačno navedene svrhe u inostranstvo ne podrazumeva promenu prebivališta deteta i ograničio je lišenje samo za svrhe putovanja deteta. Dalje, ono što je od velikog značaja za našu analizu, jeste da je sud naveo da, iako se u čl. 29. st. 2 Zakona o putnim ispravama ne zahteva saglasnost drugog roditelja za putovanje deteta u inostranstvo kada je jednom roditelju dodeljeno samostalno vršenje roditeljskog prava: „[...] Međutim opštepoznata činjenica je da nadležni organi sugerišu da je poželjno posedovati pismenu saglasnost roditelja, pre svega, usled sve učestalijih kriminalnih pojava, poput trgovine decom, te se na taj način pojednostavljuje i skraćuje procedura kontrole prelaska državne granice. Ono što je još važnije, jeste činjenica da je u nekim zemljama tranzita ili destinacije, potrebna saglasnost oba roditelja. Konkretno, saglasnost ukoliko dete putuje bez oba roditelja (ekskurzija) traži se u Grčkoj i Italiji...“¹⁰ Sud je naveo da inertnost tuženog u komunikaciji, kako sa majkom, tako i sa detetom, posebno u pogledu davanja saglasnosti za putovanje u inostranstvo, bitno otežava normalan život maloletnog deteta, te da je neophodno omogućiti majci deteta, na koju je dete upućeno od rođenja, da samostalno odlučuje o tim bitnim segmentima roditeljskog prava.¹¹

Ovo je primer sudske odluke kojom bi svi sudovi u Republici Srbiji prilikom delimičnog lišenja roditeljskog prava trebalo da se rukovode. Sud je dao detaljno obrazloženje, pozvao se na standard najboljeg interesa deteta, dao konkretno značenje tog termina u datom činjeničnom okviru. Posebno je sud, primenjujući proširenu primenu istražnog načela, utvrdio da nema elemenata za delimično lišenje roditeljskog prava oca u delu promene prebivališta, imajući u vidu da je majka

⁹ Strana 5. presude Osnovnog suda u Smederevu P2 1120/13 od 11. 1. 2016. godine.

¹⁰ Strana 6. presude Osnovnog suda u Smederevu P2 1120/13 od 11. 1. 2016. godine.

¹¹ Presuda Osnovnog suda u Smederevu P2 1120/13 od 11. 1. 2016. godine.

izjavila da je cilj jedino putovanje deteta u inostranstvo u turističke i druge (kulturne, sportske, obrazovne) svrhe. Sud je tačno i precizno utvrdio i dao pojašnjenje pojma nesavesnosti pri vršenju roditeljskog prava – inertnost oca u komunikaciji sa detetom i majkom povodom davanja saglasnosti za putovanje u inostranstvo, te neopravdano uskraćivanje saglasnosti, bez postojanja razloga. Dodatno, sud popunjava pojam nesavesnosti – suprotnost najboljem interesu deteta što bi i trebalo da označi razliku između nesavesnog vršenja roditeljskog prava i zloupotrebe roditeljskog prava, te grubog zanemarivanja roditeljskih dužnosti, koji ukazuju na krupne, ozbiljne i trajne propuste u vršenju roditeljskog prava.

*Nepostojanje nesavesnosti na strani roditelja
koji odbija da dà saglasnost*

U navedenim slučajevima sud ceni ponašanje roditelja prema detetu, nameru da vrši roditeljsko pravo, posebno da održava lične odnose, motive usled kojih roditelj uskraćuje saglasnost, kao i odnos roditelja koji uskraćuje saglasnost s drugim roditeljem.

Otac prvostepenom presudom nije delimično lišen roditeljskog prava u delu prava da odlučuje o promeni prebivališta. Brak između roditelja je razveden, majci je dodeljeno vršenje roditeljskog prava, a otac je, prema presudi, imao pravo da održava lične odnose sa detetom. Majka je zasnovala radni odnos u Australiji i izrazila je nameru da dete ode da živi sa njom u toj državi. Otac je uskratio saglasnost za preseljenje deteta. Sud je naveo da otac nije nesavestan u vršenju roditeljskog prava, naprotiv, našao je da je on jako motivisan za viđanje svog deteta, nije ispoljavao roditeljsku neodgovornost prema detetu, poštuje želje i potrebe deteta, ne osporava ulogu drugog roditelja i ne ugrožava najbolji interes deteta.¹² Drugostepeni sud kod potvrđivanja prvostepene presude, navodi da je savesnost roditelja pri vršenju roditeljskog prava moralna kategorija koja nigde nije eksplicitno formulisana, a da bi utvrdio adekvatnost ponašanja roditelja u odnosu na dete u vršenju roditeljske dužnosti i prava, sud je dužan da u svakom konkretnom slučaju ispita ponašanje roditelja u skladu sa zakonskim pravima deteta, njegovim mogućnostima i dužnostima roditelja. Protivljenje oca preseljenju deteta na drugi kontinent ne predstavlja nesavesno vršenje roditeljskog prava, već opravdanu zabrinutost oca za život deteta u udaljenoj državi na drugom kontinentu u situaciji kada je interes deteta da u tom uzrastu ima svoje korene i psihološke oslonce.¹³

¹² Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu P2 1237/17 od 13. 3. 2019. godine.

¹³ Presuda Apelacionog suda u Beogradu GŽ 355/19 od 28. 6. 2019. godine.

Otac nije delimično lišen roditeljskog prava u domenu davanja saglasnosti za vađenje putnih isprava i dobijanje dvojnog državljanstva svoje dvoje dece. Majka je nakon razvoda braka samostalno vršila roditeljsko pravo, a otac je dobio pravo da održava lične odnose sa dvoje dece. Sud je utvrdio da otac ne vrši nesavesno roditeljsko pravo, jer kod njega nema psihopatologije u pogledu pitanja pribavljanja putnih isprava i dobijanja drugog državljanstva za decu.¹⁴ Drugostepeni sud je odbio žalbu, navodeći da majka ima negativan stav prema ocu, što prenosi i na decu, da se lični odnosi između dece i oca neredovno odvijaju, da mlađa ćerka ne govori srpski jezik, a da starija ne želi da odlazi kod oca i ostaje tamo prema utvrđenom modelu viđanja. Prema stavu suda, sve to stvara opravdano nepoverenje kod oca po pitanju sticanja dvojnog državljanstva dece i eventualne mogućnosti da deca budu odvedena u Mađarsku.¹⁵

ČUVANJE, PODIZANJE I VASPITAVANJE DETETA

U najvećem broju posmatranih sudskih odluka ovo se navodi kao pravo, tj. grupa prava, kojih se roditelj najčešće lišava. Lišenje prava na čuvanje, podizanje i vaspitavanje deteta znači da se roditelj lišava neposredne brige o detetu, dok ostaje pravo roditelja da održava lične odnose sa detetom. U pitanju su razlozi koji navode da su roditelji vršili roditeljsko pravo, tj. posedovali su prava iz sadržine roditeljskog prava, ali da način vršenja nije bio adekvatan, bilo u pogledu aktivnog ponašanja koje ugrožava dobrobit deteta, bilo u slučaju nepostojanja nadzora deteta, zatim njegovog zanemarivanja, u vaspitnom, zdravstvenom, obrazovnom ili higijenskom segmentu. Obaveza je roditelja da podmiruju sve zdravstvene, fiziološke, higijenske, socijalne i emotivne potrebe deteta, a posebno da se staraju o životu i zdravlju deteta. Navedena obaveza obuhvata negovanje deteta, obezbeđivanje pravilne ishrane i odgovarajućeg smeštaja, lečenje u slučaju bolesti i obezbeđivanje lekova – stvaranje uslova za minimalan i optimalan fizički i psihički razvoj deteta.¹⁶

Bitna činjenica u vezi s lišenjem ovih prava jeste da je takav oblik nečinjenja roditelja doveo do ozbiljnog ugrožavanja dobrobiti deteta, bilo od strane trećih osoba, bilo u objektivnom smislu da deca nemaju nadzor. Zaključujemo da su u pitanju radnje roditelja koje imaju najviše sličnosti sa grubim zanemarivanjem roditeljskih dužnosti, i to radnjama napuštanja deteta i propuštanja roditelja da se

¹⁴ Presuda Osnovnog suda u Vrbasu P2 208/14 od 9. 6. 2015. godine.

¹⁵ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž2 359/15 od 27. 8. 2015. godine.

¹⁶ Nadežda Ljubojev, „Oblici zanemarivanja deteta u porodici i njihove posledice“, *Pravni život*, br. 10, Tom III, Beograd, 2011, 79.

stvore uslovi da se deca koja se nalaze u socijalnim institucijama ili na hraniteljskom smeštaju vrate u porodično okruženje, pod roditeljsku zaštitu. Nesavesnost se može poistovetiti sa nemarom – nemarnim vršenjem roditeljskog prava, pod čime se podrazumeva propust roditelja da obezbedi fizičke potrebe za dete (medicinsku negu, životni prostor, adekvatnu ishranu i negu).¹⁷

Otac je delimično lišen roditeljskog prava u odnosu na dvoje dece, i to u pogledu prava na čuvanje, podizanje, vaspitavanje, obrazovanje i zastupanje dece. Takođe, i majka je delimično lišena roditeljskog prava u odnosu na dvoje dece, i to u pogledu prava na čuvanje, podizanje, vaspitavanje, obrazovanje i zastupanje dece, ali i upravljanje i raspolaganje imovinom dece. Roditeljima je omogućeno održavanje ličnih odnosa sa decom u socijalnoj ustanovi svake druge nedelje u trajanju od 10 h do 17 h, u naredna tri meseca od lišenja, uz mogućnost da se održavanje ličnih odnosa proširi ako se pokaže da je kontakt adekvatan i da deca prihvataju kontakt.¹⁸ Majka je prihvatila da ona bude delimično lišena roditeljskog prava, jer usled zdravstvenih smetnji i nedostatka sredstava nije u stanju da se brine u deci. S druge strane, nije bila saglasna da se otac liši roditeljskog prava. Otac, takođe, nije bio saglasan da bude lišen roditeljskog prava. Sud nije naveo da roditelji nesavesno vrše roditeljsko pravo, već da grubo zanemaruju roditeljske dužnosti. Čerka je usled sumnje da je seksualno zlostavljana od strane dede smeštena u socijalnu instituciju. Majka je podnela krivičnu prijavu protiv dede. Sin je, takođe, smešten u socijalnu instituciju, ali iz razloga što je doveden od strane roditelja u centar za socijalni rad i predat na staranje radnicima. Deca su saslušana, a tokom boravka u socijalnoj ustanovi nisu izrazila želju da se viđaju sa roditeljima lično. Utvrđeno je da je čerka starosti devet godina ostavljena sama kod kuće, bez nadzora.¹⁹ Ovo je primer sudske odluke gde nečinjenje roditelja, tačnije propust da vrše nadzor nad detetom i procenu osobe kojoj poveravaju dete na čuvanje dovodi do lišenja roditeljskog prava.²⁰

Oba roditelja su delimično lišena roditeljskog prava. Otac je lišen u odnosu na četvoro zajedničke dece rođene u vanbračnoj zajednici u delu čuvanja i podizanja dece, a majka je lišena u pogledu dvoje dece u delu čuvanja i podizanja.

¹⁷ Mary Welstead, Susan Edwards, *Family Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 437.

¹⁸ S druge strane, moguće je i kada se pokaže da kontakti štetno deluju na dete, da oni budu ograničeni ili čak potpuno ukinuti. Za kontakt između deteta i roditelja u hrvatskom pravu v., Branka Rešetar, „Razvoj prava na susrete i druženje s djetetom u hrvatskom pravnom sustavu“, *Pravni život*, br. 10/2010, Tom II, Beograd, 2010, 214.

¹⁹ Presuda Opštinskog suda u Mladenovcu P2 526/09 od 30. 11. 2009. godine.

²⁰ V. Stanka Stjepanović, „Potpuno i djelimično lišenje roditeljskog prava“, *Pravni život*, br. 10, Tom II, Beograd, 2009, 975.

Zanimljivo je da u ovakvom činjeničnom stanju roditelji nisu lišeni i prava da vaspitavaju decu. Nakon prestanka zajednice života roditelja, dvoje dece povereno je majci, a dvoje dece ocu. Dvoje dece stavljeno je pod starateljstvo, a jedno dete, koje je živelo kod oca, smešteno je u hraniteljsku porodicu na sopstveni zahtev. Često se događalo da deca nemaju potrebnu hranu ili ništa da jedu,²¹ kao i da roditelji ne brinu o njima. Najstarije dete je odbilo da bude smešteno u hraniteljsku porodicu, a pritom je napustilo školovanje sa 16 godina. Majka je bila saglasna da se ona liši roditeljskog prava u pogledu svoje dece, dok se otac protivio zahtevu za lišenje u odnosu na svu decu. Između roditelja su postojale prijave za nasilje u porodici. Sud je tokom postupka saslušao troje dece. Utvrđeno je da su interesi i zdravlje dece ugroženi grubim zanemarivanjem od strane oca. U odnosu na majku, izjava da ne može da primi na čuvanje dvoje dece koja se nalaze kod oca, navela je sud na zaključak da zanemaruje svoje dužnosti u odnosu na to dvoje dece. Prema našem mišljenju, u ovom slučaju su ispunjeni uslovi za utvrđivanje grubog zanemarivanja roditeljskih dužnosti. Takođe, ostaje nejasno kako roditelji nisu lišeni prava zastupanja i upravljanja imovinom dece. Propust se ogleda i u tome što nije određeno da li će se i na koji način održavati lični odnosi između dece i roditelja. Imajući u vidu da roditelji nisu lišeni prava na održavanje ličnih odnosa sa decom, sud je trebalo da u presudi odredi model viđanja, u skladu s propustima roditelja, u kontrolisanim uslovima.²² Redak je primer u presudama da se roditelj delimično lišava roditeljskog prava, kao u ovoj presudi, i da se poziva na standarde prava deteta iz Konvencije o pravima deteta.

Majka je delimično lišena roditeljskog prava u pogledu čuvanja, podizanja i vaspitavanja deteta. Dete je usled loših životnih uslova nekoliko puta hospitalizovano i tada je detetu određen privremeni staratelj. Naknadno je dete smešteno u instituciju socijalne zaštite.²³ Majka je samo povremeno posećivala dete i vodila ga kod svojih roditelja, koji, takođe, nemaju adekvatne životne uslove. Nije se protivila zahtevu centra za socijalni rad da se delimično liši roditeljskog prava.²⁴

Majka je delimično lišena roditeljskog prava u odnosu na dete u pogledu čuvanja i podizanja. Dete je rođeno u braku roditelja, ali je nakon odlaska majke

²¹ Jan C. M. Willems, *Children's Rights and Human Development*, Antwerpen, 2010, 137, navodi kao primer fizičkog zanemarivanja dece nedovoljno hrane i oblačenje prljave ili pocepane odeće deci.

²² Presuda Osnovnog suda u Smederevu P2 783/14 od 17. 6. 2015. godine.

²³ Za uslove pod kojima se u Engleskoj dete iz porodičnog okruženja može odlukom organa javnih vlasti oduzeti od roditelja i smestiti u drugo okruženje v.: Jonathan Herring, *Family Law*, Harlow, 2007, 577.

²⁴ Presuda Trećeg opštinskog suda u Beogradu P2 4663/07 od 13. 12. 2007. godine.

i zasnivanja nove vanbračne zajednice, ostalo da živi sa ocem, koji je u međuvremenu preminuo.²⁵ Majka nije preuzela dete nakon toga, ono je smešteno u hraniteljsku porodicu i tom prilikom mu je određen kolizijski staratelj. Postupanjem centra

²⁵ Postoje suprotni stavovi drugostepenih sudova povodom toga da li i roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo može biti delimično lišen prava na čuvanje, podizanje i vaspitavanje deteta. Tako, Apelacioni sud u Novom Sadu, u presudi Gž2 118/2017 od 20. 3. 2017. godine, navodi da roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo odlukom suda može biti lišen prava da sa maloletnim detetom održava lične odnose, ili mu se na drugi način može ograničiti održavanje ličnih odnosa, što se odnosi na sva pitanja koja su potencijalno značajna za život deteta: „U konkretnoj situaciji, prvostepeni sud delimično lišava tuženog roditeljskog prava, jer roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo lišava prava i dužnosti kojih može biti lišen samo onaj roditelj koji samostalno vrši roditeljsko pravo. Naime, sud je pravilno u obrazloženju presude naveo da su mlt. tužioci u postupku razvoda braka, koji je prethodno vođen, povereni na samostalno vršenje roditeljskog prava majci, zakonskoj zastupnici, iz čega jasno proizlazi da je otac taj koji ne vrši roditeljsko pravo. Nadalje, član 82 Porodičnog zakona jasno i koncizno predviđa kojih prava i dužnosti može biti lišen roditelj koji vrši roditeljsko pravo, a kojih prava i dužnosti roditelj koji to pravo ne vrši. Tako se u stavu 4 navedenog člana predviđa da roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo može biti lišen prava na održavanje ličnih odnosa sa detetom i prava da odlučuje o pitanjima koja bitno utiču na život deteta. Suprotno jasno propisanim pravima kojih roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo može biti lišen, prvostepeni sud lišava tuženog roditeljskog prava u delu prava i dužnosti na čuvanje, podizanje, vaspitanje, obrazovanje i zastupanje mlt. tužilaca, kao i u delu prava na upravljanje i raspolaganje imovinom mlt. tužilaca, a koja prava se odnose na roditelja koji vrši roditeljsko pravo, u ovom slučaju majku maloletne dece. Postupajući na ovakav način, prvostepeni sud lišava tuženog prava i dužnosti koje isti nije ni imao, s obzirom na to da su mlt. deca poverena majci na samostalno vršenje roditeljskog prava. Imajući u vidu navedeno, prvostepeni sud je pogrešno primenio materijalno pravo, zbog čega je činjenično stanje u tom delu ostalo nepotpuno utvrđeno.“ Suprotno, i prema našem mišljenju, sasvim opravdano, odlučuje Apelacioni sud u Nišu Gž2 77/2022 od 3. 3. 2022. godine u rešenju, gde navodi: „[...] Prvostepeni sud zaključuje da su ispunjeni uslovi za lišenje roditeljskog prava tužene AA prema mal. BB, jer ona od 31. 12. 2019. godine ne vrši roditeljsko pravo nad detetom, odnosno nesavesno vrši dužnosti iz sadržine roditeljskog prava, s obzirom da nije stvorila uslove da preuzme neposrednu brigu o maloletnom detetu, niti preduzela inicijativu za stvaranje takvih uslova. Takođe, zaključuje da je neosnovan tužbeni zahtev da se tuženi SS liši roditeljskog prava, jer on prema presudi Osnovnog suda u Z..... P2 267/19 od 2. 12. 2019. godine nije roditelj koji vrši roditeljsko pravo, pa ne može ni biti lišen prava na čuvanje i podizanje deteta, bez obzira na njegove materijalne prilike i nesposobnost da se stara o maloletnom detetu i stvori uslove za to. Po oceni Apelacionog suda odluka prvostepenog suda u pogledu neosnovanosti zahteva da se tuženi SS delimično liši roditeljskog prava na čuvanje i podizanje deteta, za sada se ne može ispitati kao pravilna i zakonita, jer se osnovano žalbom tužioca, Centra za socijalni rad, ukazuje da usled nepotpunog činjeničnog stanja materijalno pravo nije pravilno primenjeno... Vršenje roditeljskog prava je skup prava i obaveza koje roditelj ima u odnosu na svoje dete. Tačno je da je sudskom odlukom mal. BB bila poverena majci na samostalno vršenje roditeljskog prava, ali tuženom, kao ocu, nisu time prestala određena prava i dužnosti iz sadržine roditeljskog prava, a to je da doprinosi izdržavanju deteta i ostvaruje lične kontakte sa njom. Roditelj vrši roditeljsko pravo nad detetom sve dok ono ne bude ograničeno sudskom odlukom, zbog čega se ne može prihvatiti zaključak prvostepenog suda, da u situaciji kada je dete povereno majci na vršenje roditeljskog prava, otac ne može biti lišen roditeljskog prava, jer to pravo ne vrši.“

za socijalni rad utvrđeno je da je majka alkoholičar i da grubo zanemaruje svoje obaveze prema detetu. Majka nije viđala dete u hraniteljskom smeštaju, a dete je izrazilo želju da viđa majku. Sud je odredio da majka jednom mesečno održava lične odnose sa detetom u prostorijama centra za socijalni rad, pozivanjem da je to u najboljem interesu deteta.²⁶

²⁶ Presuda Osnovnog suda u Požarevcu P2 59/09 od 20. 1. 2010. godine. Da nije uvek u najboljem interesu deteta da održava lične odnose sa roditeljem, kada se on delimično lišava roditeljskog prava, čak ni u kontrolisanim uslovima, pod nadzorom, svedoči presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev 1515/2021 od 3. 6. 2021. godine, gde se konstatuje da pri donošenju odluke kojom se bivši supružnik i roditelj zajedničke maloletne dece lišava roditeljskog prava u održavanju ličnih odnosa i kontakata sa decom, sud se rukovodi razlozima izricanja i produženja mera zaštite od nasilja u porodici, kao i izveštajima komisije veštaka i nadležnih centara za socijalni rad, a doneta odluka prilagođava se najboljem interesu dece i u drugim bitnim pitanjima njihove egzistencije, poput vršenja roditeljskog prava drugog roditelja i određivanja visine izdržavanja. Vrhovni kasacioni sud navodi: „[...] Prema nalazu Komisije veštaka Klinike X, tuženi pokazuje manjak kapaciteta ne samo za razgraničavanje roditeljske i partnerske uloge, već i nemogućnost prihvatanja autentičnosti želje supruge da prekine bračnu zajednicu, pa iako deklaratorno sagledava pozitivne aspekte na relaciji majka-deca, rukovodi se isključivo svojim viđenjem situacije i formiranim stavovima, kojima podređuje sveukupni značaj i kompleksnost roditeljstva. Komisija veštaka je zaključila da tuženi boluje od duševnog poremećaja iz grupe psihotičnih poremećaja, aktuelno procenjenih kao nediferencirano neorganska psihoza, te da je potrebno tuženog uputiti u psihijatrijsku ustanovu na lečenje. Komisija veštaka je zaključila da će po uspostavljanju remisije i procene lekara da je uspostavljena kontrola ponašanja biti moguće vršiti procenu budućeg modela kontakta oca i dece. Kako tuženi prema tužilji i pred decom ispoljava ponašanje koje je u skladu sa njegovim psihičkim stanjem i uverenjima i on često gubi kontrolu ponašanja, zbog čega je lečenje tuženog neophodno, to su u ovom trenutku kontakti dece sa ocem rizični za decu zbog njihove traumatizacije... Centar za socijalni rad u S. P. se izjasnio da nisu ispunjeni neophodni uslovi za ostvarivanje kontakta oca i mal. dece, po bilo kom modelu viđanja, čak ni u kontrolisanim uslovima zbog njegovog narušenog mentalnog zdravlja, a koje ga prema psihijatrijskoj proceni diskredituje u vršenju roditeljskog prava, tj. umanjuje njegovu sposobnost da odgovorno i u skladu sa najboljim interesom maloletne dece vrši roditeljsku ulogu u pogledu ostvarivanja kontakta sa maloletnom decom. Centri za socijalni rad u S. P. i S. M. saglasili su se da tuženog treba delimično lišiti roditeljskog prava, ali su oni predložili da to bude u pogledu odlučivanja o izdavanju putnih isprava za decu, davanja saglasnosti da deca mogu putovati u inostranstvo, u delu obrazovanja, preduzimanja većih medicinskih zahvata nad decom, promene prebivališta i raspolaganja imovinom dece veće vrednosti.

Prvostepeni sud je prihvatio deo predloga koji se odnosi na održavanje ličnih kontakata mal. dece sa ocem, dajući razloge koje je prihvatio i drugostepeni sud... Prema tome, kako su se u konkretnoj situaciji nižestepeni sudovi rukovodili najboljim interesom maloletne dece i odluku o delimičnom lišenju tuženog vršenja roditeljskog prava u pogledu održavanja ličnih odnosa sa maloletnom decom doneli na osnovu člana 82. Porodičnog zakona, tako što su cenili nalaz Komisije veštaka Klinike..., ponašanje tuženog i izveštaj Centra za socijalni rad, a odluku o doprinosu izdržavanja maloletne dece doneli na osnovu odredbi člana 160. i 162. stav 3. Porodičnog zakona, imajući u vidu potrebe maloletne dece i mogućnosti tuženog kao dužnika izdržavanja, uzimajući u obzir i mogućnosti tužilje kao majke, to su neosnovani navodi revizije o pogrešnoj primeni materijalnog prava.“

Majka i otac su delimično lišeni roditeljskog prava u odnosu na dete u pogledu neposredne brige i staranja, kao i bitnih pitanja koja utiču na život deteta. Dete je rođeno u vanbračnoj zajednici roditelja, a nakon njenog prestanka, nastavilo je da živi sa babom i dedom, dok su roditelji povremeno davali izdržavanje za dete. Presudom je određeno da roditelji zajednički vrše roditeljsko pravo. Sud je našao da su roditelji nesavesno vršili roditeljsko pravo na taj način što nisu doprinosili izdržavanju deteta, nisu se neposredno starali i brinuli o detetu i zanemarili su potrebu deteta za obrazovanjem i vaspitanjem.²⁷ Drugostepeni sud je ukinuo ovu presudu pozivanjem na to da se centar za socijalni rad pojavio i u ulozi tužioca i u ulozi organa koji daje stručno mišljenje. Takođe, istaknuto je i da je bilo neophodno da se pribavi mišljenje deteta.²⁸

DELIMITIČNO LIŠENJE RODITELJA SVIH PRAVA OSIM PRAVA DA ODRŽAVAJU LIČNE ODNOS

Ovaj oblik delimičnog lišenja roditeljskog prava implicira da su u pitanju ozbiljni propusti u vršenju roditeljskog prava, veoma, po činjeničnom opisu, bliski potpunom lišenju roditeljskog prava. Ozbiljni propusti u vršenju roditeljskog prava ogledaju se u objektivnoj nemogućnosti da roditelji vrše roditeljsko pravo usled čega je dete ostavljeno bez brige i nege – zapostavljeno (bolest, alkoholizam) ili iz subjektivnih razloga (ne stvaraju uslove za povratak deteta koje je izmešteno iz porodice, ne žele da se neposredno brinu o detetu, odlaze iz porodičnog doma i tako napuštaju dete). Zapostavljanje ili zanemarivanje deteta podrazumeva ne jedan postupak, već niz radnji u dužem periodu, koje dovode do negativnih posledica po dete.²⁹

Otac i majka koji žive u vanbračnoj zajednici delimično su lišeni roditeljskog prava nad svoje sedmero dece u pogledu čuvanja, podizanja, vaspitavanja, obrazovanja, raspolaganja i upravljanja imovinom i zastupanja dece. Roditeljima je dozvoljeno održavanje ličnih odnosa sa decom u socijalnoj ustanovi. Sva deca, osim jednog deteta, usled ugrožavanja bezbednosti, zdravlja i odsustva higijenskih uslova smeštena su u hraniteljske porodice. Dalje, deca nisu imala zdravstvene knjižice i nisu bila vakcinisana, a roditelji nisu imali lične karte. Utvrđeno je da su deca lutala bez nadzora po seoskoj sredini i po lokalnim putevima.³⁰ Nakon smeštaja

²⁷ Presuda Osnovnog suda u Šapcu P2 583/15 od 11. 1. 2016. godine.

²⁸ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž2 250/16 od 20. 4. 2016. godine.

²⁹ Tako i Olga Jović, „Javnopravni okviri zaštite deteta od zlostavljanja i zanemarivanja“, *Pravni život*, br. 10, Tom II, Beograd, 2009, 1067.

³⁰ Ova radnja se navodi kao jedan od primera fizičkog nemara roditelja prema detetu, Jan C. M. Willems, *Children's Rights and Human Development*, Intersentia, Antwerpen, 2010, 137.

u hraniteljske porodice, deca su se pravilno adaptirala i počela su da pokazuju napredak u razvoju, obrazovanju i higijenskim uslovima. Deca su privremeno, preko leta, vraćena u porodični smeštaj, ali ponovo nisu adekvatno kontrolisana i lečena, higijenski su bila zapuštena, nisu pošla u školu u septembru,³¹ a na inicijativu dede dece, ona su sakrivena pa hranitelji nisu mogli da ih preuzmu, prema ranijem dogovoru roditelja i centra za socijalni rad.³²

Otac i majka su lišeni prava na čuvanje, podizanje, vaspitanje, obrazovanje, zastupanje, upravljanje i raspolaganje imovinom u odnosu na njihovo zajedničko dete. Sud je našao kao nesavesnost u vršenju roditeljskog prava to da roditelji nisu podobni za roditeljstvo, da nemaju kapaciteta da se staraju o detetu, da su skloni manipulacijama, a da je majka napustila porodilište ostavljajući novorođeno dete, koje je zatim smešteno u hraniteljsku porodicu.³³ Drugostepeni sud ukida ovu presudu stoga što centar za socijalni rad, kao tužilac, nije u dovoljnoj meri utvrdio kapacitet roditelja, kao i da nije zatražio mišljenje druge kompetentne ustanove, osim nalaza Klinike za zaštitu mentalnog zdravlja.³⁴ Slažemo se sa ovakvim obrazloženjem drugostepenog suda, stoga što lišenje roditeljskog prava predstavlja ozbiljnu sankciju po roditelje i njihova prava prema deci, te je potrebno da sud pruži jasne i dobro obrazložene razloge za lišenje. Smernicu treba da predstavlja obrazloženje Osnovnog suda u Smederevu u presudi P2 1120/13 od 11. 1. 2016. godine.

Roditelji imaju dvoje dece i usled neadekvatnog vršenja roditeljskog prava deci je određen privremeni staratelj. Majka ima psihičkih problema i lečena je više puta od toga, ne poseduje vaspitne kapacitete za preuzimanje brige o deci, nema potrebne uslove za život, a otac je konstantni zavisnik od alkohola. Deca su, nakon što je određen privremeni staratelj, smeštena u hraniteljsku porodicu, a prethodno izrečena mera korektivnog nadzora nije imala efekta na ponašanje roditelja prema deci. Određeno je da majka ima pravo da viđa decu u kontrolisanim uslovima – u centru za socijalni rad.³⁵ Zahtev za potpunim lišenjem roditeljskog prava je odbijen.³⁶

³¹ Navedeno ponašanje kada se propusti da dete pođe ili ide u školu navodi se kao jedan od primera kada roditelj zanemarivanjem ugrožava ličnost deteta, tzv. edukativno zanemarivanje, Nađežda Ljubojev, „Oblici zanemarivanja deteta u porodici i njihove posledice“, *Pravni život*, br. 10, Tom I, Beograd, 2011, 85.

³² Presuda Opštinskog suda u Ubu P2 30/09 od 10. 9. 2009. godine.

³³ Presuda Osnovnog suda u Aleksincu P2 9/15 od 29. 6. 2016. godine.

³⁴ Presuda Apelacionog suda u Nišu Gž2 465/16 od 1. 11. 2016. godine.

³⁵ O tome da kontakt uz nadzor predviđa i Konvencija Saveta Evrope o kontaktima koji se odnose na decu iz 2003. godine, Olga Cvejić-Jančić, „Zaštita roditeljskog prava i prava deteta“, *Pravni život*, br. 10, Tom II, Beograd, 2009, 854.

³⁶ Presuda Osnovnog suda u Loznici P2 40/16 od 7. 2. 2017. godine.

Drugostepeni sud nalazi da se u ponašanju majke stiču uslovi za delimično lišenje roditeljskog prava, time što je ona nesavesno vršila roditeljsko pravo na taj način što je od smeštaja dece u hraniteljsku porodicu u svojoj organizaciji života konstantno propuštala da se radno angažuje i ostvari prihode, na koji način bi obezbedila egzistencijalne uslove za sopstveni život i život dece, kao i da obezbedi porodični dom. Iako se majka lečila, sud navodi da se nesavesnost majke sastoji i u tome što nije preduzela niti jednu adekvatnu meru koja bi dovela do obezbeđenja uslova za zajednički život sa decom.³⁷

Majka koja samostalno vrši roditeljsko pravo delimično je lišena roditeljskog prava u pogledu čuvanja, podizanja, vaspitavanja, obrazovanja i zastupanja, te upravljanja i raspolaganja imovinom deteta, zatim, odlučivanja o pitanjima koja bitno utiču na život deteta. U pitanju je dete koje ima značajne probleme sa vidom i zdravstvene probleme (epileptične napade) i koje je iz navedenih razloga smešteno u ustanovu socijalne zaštite. Detetu je usled neadekvatne roditeljske brige određen privremeni staratelj.³⁸ Aktuelne potrebe deteta prevazilaze postojeće

³⁷ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž2 4240/17 od 24. 5. 2017. godine.

³⁸ Primena istražnog načela u sporu radi delimičnog lišenja roditeljskog prava obavezuje sud da se na adekvatan način stara o zastupanju maloletnog deteta kao stranke u postupku. „[...] Shodno odredbi čl. 205. Porodičnog zakona u postupku u vezi sa porodičnim odnosima važi istražno načelo tako da sud može utvrđivati činjenice i kad one nisu među strankama sporne a može i samostalno istraživati činjenice koje nijedna stranka nije iznela. Odredbom čl. 266. st.1. PZ propisano je da u sporu za zaštitu prava deteta i u sporu za vršenje, odnosno lišenje roditeljskog prava, sud je dužan da se rukovodi najboljim interesom deteta, a stavom dva istog člana propisano je da ako sud proceni da u sporu za zaštitu prava deteta i u sporu za vršenje, odnosno lišenje roditeljskog prava dete kao stranka nije zastupano na odgovarajući način, dužan je da detetu postavi privremenog zastupnika... U konkretnom slučaju tuženi-protivtužilac saslušan kao parnična stranka ukazivao je na loše odnose između njega i privremenog staratelja dece, odnosno da su baba i deda po majci uticala na decu da formiraju negativan stav i mišljenje prema ocu, na šta ukazuje i sada u žalbi, pa je prvostepeni sud, u cilju zaštite najboljih interesa dece, shodno odredbi čl. 266. st. 1. PZ, pre svega bio dužan da u smislu odredbe 266. st. 2. PZ ispita da li su deca zastupana na odgovarajući način od strane babe po majci, kao privremenog staratelja, i u vezi sa tim da li je bilo osnova da se, zbog navedenih okolnosti, maloletnoj deci postavi privremeni zastupnik, shodno odredbi čl. 266. st. 2. PZ. Kako se u konkretnom slučaju radi o deci koja su navršila više od 10 godina, a koja se u parnici javljaju kao tužioc, to je prvostepeni sud bio dužan da decu sasluša u postupku, da se stara da deca dobiju sve potrebne informacije i obaveštenja koja su im potrebna, da dozvoli deci da neposredno izraze svoje mišljenje i da mišljenju dece posveti dužnu pažnju u skladu sa godinama i zrelošću, čl. 266. st. 3. tač. 1, 2 i 3. PZ, radi utvrđenja razloga i motiva zbog kojih deca ne žele kontakt sa ocem, a radi procene da li u konkretnom slučaju ima nesavesnog vršenja roditeljskog prava od strane tuženog, sve u cilju pravilne primene odredbe čl. 82. PZ i donošenja odluke o tužbenom i protivtužbenom zahtevu koja bi bila u najboljem interesu mal. dece... Takođe se osnovano žalbom tuženog ukazuje da je nejasna odluka suda u stavu trećem izreke, kojim je odlučeno da se lični odnosi dece

porodične resurse. Otac je izjavio da ne može da brine o detetu, a majka nije saradivala sa socijalnom službom radi pružanja pomoći da se dete zadrži u porodičnom okruženju. Majka se redovno odazivala i posećivala dete u socijalnoj ustanovi, a održavali su se i kontakti u porodičnom domu u trajanju od sedam sati, svake nedelje. Majka je bila saglasna sa delimičnim lišenjem. Sud navodi da su zdravstvene potrebe deteta takve da iziskuju pojačanu pažnju, brigu, negu i staranje, a da tužena, kao roditelj, to nije u stanju da pruži i isprati potrebe deteta. Dete je dolazilo neuredno u školu, prljave garderobe i higijenski zapušteno, u toku epileptičnih napada i poziva škole, majka se nije odazivala. Dodatno, majka nije u adekvatnom roku postavila zahtev za ličnog pratioca deteta, ima naviku da često menja partnere i okrivljavala je i pretila radnicima centra za socijalni rad za svoje propuste u vezi s detetom. Ovo su sve bile konkretne radnje nesavesnog vršenja roditeljskog prava na kojima je sud zasnovao svoju odluku.³⁹

U ovom slučaju delimično lišenje se desilo usled toga što se niti jedan roditelj nije adekvatno brinuo o detetu, a majka je napustila dete i otišla da živi i radi u drugom gradu. Dete je više puta hospitalizovano i na taj način se došlo do saznanja o nesavesnom vršenju roditeljskog prava. Dete se u toku postupka već nalazilo u hraniteljskoj porodici, a prethodno je postavljen privremeni staratelj, radnik centra za socijalni rad.⁴⁰ Roditelji su od trenutka smeštaja deteta u hraniteljsku porodicu imali mogućnost da isprave nedostatke u vršenju roditeljskog prava, ali to nisu učinili. Oba roditelja su navela da nisu zainteresovana da vode brigu o detetu. Eventualno se u ovoj situaciji stiču uslovi da se roditelji potpuno liše roditeljskog prava usled odbijanja da se brinu o detetu, kao i da stvore uslove da se dete vrati iz ustanove u kojoj se nalazilo. Prethodno je privremenom merom zabranjeno odvijanje ličnih odnosa između majke i dece usled postojanja psihičke bolesti majke. Deca su bila u dužem periodu izložena lošim životnim uslovima, neadekvatnoj ishrani, nepravilnom i samoinicijativnom lečenju. S obzirom na to da su se deca nalazila u hraniteljskoj porodici, sud

sa ocem odvijaju po dogovoru staratelja dece i tuženog, ako je tuženi ukazivao da između njih ne postoji saradnja i da su u svađi i da upravo baba utiče na decu da ne žele kontakt sa ocem, što stvara sumnju u mogućnost realizacije navedenog modela viđenja, odnosno ukazuje na potrebu za drugačijim modelom ostvarenja viđenja dece sa ocem, ukoliko deca ne budu poverena tuženom na samostalno vršenje roditeljskog prava. Zbog učinjene bitne povrede odredaba parničnog postupka i činjenično stanje je ostalo nepotpuno utvrđeno, zbog čega presudu nije moguće ispitati sa stanovišta pravilne primene materijalnog prava pa je ista morala biti ukinuta“ (rešenje Apelacionog suda u Nišu, Gž2 125/2019 od 26. 3. 2019. godine).

³⁹ Presuda Drugog osnovnog suda u Beogradu P2 1623/17 od 15. 5. 2018. godine.

⁴⁰ Presuda Osnovnog suda u Požarevcu, sudska jedinica u Velikom Gradištu, P2 202/11 od 13. 6. 2012. godine.

je našao da nije u najboljem interesu dece da sa majkom, koju nisu videla osam godina, održavaju lične odnose.⁴¹

U ovoj presudi oba roditelja vrše roditeljsko pravo i imaju nameru da ga vrše. Spor se vodio i oko vršenja roditeljskog prava. Zanimljivo je da je sud oca lišio prava da čuva, podiže, vaspitava, obrazuje i zastupa decu, ali ne i prava da održava lične odnose sa decom, iako je utvrdio postojanje nasilja u porodici oca prema deci. Iako se otac neposredno brinuo o deci osam godina, delimično je lišen roditeljskog prava. Kod dece, iako pubertetskog uzrasta, prema obrazloženju suda, uloga majke je primarna. Sud je kao nesavesno vršenje roditeljskog prava oca našao pretnje i plašenje dece da će, ako pođu sa majkom, spavati na ulici, crći od gladi i da će stvari za razonodu, zabavu i ličnu upotrebu dece sakriti u podrum. Dalje, sud je našao da je otac sprovodio kontrolu nad decom u školi, tokom odvijanja kontakta između dece i majke u centru za socijalni rad, time što je upadao u prostoriju i prekidao konverzaciju majke i dece, sputavao decu u izražavanju stavova i osećanja, manipulisao osećanjima dece, stvarao osećaj krivice i prebacivao odgovornost na decu. Sud je, vrlo neuobičajeno, poklonio izuzetan značaj sopstvenom psihološkom doživljaju oca, bez postojanja veštačenja psihologa kojim bi se potkrepilo ovakvo, veoma detaljno, obrazloženje suda. Roditelj koji nije sposoban da sagleda najbolji interes dece lišen je roditeljskog prava.⁴² Pored toga, deca su dodeljena majci, suprotno prethodnoj presudi osnovnog suda. Sud dalje navodi da ponašanje oca ima elemente psihičkog nasilja prema deci, ali ostaje nejasno zašto onda otac nije potpuno lišen roditeljskog prava ako je reč o psihičkom zlostavljanju dece. Dodatno kontradiktoran zaključak suda sastoji se u tome, da je ocu izrečena mera zaštite od nasilja u porodici prema deci – zabrana daljeg uznemiravanja i zabrana svakog drskog, zlonamernog i bezobzirnog ponašanja prema deci, a da je ujedno sud odredio da deca održavaju kontakt sa ocem.⁴³ Nalazimo da je dovoljna sankcija, ako se uopšte može govoriti o sankciji, za oca bila da se deca dodele majci na samostalno vršenje roditeljskog prava. Nesavesnost pri vršenju roditeljskog prava indikuje pasivno ili aktivno ponašanje roditelja, a ovde se takvo ponašanje ne može pronaći u radnjama oba roditelja. Niti je

⁴¹ Presuda Drugog osnovnog suda u Beogradu P2 4759/13 od 28. 1. 2015. godine.

⁴² O tumačenju najboljeg interesa deteta prilikom zahteva za delimičnim lišenjem roditeljskog prava, govori i Apelacioni sud u Nišu u presudi Gž2 267/2020 od 1. 10. 2020. godine: „[...] Jedno od osnovnih prava i dužnosti roditelja jeste da odlučuju o pitanjima koja bitno utiču na život deteta. Međutim, to pravo nije apsolutno, već se roditelj može lišiti tog prava ukoliko ga vrši nesavesno i ukoliko bi to bilo u najboljem interesu deteta, obzirom da interes deteta ima primarnu zaštitu u porodičnim sporovima. Nesavesno vršenje roditeljskog prava, podrazumeva svako ponašanje roditelja koje nije motivisano brigom i pažnjom o detetu, odnosno koje nije usmereno na najbolji interes deteta...“

⁴³ Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu P2 5704/10 od 11. 2. 2011. godine.

dokazano da je otac napustio decu, ostavljao ih bez nadzora, zdravstveno, higijenski, obrazovno zapustio. Ako je sud utvrdio da postoji psihičko zlostavljanje dece, onda je trebalo primeniti sasvim drugu sankciju – potpuno lišenje roditeljskog prava, iako iz činjeničnog stanja, niti na osnovu svedočenja dece, takav zaključak nije mogao biti izveden. Navedena odluka, kao što se može primetiti, značajno odstupa od standarda kojim se sudovi u Republici Srbiji rukovode pri formulisanju nesavesnog vršenja roditeljskog prava, a to su pretežno nemar, napuštanje i zapuštanje deteta.

Prema činjeničnom stanju iz ove presude majka samostalno vrši roditeljsko pravo. Dete je smešteno u hraniteljsku porodicu i tamo se nalazilo već godinu dana usled neadekvatnog obezbeđivanja zdravstvene zaštite i lečenja. Majka se saglasila sa lišenjem. Očinstvo deteta nije utvrđeno. Majka se odazivala pozivima na susrete sa detetom u centru za socijalni rad. Dete je pokazivalo interesovanje za odvijanjem kontakta sa majkom ali nije želelo da se odvoji od hraniteljske porodice.⁴⁴

Deca su usled higijenske zapuštenosti i pogrešnog lečenja (jedno dete je samostalno uzelo lekove) smeštena u ustanovu socijalne zaštite i određen im je privremeni staratelj. Određen je korektivni nadzor nad vršenjem roditeljskog prava. Prema dostavljenom mišljenju socijalne službe, oba roditelja nisu saradivala sa centrom za socijalni rad, imaju nameru da vrše roditeljsko pravo, ali su im roditeljske kompetencije veoma slabe.⁴⁵

BITNA PITANJA KOJA UTIČU NA ŽIVOT DETETA

Otac je delimično lišen roditeljskog prava u odnosu na svoje dete, i to prava da odlučuje o bitnim pitanjima koja utiču na život deteta – odlazak i boravak u inostranstvu, školovanje i lečenje. Dete je rođeno u braku roditelja i imalo je na rođenju problema sa sluhom. Brak je razveden i majka je dobila samostalno vršenje roditeljskog prava. Dete je prethodno imalo pasoš i putovalo u inostranstvo sa majkom, ali nakon isteka roka važenja pasoša majka je tražila od oca da dà saglasnost za izdavanje novog pasoša, ali je on to odbio bez navođenja razloga. Otac nije osporio navode majke pred sudom, već samo izjavom datom pred organom starateljstva. On se nije izjašnjavao pred sudom o navodima majke, niti je prisustvovao ročištu. Sud je doneo privremenu meru kojom je dozvolio detetu da putuje sa majkom na more u Italiju i Grčku. Sud je naveo da je psihičko stanje oca takvo da je manipulativan, sklon ucenama i promenama raspoloženja u vezi s davanjem saglasnosti za putovanje deteta u inostranstvo, te da su to radnje nesavesnog vršenja roditeljskog

⁴⁴ Presuda Osnovnog suda u Požarevcu P2 2105/2013 od 11. 6. 2013. godine.

⁴⁵ Presuda Drugog osnovnog suda u Beogradu P2 4235/13 od 17. 9. 2015. godine.

prava, kao i pasivno držanje u kome nije osporio donetu privremenu meru suda o odlasku deteta na letovanje. Odsustvo dogovora sa majkom o bitnim pitanjima koja utiču na život deteta okarakterisano je kao nesavesno vršenje roditeljskog prava.⁴⁶

Pretpostavka je da se roditelji dogovaraju o bitnim pitanjima koja utiču na život deteta.⁴⁷ Nalazimo da je sud pravilno primenio postojeću nesavesnost oca i na buduće moguće saglasnosti u druge svrhe, uz samo jedan propust, da je bilo potrebno uključiti u delimično lišenje roditeljskog prava i pitanje davanja saglasnosti za raspolaganje imovinom deteta veće vrednosti, kao još jedno pitanje koje bitno utiče na život deteta.

Otac je delimično lišen roditeljskog prava u odnosu na dete, u pogledu bitnih pitanja koja utiču na život deteta: davanje saglasnosti za promenu prebivališta, prava da odlučuje o obrazovanju, prava da odlučuje o preduzimanju većih medicinskih zahvata. Brak roditelja je razveden i dete je povereno majci na samostalno vršenje roditeljskog prava. Otac se nalazio u inostranstvu i nije imao kontakt sa detetom u dužem periodu (dve godine), niti se interesovao za dete, niti je davao izdržavanje. Majka je zasnovala novu porodičnu zajednicu. Sud je našao da otac nesavesno vrši roditeljsko pravo, imajući u vidu da on u dužem periodu nije ostvarivao kontakte sa detetom, nije pokazivao interesovanje za dete, niti motivaciju i zainteresovanost u pravcu uspostavljanja odnosa sa detetom.⁴⁸ Nismo u potpunosti saglasni sa odlukom suda, jer se činjenično stanje pre može podvesti pod grubo zanemarivanje roditeljskih dužnosti. Ako je namera suda bila da se ostavi mogućnost da dete i otac održavaju lične odnose ako se otac vrati iz inostranstva, trebalo ga je potpuno lišiti roditeljskog prava, uz mogućnost da svoje pravo povрати ako se promene okolnosti koje su dovele do ove sankcije.

Otac je delimično lišen roditeljskog prava u odnosu na dete, u pogledu bitnih pitanja koja utiču na život deteta: davanje saglasnosti za promenu prebivališta, prava da odlučuje o obrazovanju, prava da odlučuje o preduzimanju većih medicinskih zahvata i prava raspolaganja imovinom veće vrednosti. Dete je rođeno u vanbračnoj zajednici koja je prestala. Sud je naveo da je otac nesavesno vršio roditeljsko pravo time što četiri godine nije održavao kontakte sa detetom, davao je izdržavanje ali neredovno, povremeno je samo zvao dete telefonom, nije pokazao inicijativu za odvijanje ličnih odnosa i u nekoliko navrata nije dao saglasnost za putovanje deteta, čime je pričinio štetu njegovom najboljem interesu. Dete je u nekom trenutku počelo izričito da odbija održavanje ličnih odnosa sa ocem.

⁴⁶ Presuda Osnovnog suda u Smederevu P2 415/11 od 31. 8. 2012. godine.

⁴⁷ Walter Pintens, „Parental Responsibilities“, *Pravni život*, br. 10, Tom III, Beograd, 2009, 957.

⁴⁸ Presuda Drugog osnovnog suda u Beogradu P2 1902/19 od 27. 10. 2020. godine.

Sud je dosudio da se lični odnosi odvijaju prema dogovoru roditelja, budući da je majka smatrala da dete treba da viđa oca iako je ono to odbijalo.⁴⁹

Odbijen je zahtev da se otac liši prava da održava lične odnose sa detetom i da odlučuje o pitanjima koja bitno utiču na život deteta. Dete je rođeno u vanbračnoj zajednici roditelja koja je prestala i majka je samostalno vršila roditeljsko pravo, a otac je dobio pravo da održava lične odnose, kao i obavezu da izdržava dete. Lični odnosi se nisu odvijali redovno, kao ni davanje izdržavanja. Majka je boravila nekoliko puta sa detetom u Nemačkoj, gde žive baba i tetka deteta, a otac je za ta putovanja davao saglasnost. U međuvremenu, otac je počeo redovnije da viđa dete i isplatio je sve zaostale iznose za izdržavanje.⁵⁰ Drugostepeni sud je naveo da, prema činjeničnom stanju u trenutku odlučivanja, sankcija delimičnog lišenja roditeljskog prava oca ne bi bila u interesu deteta, posebno jer je on izmirio sve obaveze za izdržavanje, kao i usled toga što je pokazao interesovanje za češće odvijanje ličnih odnosa sa detetom. Lišenjem roditeljskog prava položaj deteta se ne bi poboljšao. U pogledu odlučivanja o bitnim pitanjima, otac je pokazao saradnju, davao je saglasnost za odlazak deteta u Nemačku. Održavanje ličnih odnosa sa detetom je bilo otežano jer je dete u najmlađem uzrastu nekoliko puta odlazilo sa majkom u inostranstvo i kada je pokušano uspostavljanje odnosa sa ocem, dete ga iz navedenog razloga nije prepoznavalo, a majka je imala negativan odnos prema ocu i nije ohrabivala da se odnos uspostavi i razvije, čak nije rekla detetu da mu je to otac. Iz navedenih razloga, majka nije pravilno sagledala najbolji interes deteta, a u ponašanju oca sud nije našao elemente nesavesnog vršenja roditeljskog prava.⁵¹

ZAKLJUČAK

Na osnovu analiziranih presuda možemo doneti izvesne zaključke. Od momenta kada se dete nađe u hraniteljskoj porodici ili socijalnoj instituciji, ukoliko je moguće, bitno je ne prekinuti u potpunosti održavanje ličnih odnosa između deteta i roditelja, osim ako se pokaže da je protivno interesu deteta da se kontakt održava, čak i u nadziranim uslovima. Posebno nije opravdano lišenje u delu održavanja ličnih odnosa ukoliko roditelj redovno dolazi na zakazane susrete sa detetom, i dete, naknadno, ne reaguje negativno na takve susrete.

Sudovi najčešće pribegavaju delimičnom lišenju roditeljskog prava u pogledu čuvanja, podizanja i vaspitavanja kada se dete već nalazi u hraniteljskoj porodici

⁴⁹ Presuda Drugog osnovnog suda u Beogradu P2 1565/19 od 17. 12. 2020. godine.

⁵⁰ Presuda Osnovnog suda u Šapcu P2 230/16 od 6. 6. 2017. godine.

⁵¹ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž2 379/17 od 27. 7. 2017. godine.

ili socijalnoj ustanovi. Prethodno treba pratiti odnos između deteta i roditelja, kao i zainteresovanost roditelja za dete. Ono što se može smatrati pozitivnom okolnošću jeste da su se u skoro svim analiziranim presudama deca nalazila u hraniteljskom smeštaju, što je mnogo bolje od smeštaja dece u socijalnim ustanovama.

U presudama povodom delimičnog lišenja roditeljskog prava nemamo primere da je jedan roditelj ili da su oba roditelja lišena samo imovinskih prava – upravljanja i raspolaganja imovinom deteta (npr. roditelj nekretninu koju je dete nasledilo od nekog lica ne daje u zakup, ne održava i ne pribira plodove koja ona može davati) i zastupanja deteta.

Upravo je sudsko tumačenje nesavesnosti u vršenju roditeljskog prava od izuzetnog značaja, jer za razliku od potpunog lišenja koje ima svoju konkretizaciju u vidu tačno određenih radnji, bilo aktivnih bilo pasivnih, kod nesavesnosti na sudu je teži zadatak da utvrdi koji su to akti roditelja blaži od radnji propisanih kod potpunog lišenja roditeljskog prava, a opet koji zahtevaju ne samo delovanje organa starateljstva kod preventivnog i korektivnog nadzora nad vršenjem roditeljskog prava nego i sudski postupak i sankciju suda koja se ogleda u oduzimanju jednog ili više roditeljskih prava.

Zanimljivo je istaći da je samo u jednoj od analiziranih presuda roditelj lišen prava da održava lične odnose sa detetom. U svim ostalim presudama roditelji nisu lišeni prava da održavaju lične odnose, niti u sticaju sa ostalim pravima iz sadržine roditeljskog prava, niti samo u pogledu tog prava.

Povodom procesnih zahteva u parnicama za delimično lišenje roditeljskog prava, zahteva se, sasvim opravdano, da roditelj (ili roditelji) koji se lišava bude obavешten o razlozima, da mu bude pružena prilika da učestvuje u postupku i da bude saslušan pred sudom. Takođe, insistira se da se, ako centar za socijalni rad pokreće tužbu za lišenje, pribavi mišljenje drugog organa starateljstva o tome – razlog za ponavljanje postupka je ako isti centar za socijalni rad podnosi tužbu i daje mišljenje, tj. vrši veštačenje u postupku. Pokazuje se da je u većini slučajeva, ako dete ima potreban uzrast i zrelost, neophodno da bude saslušano, kao i da se pribavi i njegovo mišljenje, posebno jer su saslušanje deteta i iznošenje mišljenja manje štetni po dete, imajući u vidu da nisu prisutne radnje kojima se aktivno ugrožava dobrobit deteta, poput fizičkog, emotivnog ili drugog oblika zlostavljanja.

Prihvatajući činjenicu da je nesavesnost širok pravni standard, neophodno je da sudovi u svakom slučaju kada utvrđuju nesavesnost roditelja, ali isto tako i kada ne utvrđuju nesavesnost, navedu, što je moguće preciznije i detaljnije, u čemu se sastoji nesavesnost roditelja. Najsuptilnija, i po sudove najteža situacija, odnosi se na razliku između nesavesnog vršenja roditeljskog prava i grubog zanemarivanja roditeljskih dužnosti. Često nije lak zadatak utvrditi da li je bolje sankcionisati činjenično stanje

kao potpuno lišenje roditeljskog prava, posebno kada roditelj u dužem periodu ne viđa dete i ne održava s njim lične odnose. Čini nam se verovatnim da sudovi pribegavaju logici da, gde je to moguće, treba ponovo uspostaviti porodični život između deteta i roditelja, kao i da postoji indicija da će roditelj želeti ili moći da vrši roditeljsko pravo, te da se zbog toga ne ide u pravcu potpunog lišenja. Slažemo se da, kad god je moguće, treba ostaviti deo roditeljskih ovlašćenja radi razvijanja odnosa sa detetom.

Postojanje nesavesnosti u vršenju dužnosti iz sadržine roditeljskog prava, koja može dovesti do delimičnog lišenja roditeljskog prava, treba ceniti spram najboljeg interesa deteta. Time se nesavesnost u vršenju roditeljskog prava dovodi u vezu sa pravima deteta koja su ugrožena aktivnim ili pasivnim ponašanjem roditelja.

Dr. UROŠ NOVAKOVIĆ
Associate Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

UNCONCIONABLE EXERCISE OF PARENTAL RESPONSIBILITY IN THE DECISIONS OF SERBIAN COURTS

Summary

The assumption is that every parent will exercise parental responsibility in the best possible way, with care and attention, while providing the necessary love and support to their child. The state, first of all, through the social services, controls and corrects parents who do not exercise parental responsibility adequately, and then, if this supervision proves to be insufficient, initiates court proceedings which, to a greater or lesser extent, deprives parents of their parental responsibility. Court judgments related to the partial deprivation of parental rights were analyzed. Accepting the fact that unconcionability is a broad legal standard, it is necessary for the courts in every case when they determine the unconcionability of the parents, but also when they do not determine it, to state, precisely and in detail, what the unconcionability of the parents consists of. The existence of unconcionability in the performance of duties from the content of parental responsibility, which may lead to partial deprivation of parental rights, should be evaluated in accordance with best interest of the child standard.

Key words: parental responsibility, parent, child, partially deprivation of parental responsibility, unconcionability

Literatura

- Cvejić-Jančić O., „Zaštita roditeljskog prava i prava deteta“, *Pravni život*, br. 10, Tom II, Beograd, 2009.
- Herring J., *Family Law*, Longman, Harlow, 2007.
- Jović O., „Javnopravni okviri zaštite deteta od zlostavljanja i zanemarivanja“, *Pravni život*, br. 10, Tom II, Beograd, 2009.

- Ljubojev N., „Oblici zanemarivanja deteta u porodici i njihove posledice“, *Pravni život*, br. 10, Tom III, Beograd, 2011.
- Pintens W., „Parental Responsibilities“, *Pravni život*, br. 10, Tom III, Beograd, 2009.
- Rešetar B., „Razvoj prava na susrete i druženje s djetetom u hrvatskom pravnom sustavu“, *Pravni život*, br. 10/2010, Tom II, Beograd, 2010.
- Stjepanović S., „Potpuno i djelimično lišenje roditeljskog prava“, *Pravni život*, br. 10, Tom II, Beograd, 2009.
- Welstead M., Edwards S., *Family Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Willems J. C. M., *Children's Rights and Human Development*, Intersentia, Antwerpen, 2010.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

JELENA JOKANOVIĆ

STANDARDI BIOMEDICINSKI POTPOMOGNUTE OPLODNJE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Rad se bavi biomedicinski potpomognutom oplodnjom (BMPO), koja predstavlja skup postupaka kojima se osobama koje iz različitih razloga ne mogu da dobiju potomstvo na uobičajen način omogućava da se dobiju dete. Postupci BMPO su počeli da se intenzivno razvijaju od 1978. godine, kada je rođena prva „beba iz epruvete“, bez obzira na to što su se određeni metodi koji spadaju u okvir BPMO, kao što su inseminacije, koristili i pre otprilike jednog veka. BMPO osim medicinskog, predstavlja kako bioetički, tako i pravni izazov, na međunarodnom i na nacionalnom nivou. Pravna pitanja u okviru BMPO tiču se širokog spektra prava koja se odnose na pravo na život, zaštitu privatnog i porodičnog života, kao i prava na zaštitu od diskriminacije. U okviru ovog rada, autorka je dala pregled osnovnih pojmova koji se odnose na BPMO. Dalje se bavimo proučavanjem mehanizama i standarda razvijenih u okviru Saveta Evrope prvenstveno kroz dosadašnju praksu Evropskog suda za ljudska prava u predstavkama koje su se odnosile prvenstveno na zaštitu prava na privatni i porodični život, a u vezi sa različitim aspektima BMPO.

Ključne reči: BMPO, bioetika, pravo na privatan i porodičan život, ESLJP

U V O D

Biomedicinski potpomognuta oplodnja (BMPO) predstavlja skup postupaka kojima se osobama koje iz različitih razloga ne mogu da dobiju potomstvo na uobičajen način omogućava da dobiju dete. U ovom radu namerno odustajem od

Jelena Jokanović, student doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu,
e-mail: jelena.v.jokanovic@gmail.com.

izraza „prirodan“, „normalan“ pošto smatram da se na taj način kvalitativno kvalifikuje BMPO kao neprirodna ili veštačka. Primećeno je da se od izraza „veštačka“ oplodnja uglavnom odustalo barem u stručnim raspravama mada je uobičajen u kolokvijalnom govoru i medijima. Značaj BMPO u današnjem svetu je ogroman, bez obzira što se radi o skupoj i rizičnoj medicinskoj intervenciji. Ukupan prosečan uspeh ove intervencije povećava se sa razvojem medicinskih tehnologija ali je različit i zavisi od više faktora od kojih su najznačajniji starost žene, indeks telesne mase, kvalitet i broj jajnih ćelija, kao i kvalitet muških polnih ćelija. Isto tako značajne razlike postoje s obzirom na to da li se radi o homolognoj odnosno heterolognoj oplodnji.¹ Prema dostupnim podacima za Republiku Srbiju procenat uspešnosti za žene mlađe od 35 godina je između 35 i 40% dok je za žene starije od 40 godine procenat uspešnosti između 10 i 15% kod homologne oplodnje.²³ Prva osoba rođena putem BPMO je Luiz Džoj Braun (Luise Joy Brown) iz Velike Britanije, a naučnici koji su rukovodili ovim postupkom su lekar Robert Edvards (Robert Edwards) i naučnik Patrik Stepto (Patric Steptoe).⁴ Zanimljivo je da prevod „beba iz epruvete“ (*test tube baby*) nije sasvim odgovarajući, pošto se sam postupak IVF vrši u plitkoj cilindričnoj posudi poznatoj kao Petrijeva šolja nakon čega se embrioni iz katetera plasiraju u matericu. BMPO pre svega predstavlja bitan aspekt ljudskog prava na privatni i porodični život.⁵ Uz to, ona je moćno sredstvo populacione

¹ Prema podacima iz 2022. godine uspešnost IVF sa vlastitim ćelijama u SAD najviša je za starosnu grupu ispod 34 godine (51%), za starosnu grupu 35-37 godina je 38.3%, za starosnu grupu 38-40 je 25.1%, za starosnu grupu 41-42 je 12.7%, dok je najniža za starosnu grupu preko 42 godina i kreće se od 4.1%. Kod heterologne oplodnje ovi procenti ne zavise toliko od starosti žene i kreću se od 46.5% (kod korišćenja odmrznutih embriona do 55.3% (transfer svežih embriona) za više v. *IVF Success Rates by Age 2022 (today.com)*, 09.10.2022.

² Podaci su dati u članku od 25.07.2021 “Srbija i vantelesna oplodnja; “Osamnaest godina duge i neizvesne borbe za bebu“ Dostupno na *Srbija i vantelesna oplodnja: Osamnaest godina duge i neizvesne borbe za bebu – BBC News na srpskom*, 09.10.2022.

³ Ove procene odgovaraju podacima iz 2017. godine koji su dati na sajtu jedne klinike za vantelesnu oplodnju u Republici Srbiji prema kojima je uspešnost VTO u stimulisanoj ciklusu za žene mlađe od 30 godina oko 37%, za žene mlađe od 35 godina oko 35%, za žene mlađe od 40 godina oko 32%. Istovremeno, uspešnost drastično pada za žene mlađe od 43 godine i tu je oko 8%, dok je za žene starije od 44 godine oko 1.5%. Navedeni podaci se odnose na trudnoću koja je rezultirala porođajem i odnose se na homolognu oplodnju. Za više v. *Uspešnost u postupcima vantelesne oplodnje | Bolnica Jevremova*, 09.10.2022.

⁴ „World’s first ‘test tube’ baby born“, <https://www.history.com/this-day-in-history/worlds-first-test-tube-baby-born>, 30. 9. 2022.

⁵ U odluci *Petitori Lancman protiv Francuske*, Sud navodi da član 8 uključuje pravo na poštovanje odluke da se postane roditelj kao i pravo parova da imaju pristup BMPO kao formi tog nastojanja. Međutim član 8 ne garantuje pravo da se zasnuje porodica.

politike u vremenima kada je u mnogim razvijenim i manje razvijenim zemljama prisutan negativan prirodni priraštaj. Nadalje, ona omogućava da se u određenom stepenu prevaziđu izvesne prirodne i društvene okolnosti koje dovode do pojave primarnog, odnosno sekundarnog steriliteta.⁶

Sve navedeno nam govori o značaju i pozitivnim efektima koje BMPO ima u sadašnjim društvima, ali se ne mogu zanemariti kontroverze te moralne, medicinske i pravnoetičke dileme koja se postavljaju u postupcima BMPO, prvenstveno heterologne oplodnje. Prema nekim autorima, jedna od moralnih dilema u vezi sa ljudskom oplodnjom jeste sukob interesa između želja odrasle osobe da postane roditelj i dobrobiti potomstva.⁷ Taj sukob bi se mogao sažeti u pitanje: „Koliko je dozvoljeno u želji da se dobije dete i da li je sve to što se radi u najboljem interesu budućeg deteta?“ Ovdje, pre svega, mislimo na moguće manipulacije i zloupotrebe reproduktivnim ćelijama, rizicima koje BPMO može imati po zdravlje, prvenstveno ali ne i isključivo, žene. Nadalje, postoje istina podaci da se na ovakav način i izlažu riziku žene donatorke reproduktivnih ćelija,⁸ i žene koje se odlučuju da budu surogat majke koje se nekada mogu naći u posebno teškim situacijama, a u vezi sa odnosima sa osobama koje su ih „angažovale“.⁹ Zbog nedovoljno dugog perioda korišćenja BPMO ne mogu se sa sigurnošću odbaciti istraživanja koja govore

⁶ Pod primarnim sterilitetom se smatra nemanje biološke dece a pod sekundarnim nemoćnost imanja dece osoba koja već imaju biološku decu.

⁷ E. K. Herz, „Infertility and bioethical issues of the new reproductive technologies“, *Psychiatr. Clin. North Am.*, Vol. 12, No. 1, PMID: 2652103, Washington DC, 1989, 117–131.

⁸ StateneWS, <https://www.statnews.com/2017/01/28/egg-donors-risks/>, 30. 9. 2022.

⁹ Godine 2014. aktuelan je bio slučaj dečaka po imenu Gami. Naime u pitanju je bio dečak kojeg je rodila surogat majka na Tajlandu paru iz Australije. Gami je rođen sa Daunovim sindromom, urođenom bolesti srca i infekcijom pluća. Navodno, par je odbio da ga uzme i uzeo je samo Gamijevu sestru bliznakinja i odveo je u Australiju, a Gamija ostavio surogat majci koja je zahtevala da joj se vrati i Gamijeva sestra Pipa. Surogat majka koja brine o Gamiju je rekla da je par tražio od nje da pobaci u četvrtom mesecu trudnoće kada su bili informisani o stanju fetusa. Ona je navela da je to odbila zato što je to protivno njenim verskim uverenjima i da je abortus zbog ovakvih razloga (stanja fetusa) ilegalan na Tajlandu. Sa druge strane par iz Australije je saopštio da oni nisu bili ni upoznati sa činjenicom da je dete rođeno i da su svi navodi surogat majke lažni. Sud u Australiji povodom zahteva da se Pipa vrati na Tajland odlučio da je Pipi mesto u Australiji i da nema razloga da se oduzme od roditelja. Posle ovog i sličnih slučajeva Tajland je usvojio zakon kojim se zabranjuje strancima da plaćaju ženama sa Tajlanda kao surogat majkama a ujedno je i zabranio bilo kakvo reklamiranje i korišćenje posrednika u tu svrhu. Prema novom zakonu jedino venčani parovi sa Tajlanda ili parovi kod kojih je jedan od supružnika sa Tajlanda i koji su venčani najmanje tri godine mogu tražiti surogat materinstvo, pri čemu je komercijalno surogat materinstvo koje je ranije bilo dozvoljeno sada zabranjeno. Za kršenje ovih odredbi najmanja zaprećena kazna je 10 godina zatvora. Stranica BBC vesti, <https://www.bbc.com/news/world-asia-28686114> i <https://www.bbc.com/news/world-asia-31546717>, (30. 9. 2022.).

u prilog tome da su kod osoba začetih BPMO češće određena nepovoljna zdravstvena stanja i rizici po zdravlje nego kod onih koji si začeti na uobičajeni način.¹⁰ Na posletku, postavljaju se i posebno osetljiva pravna i etička pitanja koja se odnose na pravo osobe da zna svoje poreklo, te posledice ovog prava po osobe koje doniraju svoje reproduktivne ćelije.

Ovaj rad je koncipiran tako da se u prvom delu predstave i opiše različiti modele i vrste BMPO koji su posebno značajni radi razumevanja sudske prakse koja se odnosi na pitanja BMPO. U drugom prikazani su mehanizmi i standardi koje je uspostavio Evropski sud za ljudska prava kroz praksu koja je vezana za pitanja BMPO.

POJAM I VRSTE BMPO

Biomedicinski potpomognuta oplodnja predstavlja više različitih naučnih medicinskih metoda kojima se osobama koje imaju sterilitet omogućava da dobiju potomstvo. Definiciju BMPO možemo naći kako u međunarodnim izvorima, tako i u nacionalnom zakonodavstvu. Na međunarodnom nivou najznačajnija je definicija data u Konvenciji o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine.¹¹ U samoj Konvenciji ne postoje članovi koji se direktno odnose na BPMO *per se*, ali u Izveštaju sa obrazloženjem uz konvenciju BMPO se opisuje kao veštačka inseminacija, *in vitro* oplodnja, odnosno bilo koja tehnika koja omogućava oplodnju izvan prirodnih postupaka.¹² U Zakonu o biomedicinski potpomognutoj oplodnji Republike Srbije¹³, BMPO se definiše kao postupak koji se sprovodi u skladu sa savremenim standardima biomedicinske nauke u slučaju neplodnosti, kao i u slučaju postojanja medicinskih indikacija za očuvanje plodnosti, i omogućava spajanje muške i ženske reproduktivne ćelije radi postizanja trudnoće na način drugačiji od snošaja.¹⁴ U okviru BMPO odvijaju se različiti postupci koji se odnose na manipulaciju sa reproduktivnim ćelijama a to su testiranje, dobijanje, obrada, zamrzavanje, odmrzavanje, očuvanje,

¹⁰ Healthline, <https://www.healthline.com/health-news/children-born-via-ivf-face-higher-health-risks>, 30. 9. 2022.

¹¹ Zakon o potvrđivanju Konvencije o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine, *Službeni Glasnik – Međunarodni ugovori*, br 11/2010.

¹² Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, član 93, st. 15.

¹³ *Službeni glasnik*, br. 40/2017, 113/2017.

¹⁴ Član 3. i 13 Zakona o BMPO.

skladištenje i distribucija reproduktivnih ćelija, zigota i embriona, kao i uvoz, odnosno izvoz reproduktivnih ćelija.

Kod same BPMO razlikujemo više oblika i podvrsta s obzirom na to da li se radi o oplodnji unutar ili van tela žene. Tako i Zakon Republike Srbije pravi razliku između unutartelesnog oplođenja i vantelesnog oplođenja. Kod unutartelesnog oplođenja razlikujemo unošenje muških reproduktivnih ćelija u polne organe žene, te unošenje jajnih ćelija zajedno sa semenim ćelijama u reproduktivne organe žene.¹⁵ Vantelesno oplođenje podrazumeva pak spajanje ženskih i muških polnih ćelija van tela žene u cilju stvaranja zigota odnosno embriona te unošenje embriona u polne organe žene.¹⁶ U ovom slučaju, s obzirom na način oplođenja pravi se razlika između „standardnog oplođenja“ u *in vitro* okruženju, i tzv. intracitoplazmatska injekcija spermatozoida pri čijoj primeni se jedan odabrani spermatozoid aplicira u jajnu ćeliju takođe u laboratorijskom okruženju.¹⁷

Nadalje, s obzirom na to da li se u postupku koriste vlastite ćelije ili ćelije davaoca, govorimo o homolognoj odnosno heterolognoj oplodnji.

Homologna oplođenje je postupak BMPO u kome se koriste sopstvene reproduktivne osoba koje učestvuju u BPMO, dok heterologno oplođenje predstavlja BMPO u kome se koriste sopstvene reproduktivne ćelije jedne osobe i reproduktivne ćelije davaoca. Nadalje postoji i tzv. davanje embriona koje je regulisano i zakonom o BMPO Republike Srbije.¹⁸ Ove vrste oplodnje,¹⁹ nazivaju se još i oplodnje koje uključuju treće lice (*third-party reproduction*).²⁰

PREGLED PRAKSE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U SLUČAJEVIMA KOJI SE TIČU BMPO

Praksa Evropskog suda za ljudska prava koja se odnosi na BMPO

Nadležnost Evropskog suda za ljudska prava jeste da odlučuje o povredama prava propisanih EKLJP. Sud sa jedne strane predstavlja kontrolni mehanizam

¹⁵ Član 13 Zakona o BMPO.

¹⁶ Član 13 Zakona o BMPO.

¹⁷ *San Francisco Health*, University of California, <https://www.ucsfhealth.org/education/faq-intracytoplasmic-sperm-injection>, 30. 9. 2022.

¹⁸ Član 29 Zakona o BMPO.

¹⁹ Član 3 Zakona o BMPO.

²⁰ „Third party reproduction A guide for parients“, American Society for Reproductive Medicine, dostupan na https://www.reproductivefacts.org/globalassets/rf/news-and-publications/bookletsfact-sheets/english-fact-sheets-and-info-booklets/third-party_reproduction_booklet_web.pdf, 30. 9. 2022.

primene Evropske konvencije u državama članicama,²¹ ali sa druge strane Sud tumači domen primene Konvencije održavajući je na taj način „živim instrumentom“. Potpuno je izvesno da se 50-ih godina prošlog veka kada je Konvencija usvojena nije moglo ni teoretski podvoditi BMPO pod prava garantovanih konvencijom iz prostog razloga što mnogi od ovih postupaka nisu postojali ni u ideji, a kamoli u praksi. Međutim, paralelno sa razvojem BMPO, a posebno IVF-a ovakvi su slučajevi sve učestaliji. U nemalom broju u poslednjih 15 godina Sud je odlučivao o različitim pitanjima koji se odnose na BMPO. To su različiti aspekti BMPO koji se odnose na čuvanje odnosno uništavanje embriona, pitanja dostupnosti BMPO te u poslednje vreme aktuelna pitanja BMPO *post mortem* i pitanja prava na saznanje vlastitog porekla u slučajevima doniranih ćelija. Ove slučajeve možemo grupisati na one koje se odnose na čuvanje odnosno darivanje embriona, slučajeve koji se odnose na pristup BMPO, slučajeve genetskog skrininga, slučajeve BMPO *post mortem* i na kraju slučajeve prava na znanje o vlastitom poreklu kod osoba koje su začete uz pomoć doniranih reproduktivnih ćelija.

Slučajevi implantacije, čuvanja ili darivanja embriona

Jedan od prvih slučajeva koji se našao pred Sudom jeste slučaj *Evans protiv UK*.²² U ovom slučaju, podnositeljka predstavke se žalila na kršenja prava na život, pravo na poštovanje privatnog života kao i zabranu diskriminacije time što je zakon Ujedinjenog Kraljevstva dozvolio da embrioni nastali vantelesnom oplodnjom nje i njenog partnera budu uništeni nakon što je partner povukao pristanak iz postupka BMPO. Posebnu dimenziju ovom slučaju daje činjenica da je podnositeljska predstavke nakon što je saznala da boluje od karcinoma jajnika i da će posle terapije ostati bez vlastitih jajnih ćelija prvo želela da zamrzne svoje jajne ćelije kako bi sačuvala izvesnu šansu da ima biološku decu. Gđa Evans je započela agresivnu terapiju zračenjem kojom su u potpunosti uništene njene rezerve jajnih ćelija. Tokom terapije ona je prekinula sa partnerom, koji je prethodno obećao da će biti uz nju tokom celom postupka, a koji je nakon toga povukao pristanak i tražio da se embrioni unište. Gđa Evans je podnela tužbu sudu Ujedinjenog Kraljevstva, ali sud nije uvažio njezin zahtev pravdajući ga činjenicom da njen partner ima pravo da povuče pristanak kao da je on pristao na „zajednički postupak“, a ne na to da ga tužilja sama nastavi bez njegovog učešća i saglasnosti. Nadalje sud je ocenio da je

²¹ Sanja Đajić, *Evropsko pravosuđe*, Službeni glasnik, Beograd, 2012, 175.

²² *Evans v. the United Kingdom* [GC], predstavka br. 6339/05, presuda od 10. aprila 2007, dostupno na: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-80046"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), 18. 10. 2021.

takva vrsta obećanja – osiguranja uobičajena za lične odnose, ali isto tako da ona nemaju trajnu pravnu snagu.²³

U vezi sa članom 2, Sud je našao da u nedostatku konsenzusa između evropskih država o tome kad život počinje postoji široko polje slobodne procene koje uživaju države. U ovom slučaju prema engleskom pravu jasno stoji u zakonodavstvu da embrion nema nezavisna prava i ne može stoga uživati zaštitu prava na život te da nije našao kršenje člana 2 Konvencije.²⁴

U odnosu na član 8, Sud je izučio pravo i praksu evropskih, ali i vanevropskih država u ovoj oblasti i našao da isto tako ne postoji ni univerzalni niti evropski konsenzus u oblasti BPMO. Nadalje, Sud je zaključio da pitanja vezana za BMPO uzrokuju porast vrlo osjetljivih bioetičkih pitanja a da se medicinska i naučna praksa veoma brzo razvijaju i države uživaju široko polje slobodne procene.²⁵

Sud je doneo odluku da i pravo da se bude „genetski roditelj“ štiti članom 8. S tim u vezi, Sud je trebalo da donese odluku da li je pravom partnera podnositeljke predstavke da u svakom trenutku povuče već datu saglasnost da se embrioni usade u njenu matericu zadržana ravnoteža dva interesa.²⁶ Odluka Velikog veća u ovom osjetljivom slučaju nije bila jednoglasna.²⁷

Četvoro sudija²⁸ dalo je svoje izdvojeno mišljenje u kojem su, između ostalog, naveli da zakon Velike Britanije u ovom slučaju nije osigurao ravnotežu između dva suprotstavljena interesa, odnosno da je interes podnositeljke predstavke kojoj je ovo jedini način da ikada postane „genetska majka“ veći od interesa njenog partnera da ne postane biološki otac upravo njenom detetu. Nadalje, u izdvojenom mišljenju se kritikuje korišćenje doktrine polja slobodne procene kojom se u ovom slučaju sprečilo da Sud razmatra da li je na nacionalnom nivou postignuta ravnoteža između suprotstavljenih interesa.²⁹ U vezi sa članom 14 u izdvojenom mišljenju sudije navode da se žene i muškarci nalaze u različitom položaju s obzirom na biološke faktore, koji između ostalog uključuju i reproduktivnu funkciju

²³ *Evans v. the United Kingdom* [GC], predstavka br. 6339/05, presuda od 10. aprila 2007, stav 21.

²⁴ *Evans v. the United Kingdom* [GC], predstavka br. 6339/05, presuda od 10. aprila 2007, stav 56.

²⁵ *Evans v. the United Kingdom* [GC], predstavka br. 6339/05, presuda od 10. aprila 2007, stav 59.

²⁶ *Evans v. the United Kingdom* [GC], predstavka br. 6339/05, presuda od 10. aprila 2007, stav 72.

²⁷ Sud je jednoglasno utvrdio da nije našao povredu člana 2 Povelje ali je odluka o nepostojanju povrede člana 8 i posledično člana 14 doneta u odnosu osam prema četiri.

²⁸ Zajedničko Izdvojeno mišljenje u ovom slučaju dale su sudije Turmen (Turmen), Zaza-Nikolovska, Špilman (Spielmann) i Cimele (Ziemele).

²⁹ Stav 12 Izdvojenog mišljenja.

te se pozivaju na pravilo prepoznato u slučaju *Tlimenos protiv Grčke* gde „različite situacije zahtevaju različita rešenja“.

U sledećem slučaju koji se odnosio na Italiju, *Parilo protiv Italije*³⁰ predmet je donacija embriona u naučne svrhe. U ovom slučaju, podnositeljka predstavlke se sa partnerom podvrgla BMPO postupku IVF-a, a partner je nakon toga preminuo. Nakon ovog je podnositeljka odlučila da odustane od postupka BMPO i da postojeće embrione donira u naučnoistraživačke svrhe kako bi pomogla lečenje teško izlečivih bolesti. U tom smislu se obratila više puta prvo usmeno a zatim i pismeno Centru zahtevajući da se embrioni daju za naučna istraživanja, ali je Direktor institucije to odbio uz obrazloženje da je takvo ponašanje zakonom zabranjeno. Podnositeljka predstavlke se obratila ESLJP navodeći da joj je takvim ponašanjem prekršeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života (član 8) kao i pravo na mirno uživanje imovine (član 1 protokol 1) kao i pravo na slobodu izražavanja (član 10 Konvencije). U odnosu na pravo na slobodu izražavanja predstavlka je proglašena neprihvatljivom, a nadležno veće je zatražilo nadležnost Velikog veća u ovom slučaju.

U svojoj oceni Sud je zaključio da davanje embriona u svrhe naučnog istraživanja ne može da se podvede pod porodični ali može pod privatni život te da je predstavlka prihvatljiva. U odnosu su na „legitimnost cilja“ Sud je zaključio da se „zaštita života embriona“ kako je to bilo formulisano u predstavlka države može razumeti kao „zaštita morala i prava drugih“ s tim da to ne uključuje bilo kakvu procenu Suda da li se pod „drugim“ podrazumeva i ljudski embrion.³¹ Što se tiče nužnosti i potrebitosti u demokratskom društvu, sud je ocenio da u ovom slučaju nije došlo prekoračenja širokog polja slobodne procene i da je u ovom slučaju zabrana donacije embriona bila „neophodna u demokratskom društvu te stoga nema kršenja člana 8 Povelje“.³²

U odnosu na Protokol 1 član 1 Sud je našao da se ljudski embrioni ne mogu smatrati imovinom u smislu te odredbe.

Slučaj *Nedescu protiv Rumunije*³³ se isto odnosi na sudbinu krioprezerviranih embriona ali ovde nije u pitanju želja da se isti doniraju nego da se omogući embriotransfer ka podnositeljki predstavlke. Naime u ovom slučaju su podnositelji

³⁰ *Parrillo v. Italy* [GC], broj predstavlke. 46470/11, presuda od 27 avgusta 2015, dostupno na: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2016/05/PARRILLO-v.-ITALY-.pdf>, 30. 9. 2022.

³¹ *Parrillo v. Italy* [GC], broj predstavlke. 46470/11, presuda od 27 avgusta 2015, stav 167.

³² *Parrillo v. Italy* [GC], broj predstavlke. 46470/11, presuda od 27 avgusta 2015, stav 197 i 198.

³³ *Nedescu v. Romania*, predstavlka br. 70035/10, presuda od 16. januara 2018, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-180293%22%5D%7D>, 30. 9. 2022.

predstavke prošli ciklus IVF-a i nakon što su dobili jedno dete, njihova četiri embriona su zamrznuta i pohranjena u Centar S. za BMPO u Bukureštu. Godinu dana nakon postupka, 2009. godine započeta je krivična istraga protiv Centra pri čemu su zapljenjeni embrioni više od 200 parova. U martu 2010. godine podnosioci predstavke su se obratili Generalnom tužiocu Rumunije zahtevajući da im se embrioni vrate kako bi započeli BMPO pošto je period čuvanja isticao u avgustu 2010. godine.

Od tog perioda oni su vodili više sudskih postupaka protiv različitih državnih organa zbog odbijanja od strane različitih administrativnih tela da im se vrate preostali embrioni koji su nastali u Centru S, bez obzira što su ih na to obavezivale odluke različitih pravosudnih organa.

Time su bili onemogućeni da dobiju drugo dete.³⁴

Sud je odlučujući o njihovom zahtevu našao da se on svakako može podvesti pod zaštitu prava na privatni život, s obzirom na to da je želja da se postane roditelj i gaji dete, relevantna kako za njihovu odluku da postanu roditelji tako i za njihov lični razvoj kroz ulogu roditelja koju žele da imaju prema detetu.³⁵ Isto tako sud je smatrao da se pod pravo na privatni život može podvesti njihova želja da odlučuju o sudbini njihovih embriona.

Što se tiče ograničenja kojima se može ograničiti njihovo pravo na privatni i porodični život, Sud je našao da u ovom slučaju način na koji su upravne i sudske vlasti sprovodile različite pravne odredbe koje se odnose na plenidbu i čuvanje embriona kao i njihovo vraćanje podnositeljima predstavke bile nepovezane i time im je nedostajala predvidljivost. Sud je zaključio da mešanje u prava zaštićena članom 8 nije bilo u skladu sa zakonom te stoga da je u odnosu na podnosiocce došlo do kršenja člana 8 Konvencije.³⁶

Slučajevi koji se odnose na obezbeđivanje pristupa BMPO

U više slučajeva Sud se bavio pitanjem dostupnosti BMPO odnosno pristupa BMPO-u. U prvom slučaju radilo se o korišćenju arteficialne inseminacije. U drugom slučaju radilo se o pristupu BMPO postupcima kod kojih se zahtevalo korišćenje darovanih reproduktivnih ćelija i na posletku pravo pristupa BMPO za parove istopolne orijentacije.

³⁴ *Nedescu v. Romania*, predstavka br. 70035/10, presuda od 16. januara 2018, stav 72.

³⁵ *Nedescu v. Romania*, predstavka br. 70035/10, presuda od 16. januara 2018, stav 67.

³⁶ Odeljak 84–87. presude *Nedescu v. Romania*.

U slučaju *Dikson protiv UK*³⁷ radilo se o supružnicima gde je suprug izdržavao doživotnu zatvorsku kaznu (sa mogućnošću da bude oslobođen nakon 15 godina) tokom koje je preko dopisivanja upoznao svoju buduću suprugu kojom se venčao 2001. godine. S obzirom na to da je par želeo zajedničko dete, oni su podneli molbu nadležnom ministru da im se omogući BMPO kroz arteficialnu inseminaciju koja je odbijena iz sledećih razloga: da podnosioci predstavke nikada nisu konzumirali vezu u normalnom svakodnevnom životu, da nema dovoljno naznaka da bi bilo koje dete začeto na taj način uživalo dovoljno materijalnog blagostanja i da bi majka i dete imali samo ograničenu podršku i na da otac ne bi bio prisutan većinu detetovog detinjstva i razvoja. Na kraju uzelo se u obzir i pitanje da li bi ovaj postupak izazvao zabrinutost javnosti da je na ovakav način izigran efekat kazne činjenicom da se dozvoljava da kažnjenik postane otac putem BMPO tokom boravka u zatvoru.³⁸ Nakon što su sudovi Ujedinjenog Kraljevstva potvrdili ovakvu odluku, Diksonovi su se obratili ESLJP navodeći da su im ovakvim postupanjem prekršena prava na privatni život (član 8) kako i pravo na brak i zasnivanje porodice (član 12). Odlučujući u veću ESLJP nije našao da je došlo do kršenja prava garantovanih Konvencijom, da bi odluka bila promenjena u presudi Velikog veća. U obrazloženju svoje odluke, Sud je naveo da iako član 8. predstavlja prvenstveno predstavlja zaštitu individualnih prava od arbitrarnog uplitanja vlasti, ne isključuje i obaveze države koje su neophodne da bi se zaštitilo pravo na privatni i porodični život, te da ove mere mogu uključivati i mere kojima se regulišu odnosi između pojedinaca.³⁹ Međutim, u ovom slučaju sud nije našao da je neophodno da odluči da li se radi o pozitivnoj ili negativnoj obavezi države, nego da li je postignuta fer ravnoteža između pojedinačnih interesa (interesa podnosioca predstavke) i javnog interesa. Posebno je zanimljivo obrazloženje koje je Sud dao u vezi sa navodima države da je jedan razloga za uskraćivanje BMPO dobrobit deteta. Naime, sud je smatrao da je dobrobit deteta legitiman javni interes ali da „on ne može biti toliko širok da time sprečava roditelje koji to žele da dobiju dete u okolnostima kao u ovom slučaju, a pogotovo zbog toga što je podnositeljka predstavke na slobodi i mogla bi voditi računa o bilo kojem detetu dok ne dođe vreme da njezin suprug bude pušten na slobodu“.⁴⁰

Međutim, glavni razlog kojim je obrazložena odluka da je u ovom slušaju došlo do kršenja prava iz člana 8 jeste činjenica da prilikom donošenja odluke o „pravu“

³⁷ *Dickson v. the United Kingdom* [GC], br. 44362/04, presuda od 4. decembra 2007. dostupna na: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2018/05/Case-of-Dickson-v-the-United-Kingdom-United-Kingdom-2007.pdf>, 30. 9. 2022.

³⁸ *Dickson v. the United Kingdom* [GC], br. 44362/04, presuda od 4. decembra 2007, stav 13.

³⁹ *Dickson v. the United Kingdom* [GC], br. 44362/04, presuda od 4. decembra 2007, stav 70.

⁴⁰ *Dickson v. the United Kingdom* [GC], br. 44362/04, presuda od 4. decembra 2007, stav 76.

na BMPO nije izvršen nikakva ocena u smislu da je ona od značaja za podnosioca predstavke te da se ona nalazi izvan „polja slobodne procene“ pošto nije postignuta fer ravnoteža između javnog i privatnog interesa.⁴¹

Sledeći slučaj koji se isto odnosio na pravo pristupa BMPO je slučaj *S. H. i ostali protiv Austrije*.⁴² U ovom slučaju podnosioci predstavke su se žalili da se austrijskim Zakonom o veštačkoj oplodnji,⁴³ koji zabranjuje korišćenje doniranih reproduktivnih ćelija kod IVF-a krši njihovo pravo da koriste jedinu vrstu BMPO kojom mogu uspešno začeti dete, krše njihova prava garantovana članom 8 i članom 14. Sud je odlučujući u veću našao kršenje prava, ali je na osnovu zahteva Austrije slučaj upućen na Veliko veće.

U slučaju prvog para, BMPO tehnika koja je zahtevana je bila donacija muških reproduktivnih ćelija za IVF, s obzirom na to da je suprug imao azoospermiju (potpuni nedostatak reproduktivnih ćelija), a supruga bolest koja joj je onemogućavala začecje putem arteficialne inseminacije. U slučaju drugog para radilo se sterilitetu supruge koja nije imala reproduktivnih ćelija te je bila potrebna donacija ženskih reproduktivnih ćelija, takođe za IVF. Važeći zakon je dozvoljavao isključivo donaciju muških reproduktivnih ćelija i to isključivo u slučajevima oplodnje *in vivo*. Odlučujući u ovom slučaju sud je prvo ustanovio da se pravo može podvesti pod prava koja se štite članom 8. Nadalje sud je našao da su ova prava ograničena prava u skladu sa zakonom i da imaju legitimni cilj. Po pitanju da li su ograničenja neophodna u demokratskom društvu i da li Austrija ima slobodno polje procene sud je našao da bez obzira što se radi o veoma važnim pitanjima za podnositelje predstavki, države uživaju široko polje u slobodi odlučivanja pošto po pitanjima vezanima za BMPO ne postoji evropski konsenzus kao i da ovi slučajevi imaju osetljivu etičku dimenziju. Međutim, Sudu ostaje da oceni da li je, bez obzira na široko polje slobodne procene, država postigla fer ravnotežu između suprotstavljenih interesa u ovom slučaju države kao zakonodavca i onih na koje se odnosi zakoni.⁴⁴

Sud je zatim razdvojio pitanje donacije ženskih reproduktivnih ćelija (drugi par) i donacije muških reproduktivnih ćelija (prvi par) ali je i u slučaju i jednog i drugog para našao da nije došlo do prekoračenja polja slobodne procene, odnosno da ograničenja koja je postavila Austrija u odnosu na IVF doniranim ćelijama

⁴¹ *Dickson v. the United Kingdom* [GC], br. 44362/04, presuda od 4. decembra 2007, stav 85.

⁴² *S. H. and Others v. Austria* [GC], predstavka br. 57813/00, presuda od 3. novembra 2011, presuda dostupna na: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2016/05/CASE-OF-S.H.-AND-OTHERS-v.-AUSTRIA.pdf>, 30. 9. 2022.

⁴³ U pitanju je direktan prevod teksta, stoga autor ovog rada koristi reč „veštačka“.

⁴⁴ Stav 97 presude *S. H. and Others v. Austria*.

ne predstavljaju kršenje ravnopravnosti (član 14) u odnosu na pravo na privatni i porodični život.⁴⁵ Ovakva presuda nije doneta jednoglasno. Naime, četvero sudija⁴⁶ je dalo izdvojeno mišljenje u kojem je iskazalo neslaganje sa činjenicom da je o „nepostojanju evropskog konsenzusa“ zaključeno na osnovu dokumenata koji su razvijeni deset godina pre odluke Velikog veća i to u oblasti kod koje je vreme veoma bitan faktor i koja je u periodu od 10 godina prošla kroz značajne društvene, medicinske i etičke promene. Ono što se posebno kritikuje u izdvojenom mišljenju jeste argument koji je prihvaćen u presudi, a to je da i ukoliko im nije garantovana donacija ćelija, austrijsko zakonodavstvo ne zabranjuje da se ista uradi u drugim zemljama pri čemu će se majčinstvo i očinstvo upisivati u skladu sa željama roditelja. Time se slabe osnovni argumenti suda da ovakva vrsta BMPO stvara nelagodan osećaj u različitim delovima društva kao i da je uperena protiv dobrobiti deteta.⁴⁷ U sledećem slučaju, *Šaron i Merle-Montet protiv Francuske*,⁴⁸ u kojem je sud odbacio predstavku kao neprihvatljivu zbog razloga neiscrpljenosti domaćih pravnih sredstava, podnositeljke predstavke su se žalile na kršenje člana 8 i člana 14 iz razloga što im je odbijeno pravo na BMPO. Naime, bolnica u Tuluzu je 2014. godine odbila zahtev podnositeljki predstavke za BMPO s obzirom na to da je u francuskom zakonodavstvu ona rezervisana isključivo za heteroseksualne parove. Sud je smatrao da se radi o individualnom upravnom aktu protiv kojeg se mogao podneti tužba u upravnom sporu, a podnositeljke predstavke nisu koristile ovo sredstvo smatrajući da bi bilo neefikasno zbog postojeće odluke Ustavnog saveta (*Constitutional Council*) koji je raspravljao o ustavnosti zakona koji je omogućio brak između osoba istog pola. Sud se pak nije složio sa ovakvom odlukom jer je smatrao da se Ustavno veće nije bavilo pitanjem Zakona o zdravstvenoj zaštiti koji reguliše ovu oblast. Osim toga Sud je naveo da je obaveza iscrpljivanja domaćih pravnih sredstava ima za cilj, između ostalog, da državama članicama omogući otklanjanje povrede koja bi mogla biti predmet zahteva pred Sudom pre nego država bude morala odgovarati za svoje postupke. U konkretnom slučaju, domaći sudovi još nisu doneli presude u vezi s odlukama o odbijanju pristupa BMPO istopolnim parovima na osnovu Zakona o zdravstvenoj zaštiti. S obzirom na važnost načela supsidijarnosti, Sud je utvrdio da nisu iscrpljena sva raspoloživa domaća pravna sredstva.⁴⁹

⁴⁵ Stav 115. i 116 presude *S. H. and Others v. Austria*.

⁴⁶ Zajedničko izdvojeno mišljenje u ovom slučaju dale su sudije Tulkens, Hirvela, Lazarova, Trajkovska i Tsotsoria.

⁴⁷ Stav 13 Izdvojenog mišljenja *S. H. and Others v. Austria*.

⁴⁸ *Charron and Merle-Montet v. France*, sažetak odluke, dostupan na , 30. 9. 2022.

⁴⁹ *Charron and Merle-Montet v. France*, sažetak odluke, dostupan na <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-195739%22%5D%7D>.

Slučajevi koji se odnose na manipulacije embrionima odnosno mogućnosti preimplantacijskog ispitivanja (Kosta i Pavan protiv Italije)

Slučaj *Kosta i Pavan protiv Italije*,⁵⁰ se odnosi na vrlo bitan aspekt BMPO koji podrazumeva mogućnost preimplantacionog genetskog ispitivanja embriona. Naime, podnosioci predstavke su zdrave osobe, ali nosioci recesivnog gena za tešku bolest cističnu fibrozu. Oni su 2006. godine postali roditelji devojčice koja je nositeljka oba gena i stoga obolela od cistične fibroze. Gospođa Pavan je 2010. godine ponovo ostala u drugom stanju. S obzirom na to da su podnosioci želeli dete koje nema cističnu fibrozu tokom trudnoće su uradili genetsko testiranje. Pošto se videlo da je fetus nositelj oba gena za cističnu fibrozu, trudnoća je okončana.

U želji da dobiju dete koje nema cističnu fibrozu, podnosioci predstavke su želeli da se podvrgnu postupku IVF-a, gde bi se pre embriotransfera izvršilo preimplantaciono genetsko ispitivanje. Prema propisima Republike Italije BPMP je dozvoljena isključivo u slučajevima kada se dijagnostikuje sterilitet ili određena virusna bolest kod muškarca (što kod podnosioca predstavke nije bio slučaj). Međutim preimplantaciona dijagnostika je zabranjena zakonom.

Odlučujući o ovom slučaju sud nije prihvatio navod države da podnosioci predstavke smatraju da imaju pravo na „zdravo dete“, a da to pravo nije zaštićeno Konvencijom, nego da podnosioci predstavke smatraju da imaju pravo na medicinsku metodu koja će sprečiti da im dete ima cističnu fibrozu i da je takva njihova želja uživa zaštitu prava na privatni i porodični život koju pruža član 8 Konvencije.⁵¹ Nadalje, Sud je smatrao da je ograničenje ovog prava, a koje predstavlja mogućnost samo za parove sa sterilitetom kao i one gde je jedan od partnera oboleo od zarazne bolesti u skladu sa zakonom i da se njime postiže legitimni interes kojim se štiti moral i prava drugih.⁵² Kod pitanja da li je ovakvo ograničenje nužno u demokratskom društvu Sud je smatrao da argumenti koje je država dala da se time štiti zdravlje deteta i žene kao i onemogućava eugeničko izabiranje, ne stoje. Štaviše, metode koje su na raspolaganju podnositeljki predstavke, a koje se podrazumevaju medicinski abortus u slučaju da se pokaže da fetus ima neku genetski bolest, svakako da više nego preimplantacijska dijagnostika utiču kako na zdravlje majke tako i na etičke odluke medicinskog osoblja. Sud je zaključio da pravni okvir u ovoj oblasti nije konzistentan i da ima veoma značajne posledice, posebno na podnositeljku predstavke koja ukoliko želi dete koje nema cističnu fibrozu

⁵⁰ *Costa and Pavan v. Italy*, br. 54270/10, presuda od 28. avgusta 2012, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{“itemid”:\[“001-112993”\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{“itemid”:[“001-112993”]}), 30. 9. 2022.

⁵¹ *Costa and Pavan v. Italy*, br. 54270/10, presuda od 28. avgusta 2012, stav 53.

⁵² *Costa and Pavan v. Italy*, br. 54270/10, presuda od 28. avgusta 2012, stav 58 i 59.

mora proći kroz opasan po zdravlje postupak abortusa ukoliko se pokaže da fetus nosi takvu kombinaciju gena.⁵³ Ovakva nekonzistentnost prema Sudu predstavlja mešanje u pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života i stoga predstavlja kršenje člana 8 Povelje.

Slučajevi BMPO post mortem

Posebnu grupu slučajeva koji su se našli pred Sudom čine slučajevi tzv. *post mortem* BMPO. U ovim slučajevima od kojih je slučaj *Petitori i Lancman protiv Francuske*⁵⁴ proglašen *neprihvatljivim rationae materiae*, tri su još u postupku te ne možemo izvesti nekakvu pravilnost. Ono što možemo spekulirati jeste da će se Sud slično kao i slučaju *Petitori Lancman* rukovoditi teorijom širokog polja slobodne procene kao i pitanjem da li se može nedvosmisleno utvrditi volja preminulih te da li su oni dali eksplicitnu saglasnost da se oplodnja odnosno transfer vrši i nakon njihove smrti.

U slučaju *Petitori-Lancman protiv Francuske*, radi se o majci mladog muškarca koji je oboleo i umro od maligne bolesti. Čim je saznao za svoju bolest, tri godine pre smrti, on je poduzeo korake da deponuje reproduktivne ćelije i raspitivao se o mogućnosti da ostvari potomstvo u inostranstvu. Nakon smrti njegova majka je podnela zahtev da se njegove ćelije prenesu u državu u kojima bi mogla biti obavljena IVF i surogat materinstvo kao bi se nastavila „loza Lancmanovih“. Ovaj njen zahtev je odbijen pred Upravnim sudom, iz razloga što je izvoz ćelija zabranjen francuskim zakonom. Isto tako sudija je primetio da nije dokazano da se sin saglasio sa korišćenjem ćelija nakon njegove smrti. Podnositeljka predstavke se obratila sudu smatrajući da se ovako krši pravo na privatni ili porodični život. U analizi predstavke Sud ju je podelio na dva dela, jedna se odnosila na prava pokojnog sina a druga na prava podnositeljke predstavke. U odnosu na prava pokojnog sina, Sud je zaključio da je predstavka *neprihvatljiva ratione personae*, s obzirom na to da se radi o pokojniku a da prava na odluku da se postane roditelj spadaju u kategoriju neprenosivih. U odnosu na podnositeljku predstavke sud je zaključio da njeno pravo da nastavi „lozu Lancmanovih“ nije zaštićeno članom 8, da ono ne garantuje pravo da se zasnje porodica odnosno u slučaju podnositeljke predstavke ne garantuje pravo da se bude baka, te je stoga predstavku proglasio *neprihvatljivom ratione materiae*.⁵⁵

⁵³ *Costa and Pavan v. Italy*, br. 54270/10, presuda od 28. avgusta 2012stav 64 i 65.

⁵⁴ *Petithory Lanzmann v. France* (dec.) – 23038/19 odluka od 12. 11. 2019, odluka o neprihvatljivosti dostupna na [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["002-12688"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), 30. 9. 2022.

⁵⁵ *Petithory Lanzmann v. France* (dec.) – 23038/19 odluka od 12. 11. 2019.

Slučaj *Dalu protiv Francuske*,⁵⁶ donekle podseća na slučaj *Petitori Lancman* ali se od njega i bitno razlikuje po sledećem. Naime ovde je podnositeljka predstavke, gđa Valeri Dalu, (vanbračna) supruga preminulog od maligne bolesti, koji je pre nego što je počeo ciklus hemoterapije deponovao svoje reproduktivne ćelije sa željom da započne postupak BMPO. Nakon iste, zdravlje M. C. naglo se pogoršalo te je on ubrzo preminuo. Gospođa Dalu je zatražila od klinike u kojoj su čuvane ćelije da se iste transportuju u Španiju u kojoj je dozvoljena inseminacije *post mortem*. S obzirom na to da nije dobila odgovor od klinike, gđa Dalu se obratila sudu, ali joj je zahtev odbijen s obrazloženjem da član 8 Konvencije u ovakvim slučajevima ostavlja široko polje procene. Nadalje sud je ustvrdio da M. C. nikada nije izričito pristao da se njegove ćelije koriste *post mortem*, kao to da i tužilja nema nikakve veze sa Španijom nego da na ovaj način želi da izigra francuske zakone. Sličnu situaciju imamo i kod slučajeva *Baret protiv Francuske* i *Kabalero protiv Francuske*,⁵⁷ s tim što se za razliku od slučaja *Dalu protiv Francuske* kod slučaja *Kabalero protiv Francuske* radi o *post mortem* transferu embriona.

BMPO i pitanja anonimnosti donatora i prava na znanje ličnog porekla

Dve predstavke koje su se pojavile pred Sudom, a o kojima još nije odlučeno su pitanja usko vezana za pitanja oplodnje doniranim ćelijama da tiču se anonimnosti ili neanonimnosti donora reproduktivnih ćelija. Naime, u predstavkama *Gavin-Fornis protiv Francuske*⁵⁸ i *Siliu protiv Francuske*⁵⁹, radi se o osobama koje su začete uz pomoć doniranih reproduktivnih ćelija. Kada su odrasli roditelji su im rekli okolnosti njihovog začeća te su potražili svoje biološke roditelje. U ovome ih je sprečio francuski pravni sistem pošto je odavanje identiteta donora zabranjeno i jedino su lekari dužni da otkriju određene informacije o identitetu donora u vezi sa lečenjem, ali one ne smeju biti takve da identifikuju iste. Stav jeste da anonimnost donora reproduktivnih ćelija uspostavljena da bi se zaštitili privatni i porodični život donora, primaoca ćelija i njihovih porodica i da je zakonodavac ovim napravio ravnotežu koja bi bila poremećena ukoliko bi se skinula oznaka poverljivosti sa ovih podataka. Podnosioci pak misle da ova pravila krše njihovo pravo da budu informisani o svom poreklu i da su diskriminatorna.

⁵⁶ *Dalleau v. France* (br. 57307/18), [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-194115"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{), 30. 9. 2022.

⁵⁷ Za više videti https://www.echr.coe.int/documents/fs_reproductive_eng.pdf, 30. 9. 2022.

⁵⁸ *Gauvin-Fournis v. France*, predstavka br. 21424/16, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["002-12195"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), 30. 9. 2022.

⁵⁹ *Silliau v. France* (predstavka br. 45728/17), [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["002-12196"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), 30. 9. 2022.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Možemo zaključiti da razvoj pravnih standarda i prakse, kao i institucija koje se bave pitanjima BPMO unatoč tome što se relativno brzo razvija, još uvek kaska za medicinskom praksom što je karakteristično za mnoga pitanja vezana za bio-etiku (npr. pitanja transplantacija, genetskih ispitivanja, kloniranja). To se može objasniti sa jedne strane dinamičnošću medicinskih i zdravstvenih istraživanja, i ne istovetnom brzinom razvijanja legislativnih postupaka, kako na međunarodnom, tako i na nacionalnom nivou.

Javljaju se novi pravi i medicinski izazovi koje je potrebno rešiti u skladu sa postojećim standardima odnosno izgradnjom novih. Tako se tek npr. mogućnostima uzimanja i čuvanja polnih ćelija i tkiva od preminulih javila pitanja vezana za BMPO posle smrti.

Nadalje, ovo su po pravilu pitanja koja u sebi sadrže ne samo medicinske i pravne dileme nego i etičke, filozofske i verske aspekte i obzire, a koje zahtevaju široke konsultacije i uvažavanje različitih, često i direktno suprotstavljenim zahteva i interesa različitih aktera. U vezi sa praksom ESLJP možemo zaključiti jeste da se radi o vrlo delikatnoj materiji kojoj Sud pristupa sa mnogo opreza. U većini slučajeva sud je pitanja iz BMPO prihvatao razumeo kao kršenje prava iz člana 8 i na taj produbljavao i tumačio domen prava zaštićenih članom 8 Povelje. Zanimljivo je da sud uglavnom nije nalazio kršenja drugih članova Povelje na koje su se podnosioci predstavki pozivali. Tako recimo u slučaju *Evans protiv UK* Sud nije našao kršenje člana 2, s obzirom da u nedostatku evropskog konsenzusa kada počinje i kada završava život, države imaju u vezi sa tim pitanjem široko polje procene, a da prema pravu Ujedinjenog Kraljevstva, embrioni nemaju nezavisna prava i interese. U drugom primeru u vezi sa prirodom embriona Sud je našao u slučaju *Parilo protiv Italije* da je predstavka u odnosu na član 1 protokol 1 neprihvatljiva zato što se pravo na mirno uživanje imovine ne može primeniti i na embrione pošto oni nisu „imovina“ u smislu te odredbe.

Evidentno je da Sud pitanja BPMO vidi kao oblast u kojoj ne postoji evropski konsenzus niti u ukupnosti, a još manje u pojedinim oblastima (npr. heterolognoj BMPO) te da se radi o oblasti u kojoj je dozvoljena široko polje slobodne procene. U ovom širokom polju slobodne procene nalazimo na dva suprotstavljena stava kako to i sam Sud primećuje. Naime Sud stoji na stanovištu da kaže da je to polje slobodne procene naročito široko kad se radi o oblastima koje uključuju osetljiva etička pitanja ali isto tako da to široko polje može biti suženo kad se radi o pitanjima koja su posebno značajna za pojedinca, što sticanja potomstva svakako jeste.

Opet u vezi sa širinom slobodne procene, a posebno vezano za BMPO Sud je na stanovištu da bez obzira što neke biomedicinske prakse postaju zastupljenije

u zakonodavstvu država članica Saveta Evrope (npr. doniranje reproduktivnih ćelija) ne može se smatrati da o njima postoji društveni konsenzus koji je zasnovan na usaglašenoj i dugotrajnoj zakonskoj praksi i da se samim time neminovno ne sužava oblast slobodne procene.

U odnosu na aspekte BMPO o kojima još nije odlučivano, barem ne u meritumu, a tiču se prava partnera u istopolnim zajednicama/brakovima na pristup BMPO, kao i u slučajevima *post mortem* embriotransfera kao i prava na ukidanje anonimnosti donora reproduktivnih ćelija, smatramo da će se sud rukovoditi doktrinom širokog polja slobodne procene pošto u odnosu na ove aspekte, još više nego u odnosu na ranije opisane aspekte BMPO nema evropskog konsenzusa, a radi se veoma kompleksnim i osetljivim pitanjima kako sa pravnog tako i medicinskog, moralnog i etičkog aspekta.

O tome koliko su ova pitanja značajna govori i činjenica da je u ovim slučajevima odlučivalo Veliko veće koje u principu odlučuje prilično retko,⁶⁰ i to bilo iz razloga predviđenih članom 43 (slučaj *Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, slučaj *Dikens protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, slučaj *S. H. protiv Austrije*) ili je slučaj zbog svoje kompleksnosti upućen Velikom veću u skladu sa članom 30 (slučaj *Parilo protiv Italije*) što nam je i dokaz da se radi o pitanjima važnim za tumačenje Konvencije ili o nekim drugim pitanjima od opšteg značaja.⁶¹

JELENA JOKANOVIĆ
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

BIOMEDICAL ASSISTED REPRODUCTION STANDARDS IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

The paper deals with biomedical assisted reproduction (BMAR), which is a set of procedures by which persons who for various reasons cannot have children in the usual way are enabled to have a child. BMAR procedures have been developing intensively since 1978, when the first „test tube baby“ was born, despite the fact that certain methods that fall within the scope of BMAR, such as insemination, were in use for the past hundred years. BMAR, apart from the medical one, represents both a bioethical and a legal challenge, at the international and national level. Legal issues within the BMAR concern a wide range of rights related to the right to life, protection of private and family life, as well

⁶⁰ S. Đajić, op. cit., 175.

⁶¹ *Ibidem*.

as the right to protection against discrimination. Within this paper, the author gave an overview of the basic concepts related to BMAR. We further studied the mechanisms and standards developed within the Council of Europe, and the current case law of the European Court of Human Rights in petitions that referred primarily to the protection of the right to private and family life, and in relation to various aspects of BMAR.

Key words: BMPO, bioethics, right to private and family life, ECtHR

Literatura

„Assisted reproduction in developing countries-facing up to the issues“, Progress newsletter, No. 63, 2003, https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/progress_63/en/.

Đajić S., Evropsko pravosuđe, Službeni Glasnik, Beograd, 2012.

Information document concerning the DH-BIO“, <https://rm.coe.int/inf-2021-2-info-doc-dh-bio-e/1680a2cfbb>.

Herz E. K., „Infertility and bioethical issues of the new reproductive technologies“, Psychiatr. Clin. North Am., Vol. 12, No. 1, Washington DC, 1989.

San Francisco Health, University of California, <https://www.ucsfhealth.org/education/faq-intracytoplasmic-sperm-injection>.

Stateneews, <https://www.statnews.com/2017/01/28/egg-donors-risks/>.

World's first „test tube“ baby born, <https://www.history.com/this-day-in-history/worlds-first-test-tube-baby-born>.

PREGLEDNI RAD

PENNY BOOTH

**PARENTAL RESPONSIBILITY AND A NON-BIOLOGICAL
PARENT A CASE IN MIND:**

**FC v MC and Another [2021] EWHC 154 (Fam),
[2021] All ER (D) 37 Feb**

In this paper the author deals with the case of FC v MC and Another [2021] EWHC 154 (Fam), [2021] All ER (D) 37 Feb. Namely, that there are always problems and arguments between parental carers in the actions and conduct of parenting, whatever the jurisdiction, language, religion or culture of the society in which this parenting takes place. Sometimes parenting problems occur simply because the parents disagree, and sometimes because cultural beliefs and acquired meanings influence perceptions of what care should be given and who should be giving it. The latter – who gives the care – can become the focus for the parents. The case which is the subject of this paper may be regarded as illustrating something of a new, or a newer, approach in caregiving and a reflection of new parenting possibilities within the context of the conference theme of justice and fairness in court proceedings. For some it will not, upon consideration, be new but for many it will question or even undermine traditional and accepted views of who should be regarded as a “parent” and what it is about our current hierarchy of parents that might reflect the establishment of tradition and the formulation of legal provision in family law. It reflects personal situations which are problematic for some parents and shows how the law is used in court proceedings to produce justice and fairness, even where difficult personal situations are concerned.

Key words: *parent, parental responsibility, child arrangements, non-birth mother*

Penny Booth, Lecturer in Law, Newcastle Law School, Newcastle University in Newcastle upon Tyne, United Kingdom, a tutor at The Open University in the UK, e-mail: penny.booth@btinternet.com.

A NEW(ER) APPROACH IN CAREGIVING?

The case of *FC v MC and Another* [2021] EWHC 154 (Fam), [2021] All ER (D) 37 Feb¹, referred to as *FC v MC* (or “the case”) was decided in the UK High Court Family Division in 2021² and concerned the granting of Parental Responsibility³ to a non-birth mother in a disputed lesbian parenting case.

Parental Responsibility is an important concept in English Family Law and the outline of it in the Children Act, 1989, is below:

3 Meaning of “parental responsibility”.

(1) In this Act “parental responsibility” means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.

(2) It also includes the rights, powers and duties which a guardian of the child’s estate (appointed, before the commencement of section 5, to act generally) would have had in relation to the child and his property.

(3) The rights referred to in subsection (2) include, in particular, the right of the guardian to receive or recover in his own name, for the benefit of the child, property of whatever description and wherever situated which the child is entitled to receive or recover.

(4) The fact that a person has, or does not have, parental responsibility for a child shall not affect –

(a) any obligation which he may have in relation to the child (such as a statutory duty to maintain the child); or

(b) any rights which, in the event of the child’s death, he (or any other person) may have in relation to the child’s property.

(5) A person who –

(a) does not have parental responsibility for a particular child; but

(b) has care of the child,

may (subject to the provisions of this Act) do what is reasonable in all the circumstances of the case for the purpose of safeguarding or promoting the child’s welfare.⁴

¹ For the full case please see the following link: *FC v MC* | [2021] EWHC 154 (Fam) | England and Wales High Court (Family Division) | Judgment | Law | CaseMine.

² *FC v MC and Another* [2021] EWHC 154 (Fam), [2021] All ER (D) 37 Feb.

³ Parental Responsibility under English Law Children Act 1989, section 3 Children Act 1989 (legislation.gov.uk).

⁴ The content of section 3 as at the link accessed on 6th July, 2022. Children Act 1989 (legislation.gov.uk).

In January 2021 the child, referred to as D in the legal case reports, was around five years old. The case was brought by the non-birth mother (FC) to secure Parental Responsibility (PR) for her son. The application was opposed by the biological mother (MC). MC and FC had been in a lesbian relationship for eight years until they separated in 2018. The child had been conceived by “unofficial” artificial insemination which had taken place at home, using the sperm of a known sperm donor, and not using the services of a fertility clinic. Had the fertilisation taken place at a clinic the application of the law would have been different because the provisions would have had the potential to give the non-biological mother legal status. The reason given in the report for this unofficial fertilisation at home was that the lesbian couple could not afford the charges levied by the fertility clinic for treatment involving fertilisation and would not or could not wait for treatment on the National Health Service. As the conception took place outside a UK fertility clinic and the couple were not married⁵ or civilly partnered⁶ the non-biological mother had no legal standing as “mother”. It is possible to enter into a marriage (since 2013) or a civil partnership (since 2019) whether as a same sex couple or an opposite sex couple under English Law.⁷ The provision in English law means that FC could not be named on D’s birth certificate as she was not the child’s second legal parent (the couple were not married, civilly partnered and had not received treatment ‘together’ at a fertility clinic) and MC had given birth to the child. Had a licenced fertility clinic been used this would have been possible irrespective of marital status *viz-a-vis* each other and the child. So – FC could not be named on the birth certificate and therefore this was the origin of the legal issue for them that arose later and gave rise to this case hearing. FC was not the ‘second legal parent’ under English legislation⁸ but the child, D, was cared for by both FC and MC as they had intended originally as a couple living together. MC was the birth mother and in accordance with English law was regarded as the child’s mother and the only person in possession of Parental Responsibility under section 3 of the Children Act 1989 because she had given birth to the child. The asserted life plan of the couple had been that both women would be joint parents and would jointly care for the child. Whilst MC was the birth mother, FC attended medical appointments

⁵ Same sex marriage is possible under English Law via the Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 (legislation.gov.uk)*.

⁶ Civil Partnership Act 2004 *Civil Partnership Act 2004 (legislation.gov.uk)* is for opposite or same sex individuals who wish to enter into a civil partnership.

⁷ The Civil Partnership (Opposite-sex Couples) Regulations 2019 *(legislation.gov.uk)*.

⁸ Human Fertilisation and Embryology Act 2008 *Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (legislation.gov.uk)*.

(thus showing commitment, as the court noted), and both were jointly involved in the early period of the child's life, the child being aged five at the time of this hearing in February 2021. The court was told that both women had jointly planned the child's conception by 'informal fertilisation' and that it had been intended that FC and MC would be joint parents, no matter their legal status together. What they did not provide for was the status of each after deciding to avoid a fertility clinic.

In accordance with the provisions of Sections 42 and 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008⁹ two parents "together" can be the parent and the second parent, but only if the services of a licenced fertility clinic are used. Section 42 cannot be used in FC v MC because the parties were neither married to each other nor in a civil partnership with the other party. A known sperm donor was used in this instance, and this is usually an informal way of saying that a male known to the parties and willing to donate sperm so that one or both of the parties could become pregnant using "informal" means was utilised, and conception was NOT achieved via licenced fertility clinic treatment.¹⁰ Had that been so then the law applied would have immediately resolved the dispute but not necessarily with the justice and fairness outlined here.

In August 2018 FC and MC separated as a couple, and the child had regular contact with both women, although he was cared for at home by MC. Contact stopped following an argument between MC and FC in June 2019. FC (the non-biological mother) made an application for a Parental Responsibility Order under section 3 of the Children Act 1989¹¹ and an order to direct with whom the child should spend time with under those provisions.¹² The second female parent provisions are noted for ease of reference below:

F14ZA Acquisition of parental responsibility by second female parent

(1) Where a child has a parent by virtue of section 43 of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 and is not a person to whom section 1(3) of the Family Law Reform Act 1987 applies, that parent shall acquire parental responsibility for the child if –

(a) she becomes registered as a parent of the child under any of the enactments specified in subsection (2);

⁹ Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (*legislation.gov.uk*) note.

¹⁰ Frequently and informally referred to as the "warm jam jar and turkey baster" method. It is without testing or monitoring and is discouraged by fertility authorities.

¹¹ Children Act 1989 (*legislation.gov.uk*).

¹² Children Act 1989 (*legislation.gov.uk*) section 4.

(b) she and the child's mother make an agreement providing for her to have parental responsibility for the child; or

(c) the court, on her application, orders that she shall have parental responsibility for the child.

(2) The enactments referred to in subsection (1) (a) are –

(a) paragraphs (a), (b) and (c) of section 10(1B) and of section 10A(1B) of the Births and Deaths Registration Act 1953;

(b) paragraphs (a), (b) and (d) of section 18B(1) and sections 18B(3)(a) and 20(1)(a) of the Registration of Births, Deaths and Marriages (Scotland) Act 1965; and

(c) sub-paragraphs (a), (b) and (c) of Article 14ZA(3) of the Births and Deaths Registration (Northern Ireland) Order 1976.

(3) The Secretary of State may by order amend subsection (2) so as to add further enactments to the list in that subsection.

(4) An agreement under subsection (1)(b) is also a “parental responsibility agreement”, and section 4(2) applies in relation to such an agreement as it applies in relation to parental responsibility agreements under section 4.

(5) A person who has acquired parental responsibility under subsection (1) shall cease to have that responsibility only if the court so orders.

(6) The court may make an order under subsection (5) on the application–

(a) of any person who has parental responsibility for the child; or

(b) with the leave of the court, of the child himself,

subject, in the case of parental responsibility acquired under subsection (1) (c), to section 12(4).

(7) The court may only grant leave under subsection (6)(b) if it is satisfied that the child has sufficient understanding to make the proposed application.]

Arrangements for children's care in private law disputes (where parents disagree about significant aspects of the child's upbringing, or where they wish to be legally recognised and have some say or control in the child's life, such as *FC v MC*) can be found under section 8¹³ and include provisions relating to with whom a child may spend time using the power under the same section of the Children Act. Obviously, people only learn of such provisions where a problem arises, and the parents are unable to resolve disputes without going to court to ask the court to apply the law. Outside of court parties may come to some arrangement themselves, with or without knowledge of the guidance that court decisions may provide to the resolution of family disputes.

¹³ Children Act 1989 (legislation.gov.uk).

[F1Child arrangements orders] and other orders with respect to children.

(1) In this Act –

– “[F2child arrangements order” means an order regulating arrangements relating to any of the following –

(a) with whom a child is to live, spend time or otherwise have contact, and

(b) when a child is to live, spend time or otherwise have contact with any person;]

– F3...

– “a prohibited steps order” means an order that no step which could be taken by a parent in meeting his parental responsibility for a child, and which is of a kind specified in the order, shall be taken by any person without the consent of the court;

– F3...

– “a specific issue order” means an order giving directions for the purpose of determining a specific question which has arisen, or which may arise, in connection with any aspect of parental responsibility for a child.

(2) In this Act “a section 8 order” means any of the orders mentioned in subsection (1) and any order varying or discharging such an order.

(3) For the purposes of this Act “family proceedings” means any proceedings –

(a) under the inherent jurisdiction of the High Court in relation to children; and

(b) under the enactments mentioned in subsection (4),

but does not include proceedings on an application for leave under section 100(3).

The parties in *FC v MC* omitted to make further legal arrangements (such as guardianship or parental responsibility). One may wonder why they did not take enough care to do so, but this appears to have had more to do with lack of foresight – a state of mind found among many (potential) parents until a separation and dispute occurs. At the time of the child’s birth and very early years, as *FC* stated, they were excited about being parents and they left the legal detail aside. This did not appear to have become an issue until the relationship between the two parents broke down, thus creating the potential for this private law dispute. It gave an opportunity for the court to look at the application of current law in such situations. This is a common experience for heterosexual couples where marriage or civil partnership exists between the couple and so is not a surprise to lawyers. *FC* claimed that both parties took part in the care of the child and the child knew. Whilst both agreed with this, *MC* stated that she had considered herself to be the ‘main’ carer for most of the time and did not agree to *FC* having Parental

Responsibility because of the entirety of the meaning and application of that – she was not legally attached to the other party, their relationship had broken down, and it was MC who had become pregnant and given birth to the child. She felt she had the main role to play in the child’s life and believed that she had already demonstrated this.

Unfortunately, there was no agreement between the parties on the issues before the court. Normally, under English Law the court would have asked and encouraged the parties to reach agreement. MC considered herself to be the main carer and the one to have taken responsibility for the child throughout his life thus far. She felt unable to support there ever having been, or being in the future, any benefit in FC having Parental Responsibility, she was concerned about the level of commitment of FC to the child. MC was also concerned about the possible conflict between her parenting style and that of FC in everyday parenting activities which might then lead to conflict which would have impacted on the child. Again, not uncommon concerns in separations where there are children.

Separated parents in the UK do not always or even usually have to think about whether they are the child’s legal parent – they so often have a connection with the child which is easier to demonstrate. This case is different because it was about two same sex parents who were not both legal parents because they were neither married, nor civilly partnered, and the child had not been conceived using the services of a licenced fertility clinic. The child was conceived using donor conception used “informally” and the rules relating to this are very specific. Legal parentage is not conferred upon non-birth mothers with children conceived before 6th April 2009, and unmarried non-birth mothers who conceive through artificial home insemination or at a clinic overseas. Had a licenced clinic been used this would not be so. FC did not fall within the definition of a legal parent.¹⁴ The child had no legal parental connection with FC at all, and this may be an omission in the statutory provision, although legally connecting those who act as parent with a child to whom they have no connection is not straight forward. It is clear from the case report that the parties agreed the child had emotional and psychological connection with both women, irrespective of legal connection. Legal connection can be “measured”, but emotional/psychological connection cannot be so legally measured, although it can exist, of course.

The court must decide whether and how the welfare of the child applies in the situation. In Children Act 1989 cases the welfare of the child is the paramount consideration. In *Re G (Children) (Residence: Same-Sex partner)* [2006] UKHL 43

¹⁴ Sections 42 and 43 Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

Baroness Hale considered same-sex relationships. It was accepted that a person may be a parent in a number of different ways, including biological, social and psychological. This is important when applied to same-sex relationships because one parent is not a biological or gestational parent (they did not give birth), they may be a parent and in this case was so described by the other party. In *Re G* the court decided that a parent could be treated as a parent even if not a legal parent – the welfare of the child was the crucial consideration. The decision in the 2006 case follows in from a much earlier case in 1991 (*Re H (Minors) (Local Authority: Parental Rights (No 3) [1991] Fam 151*) where the Court of Appeal¹⁵ took into account three factors in deciding the case. Firstly, the degree of commitment of the parent towards the child, secondly, the degree of attachment between parent and child, and thirdly, the motivation behind the application. These three factors – care, attachment and reason for application applied in a case of a mother and father in *Re H (1991)*, and also in the same-sex case in *Re G (2006)*. This indicates a willingness of the English courts (and an acceptance) in regarding opposite and same-sex cases to be heard with the “best interests” of the child in mind, irrespective of the sexual orientation of the parties.

In *FC v MC 2021* the court decided it was in the child’s best interests for FC to have parental responsibility and for a shared care and shared lives order to be made under the arrangements for the child. This may appear to jurisdictions without an acceptance of same-sex relationships and the consequences of bringing children into the world (howsoever “made”) to be strange, yet it is far less so in the UK, albeit still relatively rare. Why was this case, *FC v MC*, so relatively rare? FC had made a lifelong commitment which the court accepted. She had continued to show this through the child’s early life. Within the judgement at paragraph 23 the judge said that it was less the apparent agreement or understanding made between the parties, than the evidence and commitment shown which would benefit the child. Commitment and attachment may be “assumed” in relationships of a more traditional nature, yet this lesbian (‘erstwhile’) couple were BOTH able show commitment and attachment which was in the child’s interests. The party who had not given birth to the child was able to show that commitment referred to in *Re H* in 1991 where a father making an application to have such a legal attachment to THEIR child had to show commitment, attachment and motivation or reason for the seeking of the order for Parental Responsibility. The judge went on to discuss issues relating to parental concerns and worries without drawing a real distinction between parents who were married or civilly partnered, or those of opposite or

¹⁵ The court below that of the UK Supreme Court which replaced the House of Lords as the highest court within the UK.

same-sex. The judge considered that parental concerns (from the parent MC, in this case) were “natural” concerns born of worry during a parental separation and private law ordering dispute rather than any real evidenced issues in relation to the child being in danger. What was weighted highly was that the child, aged five, showed attachment to both women as parents and the law therefore takes note of the importance and meaning of the potential and the actuality of the relationship demonstrated here – it was in the child’s best interests to do so.

CONCLUSION

Why is this case a good reflection of court proceedings with justice and fairness? Same-sex parents who are psychological parents can be granted parental responsibility according to the same test applying to the traditional opposite sex couple who are parents. Same sex couples are treated as if they were biological and legal parents if the connection between child and parent is established to be in the child’s best interests. Attachment, commitment and reason for the request for the parental responsibility order and arrangements remain as important as they were in English Law over thirty years ago in *Re H*¹⁶. The non-birth mother can be in just as important a position even if not legally connected to the other party / birth mother because English law has focussed on the best welfare of the child. That is the justice of the child’s situation, not justice simply as between the parents themselves.

This case reflects changes in English law over a period of time, but also a relatively rapid recognition of same-sex relationships and the impact on children. In the 1991 case of *Re H*, the 2006 case of *Re G* and the 2021 case of *FC v MC* we have individuals asserting themselves as parents and linked with a child, and the demonstration of the focus of the court in looking at a situation where traditional perspectives on parenting and any legal recognition of it were targeting the best welfare of the child concerned. The opportunity to refocus not on parents or their legal status but actions as parents, and the impact on the child, might be regarded by some as a simple but strong affirmation of the most important factor in “couplesdom” itself – that having children, howsoever “produced”, means the best welfare and interests of the child become the most important priority in any sought-after justice and application of fairness in court proceedings concerning disputed private law hearings.

¹⁶ Jade Quirke and Heidi Burrows make this point in their article on the case “PR granted to a non-birth mother in a disputed lesbian parenting case”, *A review of the High Court Family Division case of FC v MC [2021] EWHC 154 (Fam) (29 January 2021)*, *The Review*, Issue 211, 29, <https://www.ngalaw.co.uk/uploads/docs/60b8ca0260ec6.pdf>.

PENNY BOOTH

Predavač, Pravni fakultet Univerziteta Njukastlu

RODITELJSKO PRAVO I NEBIOLOŠKI RODITELJ

Slučaj FC protiv MC i drugog [2021] EWHC 154 (Fam),

[2021] All ER (D) 37 Feb

Rezime

Autor se u radu bavi slučajem FC protiv MC i drugog [2021] EWHC 154 (Fam), [2021] All ER (D) 37 Feb. Problemi vezani za roditelje koji vrše roditeljsko pravo i način vršenja roditeljstva često se javljaju, bez obzira na nadležnost, jezik, religiju ili kulturu društva u kome se roditeljstvo vrši. Problemi u vršenju roditeljskog prava ponekad nastaju jednostavno zato što se roditelji ne slažu, a ponekad usled kulturnih shvatanja koja utiču na percepciju kakvo staranje treba da bude i ko treba da ga vrši. S druge strane, pitanje ko vrši staranje može biti od centralnog značaja za roditelje. Slučaj koji je predmet ovog rada može se smatrati ilustracijom novog ili novijeg pristupa u pogledu pitanja staranja i refleksijom novih mogućnosti staranja u kontekstu konferencijske teme o pravdi i pravičnosti u sudskim postupcima. Za neke to neće predstavljati novinu, dok će za druge to dovesti u pitanje tradicionalna i prihvaćena shvatanja o tome ko treba da bude smatran „roditeljem“. Sve to se može reflektovati na uvođenje odgovarajućih zakonskih odredaba u porodičnom pravu. Pored toga, analizirani slučaj može predstavljati ilustraciju određenih ličnih situacija koje su za neke roditelje problematične i pokazati kako je pravo, čak i u takvim slučajevima, primenjivano u sudskim postupcima, u cilju ostvarenja pravde i pravičnosti.

Key words: roditelj, roditeljska odgovornost, staranje o detetu, majka koja nije rodila dete

PEER COMMENTARY

DOBROSAV MILOVANOVIĆ

**RAZMATRANJE POJEDINIH ASPEKATA POKRETANJA
I PRETHODNOG POSTUPKA UPRAVNOG SPORA U CILJU
UNAPREĐENJA NJEGOVE DELOTVORNOSTI
I EKONOMIČNOSTI**

Kvalitetna provera zakonitosti akata koji su predmet upravnog spora podrazumeva i povećanje brzine odlučivanja, jer podnosioci tužbe protekom vremena delimično ili u potpunosti mogu da izgube smisao pružanja zaštite. Ključni razlozi zbog kojih kvalitet i brzina odlučivanja u upravnom sporu još uvek nisu na potrebnom nivou su raznovrsni. Najpre, to je određeni broj nedovoljno kvalitetnih odluka organa javne uprave, koji potiče od nedostatka pojedinih znanja ili neopravdane neažurnosti. Zatim, još od osnivanja Upravnog suda postoji problem nedovoljnog broja sudija i sudijskih pomoćnika u odnosu na broj nasleđenih i novih predmeta, koji pritom potiču iz veoma raznovrsnih upravnih oblasti. Preopterećenost predmetima i kriterijum broja rešenih predmeta za ocenjivanje rada sudija praktično usmeravaju sudije da u određenim slučajevima prvenstveno obraćaju pažnju na formalne razloge za poništavanje akata i da, u najvećem broju slučajeva, ne odlučuju u sporu pune jurisdikcije. Neodlučivanje u sporu pune jurisdikcije nije uvek opravdano, naročito ako je u pitanju očigledna pogrešna primena materijalnih propisa od strane organa javne uprave. Imajući u vidu navedene probleme, u radu se razmatraju pitanja strukture upravnog spora sa aspekta njegovog pokretanja i pripremnog postupka, u cilju predlaganja rešenja koja mogu da doprinesu povećanju delotvornosti i ekonomičnosti upravnog spora, a time i kvalitetnijoj i bržoj zaštiti prava stranaka i javnog interesa. Posebna pažnja posvećuje se organu kome se tužba podnosi

Prof. dr Dobrosav Milovanović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: bata@ius.bg.ac.rs. Ovaj rad je sačinjen kao deo projekta na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“.

i rokovima za njihovo izjavljivanje, (ne)mogućnosti Upravnog suda da odluči o svim formalnoprocesnim aspektima tužbe bez dostavljanja spisa predmeta, postupku odlučivanja po privremenim merama, mogućim nedoslednostima i zabunama u vezi sa oglašavanjem rešenja ništavim, organizaciji pripremnog odeljenja Upravnog suda, kao i digitalizaciji.

Ključne reči: *upravni spor, podnošenje tužbe, prethodni postupak, delotvornost, digitalizacija*

U V O D

Kvalitetna provera zakonitosti akata koji su predmet upravnog spora,¹ pored temeljnog razmatranja zakonitosti činjeničnih i pravnih pitanja² podrazumeva i povećanje brzine odlučivanja. Potonje je od posebnog značaja, jer je podnosiocima tužbe veoma važno ne samo da se utvrdi nezakonitost određenog akta, nego i da se to učini pravovremeno jer se, naročito u pojedinim slučajevima, protekom vremena delimično, a nekada i u potpunosti gubi smisao pružanja zaštite.

Ključni razlozi zbog kojih kvaliteta i brzina odlučivanja u upravnom sporu još uvek nisu na potrebnom nivou su raznovrsni. Najpre, to je određeni broj nedovoljno kvalitetnih odluka organa javne uprave, koji potiče od nedostatka pojedinih znanja ili neopravdane neažurnosti. Naime, za razliku od krivičnog i parničnog postupka, gde spor uglavnom ne nastaje zbog pogrešnog rada nekih drugih državnih organa ili nosilaca javnih ovlašćenja (osim npr. kod krivičnog dela državnog službenika ili štete koju je pričinio državni organ), upravnom sporu upravo prethodi (nezakonito) (ne)postupanje državnog organa ili imaoca javnog ovlašćenja. Stoga, rešavanje problema obima i vrste rada Upravnog suda u velikoj meri neposredno zavise od preduzimanja mera da se unapredi kvalitet rada javne uprave. To podrazumeva skup sistemskih mera kao što su funkcionalna analiza javne uprave na svim nivoima, pravilna raspodela poslova po organima, određivanje broja službenika i kompetencija neophodnih za kvalitetno obavljanje ovih poslova. Naravno u pitanju je kontinuirani proces, u kome nazamenljivu ulogu ima praćenje stanja u oblasti.

¹ Odredbama Zakona o opštem upravnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 18/16, 95/18 – autentično tumačenje) znatno je proširen pojam upravne stvari, što će još više povećati broj predmeta upravnog spora, naročito ako se poveća broj zakona koji će u posebne oblasti da uvede garantne akte, odnosno upravne ugovore, kao i ako stranke otpočnu češće da koriste prigovor protiv upravnih radnji, pružanja javnih usluga, kao i (budućih) upravnih ugovora, pa posledično, izjave tužbe na konačna rešenja doneta povodom prigovora.

² Zbog velike preopterećenosti Upravnog suda brojnim predmetima, u određenom broju predmeta kontrola zakonitosti se svodi na poništavanje upravnih (i drugih relevantnih pravnih akata) isključivo zbog procesnih nedostataka.

Zatim, još od osnivanja Upravnog suda postoji problem nedovoljnog broja sudija i sudijskih pomoćnika u odnosu na broj nasleđenih i novih predmeta.³ Pored broja predmeta, potrebno je imati u vidu da oni potiču iz veoma raznovrsnih upravnih oblasti.⁴ Poseban problem predstavljaju i izborni predmeti koji periodično (češće nego na četiri godine) onemogućavaju ili znatno otežavaju rad ovog suda.⁵ Preopterećenost predmetima i kriterijum broja rešenih predmeta za ocenjivanje rada sudija praktično usmeravaju sudije da u određenim slučajevima prvenstveno obraćaju pažnju na formalne razloge za poništavanje akata i da, u najvećem

³ Tabelarni pregled statističkih podataka o broju primljenih i rešenih predmeta u Upravnom sudu za period 1. januar 2010. – 31. decembar 2021.

Godina	Primljeno predmeta	Rešeno predmeta	Nerešeno predmeta	Broj sudija
2010.	34.139	13.857	20.282	33
2011.	15.786	18.352	17.716	30
2012.	19.603	15.790	21.529	27
2013.	21.756	18.294	24.991	27
2014.	19.423	20.147	24.267	35
2015.	20.315	18.669	25.913	38
2016.	21.548	19.263	28.198	38
2017.	21.741	19.184	30.755	39
2018.	25.426	18.661	37.520	36
2019.	22.537	21.278	38.779	41
2020.	32.968	23.734	48.013	45
2021.	38.927	22.104	64.836	46

⁴ Upravni sud odlučuje po više od 300 materijalnih zakona i 2.700 osnova spora. V. detaljnije o raznovrsnosti materije koja iziskuje specijalizaciju: Zaključci okruglog stola „Reforma upravnog sudstva u Republici Srbiji“, Završni dokument „Primena prava i pravna sigurnost“, Kopaonička škola prirodnog prava „Slobodan Perović“, trideset četvrti susret, Beograd, 2022, str. 95–96.

⁵ Novim Zakonom o lokalnim izborima (*Službeni glasnik RS*, br. 14/22), propisano je da o žalbi protiv rešenja izborne komisije kojim je odlučeno po prigovoru odlučuje viši sud na čijem se području nalazi sedište skupštine jedinice lokalne samouprave (član 85). Takođe, odredbama člana 97 ovog zakona predviđeno je privremeno zadržavanje nadležnosti Upravnog suda u tom smislu što je on nadležan da odlučuje po žalbi protiv rešenja izborne komisije kojim je odlučeno po prigovoru podnetom protiv donete odluke, preduzete radnje i zbog propuštanja da se donese odluka, odnosno preduzme radnja u sprovođenju lokalnih izbora koji budu raspisani u roku od jedne godine od dana kada je ovaj zakon stupio na snagu. Upravni sud je nadležan i da odlučuje po žalbi na odluku o imenovanju članova i zamenika članova izborne komisije u stalnom sastavu, po žalbi protiv odluke donete u vezi sa potvrđivanjem mandata odbornika, po žalbi na odluku kojom je konstatovano da je prestao mandat odbornika, kao i po žalbi zbog toga što nije doneta odluka o prestanku mandata odbornika ako su te žalbe podnete u roku od godinu dana od dana kada je ovaj zakon stupio na snagu.

broju slučajeva, ne odlučuju u sporu pune jurisdikcije. Neodlučivanje u sporu pune jurisdikcije nije uvek bilo opravdano, naročito ako je u pitanju očigledna pogrešna primena materijalnih propisa od strane organa javne uprave. Vraćanje predmeta u tim slučajevima na ponovno odlučivanje ovim organima i izjavljivanje nove tužbe u tim stvarima, dodatno povećava broj inače velikog broja predmeta.

Imajući u vidu navedene probleme, u radu se razmatraju pitanja strukture upravnog spora sa aspekta njegovog pokretanja i pripremnog postupka, u cilju predlaganja rešenja koja mogu da doprinesu povećanju delotvornosti i ekonomičnosti upravnog spora, a time i kvalitetnijoj i bržoj zaštiti prava stranaka i javnog interesa. Posebna pažnja posvećuje se organu kome se tužba podnosi i rokovima za njihovo izjavljivanje – posebno u pogledu zainteresovanog lica, (ne) mogućnosti Upravnog suda da odluči o svim formalnoprocesnim aspektima tužbe bez dostavljanja spisa predmeta od strane donosioca akta, učesnicima i rokovima u postupku odlučivanja po odložnom dejstvu tužbe i mogućim novim privremenim merama, kao i potrebi uvođenja pravnog sredstva po odlukama koje se donose u vezi sa privremenim merama, mogućim nedoslednostima i zabunama u vezi sa oglašavanjem rešenja ništavim, organizaciji pripremnog odeljenja Upravnog suda, kao i digitalizaciji.

POKRETANJE UPRAVNOG SPORA

Upravni spor se pokreće tužbom u roku od 30 dana od dana dostavljanja upravnog akta stranci koja je podnosi, odnosno organu ovlašćenom za podnošenje tužbe, ili u zakonom propisanom kraćem roku (čl. 17. i 18. st. 1. i 2 Zakona o upravnim sporovima)⁶.

Ako organu ovlašćenom za podnošenje tužbe, odnosno zainteresovanom licu nije dostavljen upravni akt, organ, odnosno zainteresovano lice može podneti tužbu, u roku od 60 dana od dana dostavljanja upravnog akta stranci. U vezi sa ovom odredbom postoji problem, zato što postoji mogućnost da organ, odnosno zainteresovano lice kome nije dostavljen akt budu prekludirani, bez svoje krivice, da pokrenu upravni spor radi zaštite javnog interesa ili za zaštitu svojih prava. Iako nesumnjivo postoje razlozi u prilog pravne sigurnosti, smatramo da je navedeni rok relativno kratak i da bi ga trebalo produžiti npr. na šest meseci ili godinu dana. Na ovaj način bi se donosioci akta stimulisali da povećaju pažnju sa aspekta obaveštavanja relevantnih organa, odnosno zainteresovanih lica o donetim aktima, kako bi smanjili verovatnoću da njihov akt bude u nešto dužem

⁶ Zakon o upravnim sporovima, *Službeni glasnik RS*, br. 111/09.

periodu izložen riziku podnošenja tužbe. U vezi sa tim postoje i odgovarajuća uporedna iskustva. Tako je na primer u Hrvatskoj odredbom člana 24. stav 3 Zakona o upravnim sporovima predviđeno da stranka može da podnese tužbu u roku od 90 dana od dana kada je saznala ili mogla da sazna da je akt donet. Slično rešenje postoji i u Italiji, gde se upravni akt može osporiti tužbom u roku od 60 dana od dana dostavljanja ili 60 dana od trenutka kada je lice kome su povređena prava ili pravni interesi zaista saznalo za akt.⁷ U cilju sprečavanja zloupotrebe prava od strane tužioca, stav nemačke i francuske sudske prakse je da se tužba ne može podneti posle isteka roka od godinu dana od dana izdavanja rešenja tuženog organa.⁸

Kod ćutanja uprave drugostepenog organa u vezi sa rešavanjem po podnetoj žalbi, odnosno ćutanja prvostepenog organa u vezi sa podnetim zahtevom protiv čijeg rešenja nije dozvoljena žalba, predviđeni su isključivo odložni rokovi za podnošenje tužbe. U vezi sa tim, trebalo bi razmotriti da li da ZUS propiše model koji je prihvaćen u Zakonu o opštem upravnom postupku iz 2016. godine, prema kome se pored odložnih rokova (u upravnom sporu 60 dana i dodatnih sedam dana, a u upravnom postupku 30, odnosno 60 dana ili roku propisanom posebnim zakonom) predviđa i raskidni rok u kome se može izjaviti tužba. Naime, u ZUP-u je radi pravne sigurnosti predviđeno da se po isteku odložnih rokova, žalba može izjaviti u roku od godinu dana.⁹ Istina, ako propusti rok za žalbu u upravnom postupku, lice može ponovo da podnese zahtev, u skladu sa važećim propisima, tako da ne gubi pravo da se o njegovom pravu, obavezi ili pravnom interesu po isteku tog raskidnog roka ponovo odlučuje, dok bi propisivanje raskidnog roka za podnošenje tužbe dovodilo do gubitka tog procesnog prava.

⁷ V. Aldo Travi, *Lezioni di Giustizia amministrativa*, 10th Edition, Giappichelli, Torino 2013, 247–249; Marcello Clarich, *Manuale di Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2021, 217–218.

⁸ O rokovima u upravnom sporu u Nemačkoj v. Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 11th Edition, Beck, München, 2019, 88 and 277; Friedrich Schoch, „Widerspruchsverfahren“, *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht* (eds D. Ehlers, F. Schoch), De Gruyter Recht, Berlin, 2009, 545–548. O francuskom sistemu v. Chris Backes, „Access to Court“, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds C. Backes and M. Eliantonio), Hart Publishing, London 2019, 550–553.

⁹ Isto rešenje je usvojeno u upravnim sporovima u Italiji i Portugalu, gde se tužba u slučaju ćutanja uprave može podneti kada istekne rok za donošenje upravnog rešenja i to u roku od godinu dana. O upravnim sporovima u vezi sa ćutanjem uprave u Italiji i Portugalu v. A. Travi, op. cit., 212–219; Marcello Clarich, op. cit., 194–198; Jose Carlos Vieira de Andrade, *A Justica Administrativa*, 17th Edition, Almedina, Coimbra, 2019, 188–199; Mario Aroso de Almeida, *Manual de Processo Administrativo*, 4th Edition, Almedina, Coimbra, 2020, 325–339.

PREDAJA TUŽBE

U pogledu predaje tužbe, u odnosu na postojeće odredbe, prema kojima se tužba predaje Upravnom sudu (čl. 20 ZUS-a), smatramo da je potrebno izvršiti izvesna unapređenja koja bi mogla da doprinesu povećanju delotvornosti upravnog spora. U vezi sa tim, u načelu, moguće je rezmotriti tri varijante.

1) Da se analogno modelu utvrđenom u ZUP-u, prema kome se žalba izjavljuje drugostepenom, a predaje prvostepenom organu, predvidi da se tužba umesto Upravnom sudu, predaje organu koji je doneo konačno rešenje u upravnom postupku. Razlozi za ovo rešenje ZUP-a jesu to što se svi spisi predmeta nalaze kod prvostepenog organa i da bi mu se pružila mogućnost da proveri žalbu sa procesnog aspekta i u pogledu njene osnovanosti, što može da dovede do odbacivanja žalbe ili njenog usvajanja i zamene prvostepenog rešenja. Slični razlozi bi se mogli navesti i kada bi se tužba predavala organu koji je doneo konačni akt. Naime, on bi mogao da ispita procesnu ispravnost tužbe i da ranije, u odnosu na postojeći model, iskoristi pravno sredstvo Menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom. Međutim, iako ova varijanta može da dovede do ubrzanja upravnog spora i pružanja ranije zaštite tužiocu, neophodno je imati u vidu da je žalba pravno sredstvo koje se izjavljuje u cilju kontrole zakonitosti i celishodnosti u okviru sistema organa uprave, dok se po osnovu tužbe kontrola zakonitosti premešta na nivo sudske vlasti, gde je cilj da nezavisni organ utvrdi procesnu ispravnost tužbe i njenu osnovanost. Pored toga, trebalo bi imati u vidu da bi organi uprave u ovakvom modelu mogli ponekad neopravdano da odugovlače postupanje po tužbi i slanje spisa predmeta, čak i kada su propisani određeni rokovi, pa i sankcije za takvo (ne) postupanje. Pritom, Upravni sud ne bi ni znao da je tužba uopšte podneta, pa ne bi mogao da „kontroliš“ postupanje po njoj. Iz navedenih razloga, ovu opciju ne smatramo optimalnom.

2) Druga varijanta predstavlja rešenje koje je predviđeno postojećim ZUS-om, uz propisivanje različitih zakonskih rokova za dostavljanje spisa predmeta (kratak rok) i odgovora na tužbu od strane organa uprave (postojeći rok). Naime, jedan od ključnih problema prethodnog postupka u upravnom sporu je to što se u trenutku predaje tužbe svi spisi predmeta nalaze kod organa koji je doneo konačno rešenje, a ne kod Upravnog suda, tako da on nije u mogućnosti da proceni pojedine formalnoprocesne razloge za odbacivanje tužbe. Tako, npr. blagovremenost tužbe protiv donetog akta Upravni sud može da utvrdi tek kada dobije spise predmeta. Takođe, oni su, u određenom broju slučajeva, neophodni za utvrđivanje posedovanja tužilačke legitimacije. S druge strane, Upravni sud može da utvrdi da li je tužba neuredna, da li je tužba dopuštena (jer se uz tužbu mora priložiti original ili kopija

akta protiv koga se tužba podnosi)¹⁰ i da li je Upravni sud nadležan za konkretnu tužbu, kao i da li je podneta požurnica u slučaju ćutanja uprave. Tu je i mogućnost organa da pre dostavljanja tužbe na odgovor (po postojećem sistemu), počne da priprema odgovor na tužbu i, eventualno, poništi ili izmeni svoj akt u slučaju da smatra da je tužba osnovana.

3) Treća varijanta jeste da se tužba istovremeno predaje Upravnom sudu i tuženom organu koji je doneo akt koji se osporava. Svi razlozi koji su navedeni za drugu varijantu stoje i ovde, s tim što organ uprave još pre dolazi u mogućnost da sazna za postojanje tužbe i da dostavi (relevante) spise predmeta. Stoga smatramo da bi tužbu trebalo poslati istovremeno i tuženom organu, kako bi on bio u mogućnosti da što pre ispuni svoju obavezu koja je predviđena ZUS-om da spise predmeta pošalje Upravnom sudu.

S druge strane, istovremenim dostavljanjem tužbe Upravnom sudu i organu uprave koji je doneo konačno rešenje, potonji bi bio u mogućnosti da još pre pripremi odgovor na tužbu i eventualno, iskoristi pravno sredstvo Menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom, ako smatra da je tužba osnovana. Na sve navedene načine bi se ubrzao upravni spor, pružila brža pravna zaštita tužiocu i, naročito ako bi se povećalo uvažavanje osnovanih tužbi od strane organa, rasteretio Upravni sud.

Pri tome, trebalo bi predvideti da odgovor na tužbu daje organ koji je konačno meritorno odlučio u upravnoj stvari, što bi mogao da bude drugostepeni organ, ako je poništio ili ukinuo rešenje, pa potom sam rešio stvar, ili bi to mogao da bude prvostepeni organ protiv čijeg rešenja je žalba u drugom stepenu odbačena ili odbijena. Na ovaj način bi se dodatno ubrzao upravni spor.

Takođe, u vezi sa potrebom rasterećenja organa uprave od nepotrebnih obaveza, kako bi mogli ažurnije i kvalitetnije da obavljaju neophodne aktivnosti, trebalo bi predvideti da Upravni sud u slučaju odbacivanja tužbe, odmah obavesti dati organ kako on ne bi otpočeo rad na odgovoru na tužbu. U vezi sa tim, može se razmotriti i mogućnost predviđanja međusobno usklađenih rokova za postupanje Upravnog suda po procesnim pitanjima, kao i obaveze organa da dostavi spise predmeta (kao i kod druge varijante to bi trebalo da bude kratak rok) i njegovog prava da dostavi odgovor na tužbu (rok prema važećem ZUS-u).

¹⁰ Međutim, u vezi sa tim neophodno je imati u vidu Načelni stav br. 9/85 XXIX Zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 5. 12. 1985, prema kome se ne može smatrati da tužba sadrži nedostatak koji sprečava rad suda ako je u tužbi naznačen naziv organa koji je doneo osporeni upravni akt i datum i broj pod kojim je donet, bez obzira na to što nije priložen uz tužbu ni dostavljen naknadno po nalogu suda. Sledi da u toj situaciji Upravni sud može da dođe u posed datog upravnog akta tek kada tužilac ne postupi po nalogu suda da dostavi ovaj akt i kada ga sud dobije na osnovu svog zahteva od samog organa uprave.

Na kraju, u cilju zaštite tužioca, ako je reč o stranci, trebalo bi predvideti da nedostavljanje tužbe organu uprave nije razlog za odbacivanje tužbe (npr. usled njegovog neznanja ili greške), nego da bi u tom slučaju Upravni sud odmah prosledio tužbu nadležnom organu uprave i zainteresovanim licima.

Inače, navedena razmatranja su se odnosila na upravni spor u vezi sa donetim konačnim aktom. Međutim, ako je predmet upravnog spora ćutanje uprave, onda je nesumnjivo potrebno da se primeni postojeći model prema kome se tužba dostavlja Upravnom sudu, što predstavlja isti model kao u ZUP-u, kada se u slučaju ćutanja uprave tužba neposredno dostavlja drugostepenom organu,¹¹ čime se sprećava da organ koji je ćtao, dalje odugovlači odlučivanje u određenoj upravnoj stvari.

ODLOŽNO DEJSTVO TUŽBE

U pogledu privremenih mera koje se mogu odrediti po osnovu tužbe, ZUS predviđa isključivo odložno dejstvo tužbe (ćlan 23). Naime, iako tužba, po pravilu, ne odlaže izvršenje upravnog akta protiv koga je podneta, po zahtevu tužioca, sud može odložiti izvršenje konačnog upravnog akta kojim je meritorno odlučeno u upravnoj stvari, do donošenja sudske odluke, ako bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, a odlaganje nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanela veća ili nenadoknadviva šteta protivnoj stranci, odnosno zainteresovanom licu.¹² Po zahtevu za odlaganje izvršenja sud odlučuje rešenjem, najkasnije u roku od pet dana od dana prijema navedenog zahteva. Ovo predstavlja unapređenje u odnosu na raniji model prema kome je o odložnom dejstvu tužbe odlučivao organ uprave ćiji je akt u pitanju, čime je u velikoj meri bila narušena objektivnost i usled ćega su u praksi slučajevi odlaganja izvršenja upravnog akta predstavljali retke izuzetke.

Pored potrebe da se preispitaju krug privremenih mera¹³ i uslovi pod kojima se one mogu zahtevati, sa aspekta ovog rada poseban znaćaj ima i procedura

¹¹ Suprotno rešenje, prema kome se žalba u slučaju ćutanja uprave dostavlja prvostepenom organu, po nama neopravdano, postoji u Crnoj Gori.

¹² Pored toga, stranka iz upravnog postupka može tražiti od suda odlaganje izvršenja upravnog akta i pre podnošenja tužbe: 1) u slučaju hitnosti; 2) kada je izjavljena žalba koja po zakonu nema odložno dejstvo, a postupak po žalbi nije okončan.

¹³ Veliki znaćaj za razvoj sistema privremenih mera u okviru evropskog upravnog prostora imaju Preporuke Komiteta ministara Saveta Evrope o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnom sporu. V.Zoran Tomić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, I izdanje, Službeni list, Beograd, 2010, 390. U vezi sa tim, neophodno je imati u vidu i praksu Evropskog suda za ljudska prava, kao i rešenja razvijenih zemalja.

po kojoj bi o njima trebalo odlučivati.¹⁴ To se odnosi i na postojeće rešenje u vezi sa odložnim dejstvom tužbe, ali i u odnosu na druge privremene mere koje bi bile uvedene u upravni spor. Predlog koji bi se mogao razmotriti jeste da tužilac predlog privremene mere, pored Upravnom sudu, uputi i organu čiji se upravni akt napada, kao i zainteresovanoj strani, kako bi i oni uopšte bili u mogućnosti da se (što pre) izjasne o privremenoj meri. Naime, prema postojećem modelu o privremenoj meri Upravni sud odlučuje na osnovu (tužbe i) zahteva koji je samo njemu dostavljen i to u fazi postupka u kojoj ostali učesnici upravnog spora nisu uključeni.

Pored toga, kako bi se postigla svrha privremene mere, trebalo bi preispitati da li bi zahtev za njeno određivanje trebalo da ima odložno dejstvo. Takođe, iako je nesporno da bi rok za odlučivanje o privremenoj meri trebalo da bude kratak, pitanje je da li bi u svim situacijama trebalo da bude fiksiran na pet dana, imajući u vidu da stepen složenosti upravne stvari, činjenično stanje, kao i vrsta privremene mere, mogu da zahtevaju drugačiji period za kvalitetno odlučivanje. Naime, iako u dosadašnjoj praksi Upravni sud propisani rok gotovo uvek poštuje, pored navedenih razloga, trebalo bi imati u vidu i moguće povećanje broja zahteva za određivanje privremene mere po osnovu proširenja njihovog kruga i veće svesti i zainteresovanosti podnosilaca da ih predlažu. S druge strane, trebalo bi uvesti rok za donošenje odluke u vezi sa podnetom tužbom u slučaju da je određena privremena mera (prema postojećem režimu – odlaganje izvršenja rešenja).

Pri odlučivanju o određivanju privremene mere, kriterijum ne bi trebalo da bude samo na planu verovatnoće nastanka, visine i (ne)popravljivosti moguće štete po javni ili privatni interes, nego je veoma važno, u skladu sa Preporukom Komiteta ministara i uporednim iskustvima, imati u vidu da li je slučaj *prima facie* podoban za privremene mere. Naime, u upravnom sporu sud ocenjuje zakonitost konačnog (u)pravnog akta nezavisno od toga kome će šteta nastati i koje je ona vrste i visine. Prema tome, u situacijama u kojima je velika verovatnoća da akt (ne) treba poništiti, primarna je ocena zakonitosti, a ne vršenje diskrecionih ovlašćenja suda u vaganju interesa strana u upravnom sporu.

S obzirom na to da izricanje privremenih mera može značajno da utiče na (pravovremenu) realizaciju javnog interesa i eventualnih interesa trećih lica, trebalo bi predvideti pravno sredstvo – žalbu, protiv rešenja suda kojima se odlučuje o zahtevu za određivanje privremene mere. Naravno, za to je pretpostavka uvođenja dvostepene organizacije upravnih sudova. Nezavisno od toga neophodno je omogućiti da se pri promenjenim okolnostima predlaže i odredi ukidanje, promena

¹⁴ Detaljnije o navedenim pitanjima v. D. Milovanović i P. Savona, *Privremene mere u upravnim sporovima u italijanskom i srpskom pravnom sistemu*, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2019, 197–218.

ili uvođenje privremene mere, nezavisno od učesnika u postupku koji to predlaže. Svakako da bi o tome trebalo da odlučuje isto veće koje je i odredilo privremenu meru ili je inače nadležno za dati upravni spor.¹⁵

PRETHODNI POSTUPAK

Zakonsko uređenje prethodnog postupka predstavljalo je novinu koju je uneo ZUS iz 2009, iako je ovu fazu postupka već poznavala upravnosudska praksa Odeljenja za upravne sporove Vrhovnog suda Srbije, izuzev kada se radilo o pitanju nadležnosti suda za odlučivanje. Ovakvo rešenje, primera radi postoji u upravnom sudstvu Holandije i u praksi se pokazalo da u znatnoj meri ubrzava postupak.¹⁶ U okviru prethodnog postupka ispituju se pretpostavke za prelazak na odlučujuću fazu upravnog spora. U vezi sa tim, Upravni sud proverava formalnoprocesnu ispravnost tužbe i elementarnu formalnoprocesnu podobnost osporenog akta za pristupanje oceni njegove zakonitosti.¹⁷

Provera formalnoprocesne ispravnosti tužbe

Rezultat utvrđivanja formalnoprocesne neispravnosti tužbe je njeno odbacivanje. Pri tome, ZUS razlikuje dve situacije.

a) *Odbacivanje tužbe zbog njene neurednosti.* Odredbama člana 25 propisano je da će ako je tužba nepotpuna ili nerazumljiva, sudija pojedinac pozvati tužioca da u ostavljenom roku otkloni nedostatke tužbe i ukazati mu na posledice ako ne postupi po zahtevu suda. Ako tužilac u ostavljenom roku ne otkloni nedostatke u tužbi koji sprečavaju rad suda, sudija pojedinac rešenjem će odbaciti tužbu kao neurednu, ako ne nađe da je osporeni upravni akt ništav. S druge strane, ako sudija pojedinac pustiti da odbaci tužbu kao neurednu, to će učiniti veće suda.

b) *Odbacivanje tužbe iz drugih zakonskih razloga.* S druge strane, ista posledica, odbacivanje tužbe rešenjem od strane sudije pojedinca, prema odredbi član 26 ZUS-a, predviđena je ako on utvrdi:

¹⁵ Detaljnije o tome v. u zaključcima rada D. Milovanović i P. Savona, *Privremene mere u upravnim sporovima u italijanskom i srpskom pravnom sistemu*, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2019, 197–218.

¹⁶ V. Ljubodrag Pljakić, *Praktikum za upravni spor sa komentarom, sudskom praksom i obrascima za primenu u praksi*, Intermex, Beograd, 2011, 261.

¹⁷ Z. R. Tomić, *Opšte upravno pravo*, deseto novelirano izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, 416.

- 1) da je tužba podneta neblagovremeno ili pre vremena;
- 2) da akt koji se tužbom osporava ne predstavlja akt o čijoj zakonitosti se odlučuje u upravnom sporu;¹⁸
- 3) da uz tužbu podnetu zbog ćutanja uprave nisu priloženi svi dokazi;
- 4) da se upravnim aktom koji se tužbom osporava ne dira očigledno u pravo tužioca ili u njegov na zakonu zasnovani interes, što znači da je reč o subjektu koji nema tužilačku legitimaciju;
- 5) da je posle podnošenja tužbe osporeni akt poništen po tužbi druge stranke;
- 6) da se protiv upravnog akta koji se tužbom osporava mogla izjaviti žalba, a žalba nije uopšte ili nije blagovremeno izjavljena, ili je žalilac odustao od žalbe u toku drugostepenog postupka. U pitanju je pravilo o poštovanju redosleda izjavljivanja redovnih pravnih sredstava, po kome je uslov za vođenje upravnog spora da je prethodno iskorišćeno redovno pravno sredstvo u upravnom postupku;
- 7) da već postoji pravnosnažna sudska odluka doneta u upravnom sporu o istoj stvari (u pitanju je pravilo *ne bis in idem*).

Ako sudija pojedinac propusti da odbaci tužbu iz navedenih razloga, to će učiniti veće suda.

U vezi sa navedenim odredbama koje razdvajaju razloge za odbacivanje tužbe, postavlja se pitanje da li se odredbe po kojima sud pazi na ništavost osporenog akta po službenoj dužnosti (člana 41. stav 2) i oglašava ga ništavim u prethodnom postupku primenjuje samo kada tužba ima nedostatak (neotklonjene) neurednosti, usled čega ta tužba neće biti odbačena (na osnovu člana 25. stav 2), ili se one u prethodnom postupku primenjuju kod bilo kog procesnog nedostatka tužbe (navedenog u članu 26), što bi značilo da bi se na primer i u slučaju neblagovremene tužbe ili one koju izjavi lice koje nema tužilacku legitimaciju akt oglasio ništavim.¹⁹ Ovo shvatanje podržava činjenica da razlozi ništavosti predstavljaju najteže oblike nezakonnosti, usled čega nema vremenskog ograničenja za njeno retroaktivno uklanjanje. Takođe, sam (nadzorni) organ u upravnom postupku bi trebalo da ukloni akt koji sadrži neki od ovih razloga nezakonnosti na osnovu vanrednog pravnog sredstva poništavanje konačnog rešenja. Stoga, nenavođenje u članu 26 da tužba neće biti odbačena ukoliko je akt koji je predmet njenog napada ništav, ne bi trebalo da utiče na mogućnost suda

¹⁸ Donošenje rešenja o odbacivanju tužbe zbog nenadležnosti Upravnog suda u što kraćem roku ima poseban značaj, jer je podnosiocu tužbe neophodno omogućiti da što pre pokrene postupak pred nadležnim sudom.

¹⁹ U tom smislu videti Z. Tomić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Službeni glasnik, Beograd, 2010, 506.

da oglasi akt ništavim, jer bi se u suprotnom radilo o slučaju preteranog formalizma koji proističe iz činjenice da tužba ima neki procesni nedostatak, drugačiji od neurednosti tužbe. Pri tome, potrebno je imati u vidu i da u situaciji kada nije otklonjena neurednost tužbe koja sprečava rad Upravnog suda, praktično nije ni pokrenut upravni spor, pa bi onda bilo logičnije suprotno zakonsko rešenje da se akt oglašava ništavim u situacijama iz člana 26, a ne na osnovu člana 25. stav 2. S obzirom na sve navedene okolnosti, kako bi se izbegle moguće dileme, trebalo bi izričito propisati da sud tokom celog postupka (prethodnog i odlučujućeg) pazi po službenoj dužnosti na ništavost i da oglašava akt ništavim nezavisno od toga da li tužba ispunjava bilo koji procesni uslov.

Slično pitanje, da li postoji preterani pravni formalizam, može se postaviti i u vezi sa problemom u praksi koji se ogleda u neprimenjivanju odredbe o oglašavanju rešenja ništavim, zbog izmene ZUP-a 2016. godine. Naime, tada su razlozi za oglašavanje rešenja ništavim, premešteni u poništavanje konačnog rešenja bez vremenskog ograničenja, što je u suštini isti institut koji se primenjuje bez vremenskog ograničenja, samo drugačijeg naziva, kao i suštinski istih posledica (iako je kod oglašavanja ništavim reč o deklarativnom dejstvu, a kod poništavanja konačnog rešenja iz razloga gde nema roka, o retroaktivnom konstitutivnom dejstvu).

Takođe, pri izradi ZUP-a sačinjena je *ex* analiza efekata ovog zakona i u njoj je navedeno da razlozi koji su ranije bili za vanredno pravno sredstvo oglašavanje rešenja ništavim, postaju razlozi za poništavanje rešenja bez vremenskog ograničenja sa suštinski istim dejstvima. Jedan od razloga za uklanjanje ovog pravnog sredstva iz ZUP-a je i preporuka EU da se pojednostavi komplikovani sistem vanrednih pravnih sredstava iz prethodnog ZUP-a.

S druge strane, pored teorijskog razlikovanja deklarativnog uklanjanja nekog akta (kod oglašavanja ništavim) i retroaktivnog konstitutivnog uklanjanja (kod poništavanja konačnog rešenja, bez vremenskog ograničenja), stoji činjenica da neusaglašena terminologija dovodi do zabune o mogućnosti korišćenja sudskog ovlašćenja da nakon izmena ZUP-a može da oglasi određeni akt ništavim. Takođe, potrebno je imati u vidu da za nezakonitosti različite težine (ništavost i rušljivost), ZUS predviđa različite vrste presuda za njihovo uklanjanje.

Inače, jedan od ključnih uzroka ovog problema je upravo činjenica da su ZUS i ZUP izradjivani i usvajani u različitom periodu (2009, odnosno 2016. godine), što je dovelo do ovakve vrste njihove međusobne neusklađenosti. Stoga je, radi njegovog prevazilaženja neophodno ispoštovati princip Rezolucije Narodne skupštine o zakonodavnoj politici²⁰ i istovremeno izrađivati i usvajati

²⁰ Službeni glasnik RS, br. 55/13.

međusobno povezane propise, što je kod ova dva zakona nesporno, iako u za njihovu izradu nadležna dva ministarstva.

PRAVO NA PRIGOVOR PROTIV ODBACIVANJA TUŽBE

Protiv rešenja sudije pojedinca kojim se odbacuje tužba iz formalnoprocesnih razloga, podnosilac tužbe ima pravo na prigovor u roku od osam dana od dostavljanja rešenja. O prigovoru odlučuje rešenjem posebno veće suda sastavljeno od troje sudija, posle održane usmene javne rasprave, ako je podnosilac prigovora zahtevao održavanje rasprave. Rešenjem se prigovor odbacuje ako je izjavljen neblagovremeno ili od neovlašćenog lica, a ako veće odbije prigovor, rešenje o odbacivanju tužbe postaje pravnosnažno. Na kraju, moguće je i da veće uvaži prigovor, u kom slučaju ono poništava rešenje o odbacivanju tužbe, a postupak pred sudom će se nastaviti, čime on ulazi u fazu odlučujućeg postupka (član 27 ZUS).

Poništenje upravnog akta u prethodnom postupku

Ako sud ne odbaci tužbu na osnovu prethodno navedenih razloga, a nađe da osporeni upravni akt sadrži takve nedostatke u obliku i sastavnim delovima koji akt čine očigledno nezakonitim, može presudom poništiti akt i bez dostavljanja tužbe na odgovor, uz pozivanje tuženog da se prethodno izjasni.

Ako u ovom slučaju tuženi sam poništi ili izmeni osporeni akt, sudija pojedinac će po pribavljenoj izjavi tužioca da je zadovoljan naknadno donetim rešenjem, doneti rešenje o obustavljanju postupka, shodnom primenom odredaba koje uređuju postupanje suda u vezi sa pravnim sredstvom menjanje i poništavanje rešenja od strane nadležnog organa uprave.

U pogledu pravne zaštite protiv rešenja sudije pojedinca o obustavljanju postupka, shodno se primenjuju odredbe ZUS-a koje predviđaju mogućnost podnošenja prigovora na rešenje o odbacivanju tužbe, sa propisanim rokovima i načinom odlučivanja posebnog veća Upravnog suda (član 28).

Formacije zadužene za odlučivanje u upravnom sporu (veće/sudija pojedinac)

Pitanje formacije koja je zadužena za odlučivanje u upravnom sporu u okviru Upravnog suda, prema važećem ZUS-u pokreće se isključivo u vezi sa prethodnim postupkom, imajući u vidu da je za odlučujuću fazu u upravnom sporu propisano da sud uvek odlučuje u veću.

Utvrđivanje funkcionalne nadležnosti sudije pojedinca u prethodnom postupku predstavlja novinu koja je uneta ZUS-om iz 2009. godine. Ovo rešenje je u skladu sa odredbom člana 142. stav 6 Ustava Republike Srbije, prema kojoj „sud sudi u veću, a zakonom se može predvideti da u određenim stvarima sudi sudija pojedinac“. Motivisano je stavom da o određenim, formalnoprocesnim pitanjima, bar na početku nema potrebe da se odlučuje u veću, čime se ono rasterećuje takvih pitanja i dobija mogućnost da posveti veću pažnju ostalim, složenijim pitanjima, što je od posebnog značaja kada se ima u vidu problem prevelike opterećenosti sudija zbog ogromnog broja predmeta u odnosu na postojeći broj sudija.

Funkcionalna nadležnost sudije pojedinca podrazumeva više procesnih radnji i odluka koje on može da preduzme, odnosno donese. Najpre, sudija pojedinac u slučaju da je tužba neuredna, poziva tužioca da u ostavljenom roku otkloni nedostatke tužbe i ukazuje mu na posledice nepostupanja po zahtevu suda. Ako tužilac u ostavljenom roku ne otkloni nedostatke u tužbi koji sprečavaju rad suda, sudija pojedinac rešenjem odbacuje tužbu kao neurednu, ako ne nađe da je osporeni upravni akt ništav. Sudija pojedinac odbacuje tužbu i u slučajevima kada utvrdi da postoji neki od drugih procesnih razloga koji su predviđeni odredbama člana 26 ZUS-a. Takođe, u slučaju da osporeni upravni akt sadrži takve nedostatke u obliku i sastavnim delovima koji ga čine očigledno nezakunitim, ako tuženi sam poništi ili izmeni osporeni akt, sudija pojedinac će po pribavljenoj izjavi tužioca da je zadovoljan naknadno donetim rešenjem, doneti rešenje o obustavljanju postupka.

Brže postupanje sudije pojedinca u prethodnom postupku u odnosu na veće je u interesu tužioca (npr. jer pre dolazi u priliku da podnese tužbu zaista nadležnom sudu) ali i tuženog organa jer ga može osloboditi nepotrebnog tereta prikupljanja i dostavljanja svih spisa predmeta i odgovora na tužbu Upravnom sudu.

S druge strane, u okviru prethodnog postupka, ako sudija pojedinac propusti da odbaci tužbu kao neurednu, to će učiniti veće suda. Tokom ove faze upravnog spora predviđeno je i da posebno veće Upravnog suda odlučuje o prigovoru²¹ protiv rešenja sudije pojedinca o odbacivanju tužbe. Takođe, iako to nije izričito rečeno, ako sud nađe da osporeni upravni akt sadrži takve nedostatke u obliku i sastavnim delovima koji ga čine očigledno nezakunitim, može presudom poništiti akt, u pitanju je funkcionalna nadležnost veća Upravnog suda, kako zbog vrste odluke koja se donosi (presuda)²², tako i zbog navedene odredbe Ustava. Ukoliko se u vezi sa primenom pravnog sredstva menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnom

²¹ U pitanju je remonstrativno pravno sredstvo, u skladu sa nepostojanjem dvostepenosti u upravnom sporu.

²² Prema odredbi člana 40. stav 3 Upravni sud donosi presudu većinom glasova.

sporom, tužilac izričito ili prećutno slaže sa odlukom organa uprave, sud (sudsko veće) će doneti rešenje o obustavljanju postupka.²³

Međutim, na delotvornost pravila o odbacivanju tužbi iz formalnoprocesnih razloga uticao je i nedostatak ljudskih resursa u Pripremnom odeljenju (PO) Upravnog suda. Naime, pre kraja 2021. godine, činila su ga predsednik (sudija zadužen za nadzor nad radom odeljenja) i pet sudijskih pomoćnika (koji su sudijski saradnici). Kada se tužba podnese Upravnom sudu, sistem joj automatski dodeljuje broj i dodeljuje ga sudiji izvestiocu (i veću kome sudija pripada). Zatim se spis predmeta prosleđuje PO, koje prvo proverava da li je tužba razumljiva i potpuna. Ukoliko nije, PO poziva podnosioca tužbe da ispravi propuste u roku, upozoravajući ga na posledice propuštanja. Ako tužilac ne uredi tužbu u predviđenom roku, PO predaje predmet sudiji izvestiocu, koji je rešenjem odbacuje.

PO takođe proverava da li spis predmeta (koji uključuje tužbu i druge relevantne dokumente koje je podneo tužilac) sadrži sve elemente neophodne za procenu formalnoprocesne ispravnosti tužbe prema članu 26 ZUS-a. Kako je ranije u radu navedeno, u većini slučajeva, na osnovu dokumenata koji se nalaze u spisima predmeta, nije moguće proceniti da li je tužba blagovremena ili da li je iskorišćena dopuštena žalba u upravnom postupku, budući da su dokumenti kojima se dokazuje vreme dostavljanja pobijanog akta i drugostepenog upravnog rešenja u posedu organa uprave. Štaviše, zbog malog broja sudijskih pomoćnika (koji su i saradnici, odnosno manje iskusni), PO često nije u mogućnosti da proveri da li tužba nije prihvatljiva po drugim osnovama iz člana 26 koje ne zahtevaju dopunu, dokumentaciju tuženog organa, kao u slučaju nenadležnosti Upravnog suda ili nepostojanja tužilačke legitimacije, jer su takve ocene često složene. Posledica je da samo u slučajevima kada je jasno evidentno da Upravni sud nije nadležan ili tužilac nema interes, PO prosleđuje predmet sudiji izvestiocu, koji u kratkom roku može doneti odluku o odbacivanju tužbe. U svim ostalim slučajevima, PO dostavlja tužbeni zahtev tuženom organu i zainteresovanim stranama (ako postoje) radi odgovora. Tek kada je spis predmeta kompletiran odgovorima i dokumentima koje su dostavile druge strane, spis se predaje sudiji izvestiocu, koji zatim razmatra tužbu po hronološkom redosledu izlaganja. Kao rezultat toga, odluka sudije pojedinca o odbacivanju (uključujući i slučaj nenadležnosti Upravnog suda) može biti uručena posle dužeg vremena od podnošenja tužbe.

U skladu sa preispitivanjem navedenog modela uređenja formacije unutar Upravnog suda nadležne za odlučivanje u prethodnom postupku, posebno imajući u vidu i iznete probleme koji su postojali u praksi, krajem 2021. godine izvršene su

²³ Ovde je razlog što se sudija pojedinac javlja samo tokom prethodnog postupka..

izmene Godišnjeg rasporeda poslova Upravnog suda za 2022. godinu,²⁴ tako što je pored sudije koji vrši nadzor nad obavljanjem poslova u PO, određen i sudija u svojstvu zamenika nadzornog sudije, a takođe je i povećan broj sudskih pomoćnika (na 7) koji obavljaju poslove u PO. Ovo može predstavljati prvi vid specijalizacije u okviru Upravnog suda, istina ne po materiji, nego po fazama upravnog spora, a takođe trebalo bi da omogući brzo rešavanje (čak i formalnoprocesno složenijih) predmeta u prethodnom postupku i smanjivanje broja nerešenih predmeta.²⁵ Praksa će pokazati da li je ova nova interna organizacija dovoljna da zadovolji potrebe za delotvornim rešavanjem predmeta u prethodnom postupku. Naravno, potrebno je obezbediti i specijalizaciju veća po upravnim materijama za odlučujuću fazu upravnog spora, što bi takođe doprinelo povećanju kvaliteta odluka i delotvornosti i brzine celokupnog upravnog spora.

DIGITALIZACIJA I PRETHODNI POSTUPAK

U pogledu digitalizacije upravnog spora, u važećem ZUS-u već je predviđeno da stranka sudu može predati tužbu i drugi podnesak u obliku elektronskog dokumenta, u skladu sa zakonom (član 21. stav 1 ZUS).²⁶ Imajući u vidu uporedna rešenja,²⁷

²⁴ Ovaj akt donosi Predsednik Upravnog suda na osnovu odredbe člana 34 Zakona o uređenju sudova (*Službeni glasnik RS*, br. 116/08, 104/09, 101/10, 101/11, 101/13, 40/15, 106/15, 13/16, 108/16, 113/17, 65/18, 87/18 i 88/18) i člana 45–48. Sudskog poslovnika (*Službeni glasnik RS*, br. 110/09, 70/11, 19/12, 89/13, 96/15, 104/15, 113/15, 39/15, 56/15, 77/16, 16/18, 78/18 i 93/19), po prijavljenom mišljenju svih sudija.

²⁵ U prilog ovog modela govori i praksa Evropskog suda za ljudska prava nakon reformi u pravcu dodeljivanja rešavanja o formalnoprocesnoj prihvatljivosti zahteva sudiji pojedincu, kada je došlo do razrešenja ogromnog broja zaostalih predmeta. Naime, 2010. godine donet je Protokol br. 14 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, koji sadrži nekoliko amandmana na Konvenciju u cilju smanjenja vremena Suda potrebnog za rešavanje pitanja prihvatljivosti zahteva.

²⁶ U vezi sa tim, predaja tužbe u obliku elektronskog dokumenta smatra se neposrednom predajom sudu (član 20. stav 2 ZUS-a). Na ovaj način je tužiocu koji to želi, omogućeno da pored predaje tužbe Upravnom sudu neposredno, preko pošte ili na zapisnik kod suda (član 20. st. 1. i . ZUS-a), koristi i elektronsku formu.

²⁷ U Hrvatskoj postoji obaveza pravnih lica i advokata da tužbu dostavljaju u elektronskoj formi. U Francuskoj i Portugalu tuženi organ je dužan da sve akte i dokumente dostavi u digitalnom obliku, dok su tužilac i zainteresovana lica u istoj obavezi ako ih zastupa advokat, osim u slučajevima tehničkih nemogućnosti. U Italiji, gde je pravno zastupanje obavezno u upravnim sporovima na svim instancama, postupak je u potpunosti digitalizovan i, osim u slučaju tehničke nemogućnosti, svaki akt se podnosi upravnim sudovima u digitalnom obliku. V. P. Savona, „Advisor on Administrative Justice Reform Integrated Expert placed by GIZ/CIM“, *Administrative Courts' Proceedings in Selected EU Countries*, 2022, 13–14 and 16–17.

kao i činjenicu da privredni subjekti već duže vreme imaju obavezu da elektronski komuniciraju sa Agencijom za privredne registre, izgleda da su sazreli uslovi da se za ovu ili još neke kategorije lica predvidi obavezna elektronska forma za podnošenje tužbe. Naravno, takva obaveza se još uvek ne može predvideti za fizička lica. Takođe, Upravni sud može dostaviti akte stranci u obliku elektronskog dokumenta, uz prethodni izričit pristanak stranke. Pri tome, postupanje sa elektronskim dokumentima obavlja se u skladu sa zakonom kojim se uređuje elektronski dokument (član 21. stav 2. i 3 ZUS). Pored toga, na planu digitalizacije, delotvornost i ekonomičnost upravnog spora može se dodatno znatno povećati, odredbom kojom bi se predvidelo da organ spise predmeta dostavlja u elektronskoj formi. Međutim, važno je napomenuti, da bi se na ovaj način povećala i delotvornost određenog broja upravnih postupaka za čije su vođenje neophodni isti spisi predmeta. Naime, u praksi su se pojavili problemi u vezi sa činjenicom da organi uprave koji su dostavili spise predmeta nisu mogli da rešavaju određene upravne stvari koje su u vezi sa datim spisima, jer su se oni nalazili kod Upravnog suda kome su bili neophodni za vođenje upravnog spora. Primera radi, ako se spor vodio oko visine penzije, a u međuvremenu je nosilac tog prava preminuo, organi uprave nisu mogli da odlučuju o dodeli sredstava za sahranu navedenog lica.²⁸ Imajući u vidu da je moguće da iz tehničkih razloga u pojedinim upravnim stvarima pojedini organi još uvek nisu u mogućnosti da dostavljaju u digitalnoj formi spise predmeta ili da dostavljeni dokumenti nisu razumljivi, trebalo bi predvideti mogućnost da se u tim situacijama spisi dostavljaju u papirnoj formi.²⁹ Inače, elektronska forma bi trebalo da se propiše i za odgovor na tužbu i to kao obavezna za tuženi organ, a kao moguća za zainteresovano lice u upravnom sporu.

²⁸ Zaključci okruglog stola „Reforma upravnog sudstva u Republici Srbiji“, *Završni dokument Primena prava i pravna sigurnost*, Kopaonička škola prirodnog prava „Slobodan Perović“, Trideset četvrti susret, Beograd, 2022, 101.

²⁹ Pri uređivanju tehničkog aspekta pitanja, mogu se koristiti i već postojeće odredbe člana 21. st. 4–6 ZUS-a prema kojima se Sudskim poslovníkom bliže uređuju način, tehnički uslovi predaje i utvrđivanje vremena predaje podnesaka i dostave akata u obliku elektronskog dokumenta, kao i druga pitanja vezana za postupanje sa elektronskim dokumentom. Takođe, ako elektronski dokument koji je predat sudu ne može biti pročitán ili ne ispunjava tehničke uslove uređene Sudskim poslovníkom, sud će o tome bez odlaganja obavestiti podnosioca, pozvati ga da podnesak uredi u ostavljenom roku i ukazati mu na posledice takvog propuštanja. Konačno, ako je zakonom propisano da akt treba da bude potpisan od strane određenog lica, smatra se da je taj uslov ispunjen za akt u obliku elektronskog dokumenta, kada je na kraju elektronskog dokumenta navedeno ime i prezime odgovarajućeg lica i elektronski dokument je potpisan kvalifikovanim elektronskim potpisom tog lica. Pri tome, ključni uslov za kvalitetnu informacionokomunikacionu razmenu dokumenata između organa uprave i Upravnog suda je njihova tehnička kompatibilnost zasnovana na istim standardima.

Prof. Dr. DOBROSAV MILOVANOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

CONSIDERATION OF CERTAIN ASPECTS OF THE INITIATION
AND PRELIMINARY PROCEDURE OF AN ADMINISTRATIVE DISPUTE
IN ORDER TO IMPROVE ITS EFFECTIVENESS AND ECONOMY

Summary

A high-quality review of acts that are subject of an administrative dispute, in addition to deepening the legality of factual and legal issues, also implies an increase in the speed of decision-making. The latter is of particular importance, because it is fundamental for the claimant not only to establish the illegality of a certain act, but also to do so in a timely manner since, especially in certain cases, the meaning of providing protection is partially, and sometimes completely, lost over time.

The key reasons why the quality and speed of decision-making in administrative disputes are still not at the required level are diverse. First of all, there is a certain number of insufficiently high-quality decisions of public administration bodies and an increasing number of cases of silence of the administration, in connection with which it is necessary to take systemic measures, such as functional analysis at all levels, proper distribution of tasks, determination of the number of employees and competencies necessary for quality performance of these jobs. Then, since the establishment of the Administrative Court, there has been a problem of an insufficient number of judges and judicial assistants in relation to the number of inherited and new cases. A special problem is represented by cases related to the protection of electoral rights that periodically make the work of this court impossible or significantly more difficult. The overload of cases and the existence of criteria for evaluating the work of judges based on the number of resolved cases have directed them to pay primarily attention to the formal reasons for the annulment and to decide only seldom in full jurisdiction, which leads to the consequence that the same case may return to the Court following the lodging of a new lawsuit.

Bearing in mind the mentioned problems, the paper discusses the issues of the structure of the administrative dispute from the aspect of its initiation and preparatory procedure, as well as the internal organization related to the actions in those stages, with the aim of proposing solutions that can contribute to increasing the effectiveness and economy of the administrative dispute, and thus, to ensuring better and faster protection of the rights of the parties and public interest. Special attention is paid to the time limits for lodging the lawsuit with particular regard to third parties, the bodies to which the claim is submitted and the deadlines for their actions, the (in)ability of the Administrative Court to decide on all formal procedural aspects of the claim without the submission of the case file by the public authority, the participants and time limits in the decision-making process concerning the suspension of the effects of the challenged act and possible new temporary measures, the need to introduce a legal remedy against the decision on a temporary measure, possible inconsistencies and confusions in connection with declaring the decision null and void, the organization of the preparatory department of the Administrative Court, as well as digitalization.

Key words: administrative dispute, filing a lawsuit, preliminary procedure, efficiency, digitization

Literatura

- Almeida de M. A., *Manual de Processo Administrativo*, 4th Edition, Almedina, Coimbra, 2020.
- Backes C., „Access to Court“, *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action* (eds C. Backes and M. Eliantonio), Hart Publishing, London 2019.
- Clarich M., *Manuale di Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2021.
- Hufen F., *Verwaltungsprozessrecht*, 11th Edition, Beck, München 2019.
- Milovanović D., Savona P., *Privremene mere u upravnim sporovima u italijanskom i srpskom pravnom sistemu*, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2019.
- Pljakić Lj., *Praktikum za upravni spor sa komentarom, sudskom praksom i obrascima za primenu u praksi*, Intermex, Beograd, 2011.
- Savona P., „Advisor on Administrative Justice Reform Integrated Expert placed by GIZ/ CIM“, *Administrative Courts' Proceedings in Selected EU Countries*, 2022.
- Schoch F., „Widerspruchsverfahren“, *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht* (eds D. Ehlers, F. Schoch), De Gruyter Recht, Berlin, 2009.
- Tomić Z. R., *Opšte upravno pravo*, deseto novelirano izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.
- Tomić Z., *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, I izdanje, Službeni list, Beograd, 2010.
- Travi A., *Lezioni di Giustizia amministrativa*, 10th Edition, Giappichelli, Torino, 2013.
- Vieira de Andrade J. C., *A Justica Administrativa*, 17th Edition, Almedina, Coimbra, 2019.
- Zaključci okruglog stola „Reforma upravnog sudstva u Republici Srbiji“, *Završni dokument Primena prava i pravna sigurnost*, Kopaonička škola prirodnog prava „Slobodan Perović“, Trideset četvrti susret, Beograd, 2022.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ZORAN LONČAR

PRILOG REFORMI STRUČNIH ISPITA U UPRAVI

Provera znanja službenika je jedna od osnovnih pretpostavki za uspešan proces profesionalizacije uprave. Među brojnim stručnim ispitima koje uprava danas organizuje i sprovodi za diplomirane pravnike od posebnog je značaja pravosudni ispit. U radu se analizira pravni režim ove vrste stručnog ispita i ukazuje na najznačajnije nedostatke koji bi mogli biti predmet zakonodavne reforme u ovoj oblasti rada uprave na koju se čeka više od dve decenije, uprkos brojnim promenama pravnog sistema koje su bile deo procesa evropskih integracija Srbije.

Ključne reči: *stručni ispiti, uprava, državni službenici, profesionalizacija uprave*

U V O D

Posedovanje odgovarajućeg nivoa stručnog znanja predstavlja jednu od osnovnih pretpostavki za uspešnu profesionalizaciju javne uprave.¹ Provera znanja kandidata koji žele da rade u upravi ili da vrše neke odgovorne funkcije u društvu predstavlja veoma važan posao koji je poveren organima uprave. Danas postoje različite vrste stručnih ispita koji se polažu u organima uprave. Postoje ispiti koji predstavljaju neophodan uslov za rad u upravi ili pojedinim organima uprave, kao što je slučaj sa *državnim stručnim ispitom*, koji su dužni da polože svi državni

Prof. dr Zoran Lončar, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, e-mail: z.loncar@pf.uns.ac.rs.

¹ V. Zoran Lončar, „Depolitizacija i profesionalizacija uprave“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, br. 4, Novi Sad, 2013, 185–202; Zorica Vukašinović-Radojčić, Blaženka Stojanović, „Profesionalizacija državne uprave u Srbiji“, *Pravni život*, br. 3–4, Beograd, 2006, 81–99.

službenici koji rade u upravi na neodređeno vreme,² ili *posebnim stručnim ispitom*, čija se obaveza polaganja odnosi samo na pojedine kategorije službenika koji rade na radnim mestima sa posebnim dužnostima i ovlašćenjima,³ kakav je slučaj u oblastima unutrašnjih poslova, spoljnih poslova, bezbednosti, inspeksijskog nadzora itd. Pored toga, postoje i *stručni ispiti* koje uprava samo organizuje i sprovođi, a predstavljaju uslov za rad u različitim vanupravnim oblastima, kao što su pravosuđe, pravosudne profesije (advokati, javni izvršitelji, javni beležnici) ili *ispiti za licence* koji predstavljaju uslov za obavljanje različitih vrsta poslova, poput: inženjera, revizora, tumača, prevodioca, vaspitača, nastavnika, bibliotekara, vozara, turističkih vodiča itd.

U poslednjih desetak godina došlo je do pojave trenda značajnog uvođenja broja stručnih ispita koji se polažu u organima uprave, koji se sasvim prirodno javio kao posledica nastojanja za profesionalizacijom uprave.⁴ Međutim, neprestano uvođenje novih stručnih ispita u upravi ovu upravnu oblast pretvorilo je u sistemski neuređenu, sa nizom negativnih pojava, poput višestruke provere iste ili slične vrste znanja pred različitim organima, provere znanja kandidata od strane lica različitog nivoa kompetencija, pa sve do nepostojanja pravnih pravila o načinu vrednovanja znanja kandidata, postupku provere znanja, pravne zaštite kandidata, nepostojanja jedinstvene evidencije položenih ispita itd. Bez kvalitetnog unapređenja pravnog režima kompleksne oblasti stručnih ispita u upravi, kroz njihovo sistemsko uređivanje, nema mogućnosti ni za suštinski napredak procesa profesionalizacije javne uprave. Tek u poslednjih nekoliko godina je primetan pokušaj inoviranja stanja, za sada samo u vidu nekoliko novih pravnih propisa podzakonskog karaktera, čiji su učinci iz tog razloga još uvek relativni skromni. U tom smislu su donete Uredba o državnom stručnom ispitu 2019. godine⁵ i Uredba o stručnom osposobljavanju pripravnika i

² Pored državnih službenika koji u upravi rade na neodređeno vreme, ovu vrstu stručnog ispita su dužni da polože i državni službenici koji se nalaze na *probnom radu* u organu državne uprave, kao i *pripravnici* koji se osposobljavaju za samostalan rad u organu državne uprave. Pored njih, obaveza polaganja državnog stručnog ispita se odnosi i na državne službenike koji se *dodatno obrazuju* tokom trajanja službeničkog odnosa, kao i na *pokrajinske* i *lokalne* službenike, pa čak i na sva zaposlena lica koja obavljaju poverene poslove državne uprave kod imalaca javnih ovlašćenja. V. Zakon o državnim službenicima, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018 i 157/2020, čl. 100. i čl. 99. st. 4; Zakon o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave, *Službeni glasnik RS*, br. 21/2016, 113/2017 i 95/2018, čl. 74, čl. 124. st. 4, čl. 129. i čl. 131–133.

³ V. Zakon o državnim službenicima, čl. 102a.

⁴ V. Z. Lončar, „Stručni ispiti kao element profesionalizacije uprave“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, br. 2, Novi Sad, 2021, 467–493.

⁵ Uredba o državom stručnom ispitu, *Službeni glasnik RS*, br. 86/2019.

polaganju stručnog ispita u Ministarstvu unutrašnjih poslova 2020. godine,⁶ a u većem broju organa uprave su podzakonskim aktom samog ministra uređena samo pojedina pitanja nekih vrsta stručnih ispita koji se u okviru njih polažu.⁷ Međutim, najvažnija pitanja pravnog režima brojnih stručnih ispita u upravi ostala su neuređena.

Cilj nam je da u radu ukažemo na najvažnije nedostatke u pravnom režimu pravosudnog ispita, koji za diplomirane pravnike predstavlja jedan od najvažnijih stručnih ispita koji se polaže u upravi, a neophodan je uslov za rad ne samo u pravosuđu i pravosudnim profesijama već usled specifičnog odnosa sa državnim stručnim ispitom i čest pravni osnov za rad u organima uprave. Nadamo se da ćemo time dati i svojevrsni podsticaj za reformu ove vrste stručnih ispita.

PRAVNI PROPISI

Stručni ispiti u upravi su u naš pravni sistem uvedeni još 1965. godine, kada je donošenjem Zakona o organima uprave⁸ uspostavljen temelj današnjeg koncepta stručnih ispita. Ubrzo nakon toga, usvajanjem *Osnovnog zakona o pravosudnom ispitu* 1967. godine,⁹ uveden je i pravosudni ispit, kao posebna vrsta stručnog ispita koji su pred organima uprave bili dužni da polože diplomirani pravnici radi vršenja poslova u pravosuđu. Sve do tada, za rad u pravosuđu su postojali samo sudijski i advokatski ispit, kao posebni ispiti, koji su bili propisani zakonima koji su uređivali sudove, odnosno advokaturu. U cilju detaljnog uređivanja pravnog režima novouvedene vrste stručnog ispita, tadašnja Socijalistička Republika Srbija je na osnovu Osnovnog zakona o pravosudnom ispitu vrlo brzo, i to iste 1967. godine, donela

⁶ Uredba o stručnom osposobljavanju pripravnika i polaganju stručnog ispita u Ministarstvu unutrašnjih poslova, *Službeni glasnik RS*, br. 38/2020.

⁷ V. Pravilnik o programu i načinu polaganja stručnog ispita za lica koja se bave zastupanjem u oblasti industrijske svojine, *Službeni glasnik RS*, br. 78/2019; Pravilnik o postupku i uslovima za sticanje sertifikata za službenika za javne nabavke i vođenju Registra službenika za javne nabavke, *Službeni glasnik RS*, br. 93/2020; Pravilnik o programu i sadržini posebnog stručnog ispita, izdavanju i oduzimanju dozvola za zastupanje u carinskom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 42/2019; Pravilnik o programu obuke i polaganju ispita za licencu za direktora ustanove obrazovanja i vaspitanja, *Službeni glasnik RS*, br. 63/2018; Pravilnik o stručnom ispitu za vršenje poslova privatnog obezbeđenja i redarske službe, *Službeni glasnik RS*, br. 74/2019; Pravilnik o stručnom sportskom ispitu, *Službeni glasnik RS*, br. 7/2018; Pravilnik o stručnom usavršavanju ovlašćenih internih revizora u javnom sektoru, *Službeni glasnik RS*, br. 15/2019; Pravilnik o uslovima, programu i načinu polaganja stručnog ispita za obavljanje poslova u objektima za proizvodnju, prenos i distribuciju električne energije, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2015 i 35/2019.

⁸ Zakon o organima uprave, *Službeni glasnik SRS*, br. 16/1965.

⁹ Osnovni zakon o pravosudnom ispitu, *Službeni list SFRJ*, br.15/1967.

svoj *Zakon o polaganju pravosudnog ispita i obavljanju prakse u sudovima*,¹⁰ kojim je za organizaciju i sprovođenje pravosudnog ispita bila propisana nadležnost Republičkog sekretarijata za pravosuđe i opštu upravu, dok je za teritorije autonomnih pokrajina bila predviđena nadležnost pokrajinskih organa uprave (sekretarijata) nadležnih za poslove pravosuđa. U određenoj meri materija pravosudnog ispita je reformisana već 1972. godine donošenjem *Zakona o pravosudnom ispitu*,¹¹ kojim su bili detaljno uređeni uslovi za sticanje prava na polaganje pravosudnog ispita, kao i program i način polaganja ovog ispita. U periodu važenja ovog Zakona pravni režim pravosudnog ispita je čak dva puta inoviran, Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o pravosudnom ispitu, najpre 1981. godine,¹² a zatim i 1989. godine.¹³ Neposredno nakon formiranja Savezne Republike Jugoslavije, već 1993. godine u Republici Srbiji je ponovo inovirana materija pravosudnog ispita donošenjem novog *Zakona o pravosudnom ispitu*.¹⁴

Važeći pravni režim pravosudnog ispita uspostavljen je *Zakonom o pravosudnom ispitu* iz 1997. godine.¹⁵ Na osnovu ovog zakona donet je iste godine najpre *Pravilnik o programu pravosudnog ispita*,¹⁶ a zatim sledeće godine i *Pravilnik o polaganju pravosudnog ispita*.¹⁷ Bez obzira na značajne promene ne samo državno-pravnih oblika koje je imala Republika Srbija, od federalne jedinice u okviru Savezne Republike Jugoslavije, preko države članice u okviru državne zajednice Srbija i Crna Gora, do samostalne države, već i brojnih reformi pravnog sistema u gotovo svim oblastima čije se znanje proverava na pravosudnom ispitu, materija ove vrste stručnog ispita u proteklih 25 godina nije menjana, i to ne samo na zakonskom već i na podzakonskom nivou. Jedino je 2002. godine, donošenjem Zakona o utvrđivanju određenih nadležnosti autonomne pokrajine,¹⁸ odnosno 2009. godine

¹⁰ *Zakon o polaganju pravosudnog ispita i obavljanju prakse u sudovima*, *Službeni glasnik SRS*, br. 49/1967.

¹¹ *Zakon o pravosudnom ispitu*, *Službeni glasnik SRS*, br. 51/1971.

¹² *Zakon o izmenama i dopunama Zakona o pravosudnom ispitu*, *Službeni glasnik SRS*, br. 60/81.

¹³ *Zakon o izmenama i dopunama Zakona o pravosudnom ispitu*, *Službeni glasnik SRS*, br. 18/89.

¹⁴ *Zakon o pravosudnom ispitu*, *Službeni glasnik RS*, br. 67/1993.

¹⁵ *Zakon o pravosudnom ispitu*, *Službeni glasnik RS*, br. 16/1997.

¹⁶ *Pravilnik o programu pravosudnog ispita*, *Službeni glasnik RS*, br. 51/1997.

¹⁷ *Pravilnik o polaganju pravosudnog ispita*, *Službeni glasnik RS*, br. 14/1998, 88/2008 i 108/2012.

¹⁸ *Zakon o utvrđivanju određenih nadležnosti autonomne pokrajine*, *Službeni list RS*, br. 6/2002, 101/2007 i 51/2009, čl. 53.

Zakonom o utvrđivanju nadležnosti Autonomne Pokrajine Vojvodine,¹⁹ organizovanje i sprovođenje pravosudnog ispita za lica koja imaju prebivalište na teritoriji AP Vojvodine povereno AP Vojvodini, koja taj posao danas vrši kao povereni posao državne uprave.

PROGRAM ISPITA

Pravosudni ispit, od svog ustanovljavanja pa do danas, ima *pismeni* i *usmeni* deo. Na pismenom delu ispita rešavaju se praktični zadaci iz krivičnog i građanskog prava, a na usmenom delu se prema važećem Zakonu polaže ukupno sedam predmeta, koje čine: 1) Ustavno pravo i pravosudno organizaciono pravo; 2) Krivično pravo; 3) Građansko pravo; 4) Trgovinsko (privredno) pravo; 5) Međunarodno privatno pravo; 6) Upravno pravo i 7) Radno pravo.²⁰

Program pravosudnog ispita iz navedenih predmeta propisuje ministar pravde, a prema važećem Pravilniku o programu pravosudnog ispita koji je iz 1997. godine, program ove vrste stručnog ispita obuhvata unapred određene celine. 1) *Iz Ustavnog prava i pravosudno organizacionog prava*, u pitanju su tematske celine koje se odnose na: Ustav kao osnovni izvor ustavnog prava; Načela i osnovne institucije ustavnog prava; Ljudska i građanska prava; Ekonomsko uređenje; Zakonodavna vlast; Izvršna vlast, koja obuhvata celine: Predsednik republike i Vlada; Ustavni sudovi; Teritorijalna autonomija; Lokalna samouprava; Organizacija pravosuđa, koja obuhvata celine: Sudovi; Javno (državno) tužilaštvo; Advokatura. 2) *Iz Krivičnog (kaznenog) prava* su u pitanju celine, i to: Krivično materijalno pravo, koje obuhvata celine: Opšti deo i Posebni deo; Krivično procesno pravo; Privredni prestupi i Prekršaji. 3) *Iz Građanskog prava* u pitanju su celine koje se odnose na: Opšti deo; Stvarno pravo; Obligaciono pravo, a koje pak obuhvata celine: Načela obligacionih odnosa, Izvori obaveza, Dejstvo obaveza, Prestanak obaveza, Ostali opšti instituti, Pojedini ugovori; Nasledno pravo; Porođično pravo; Građansko procesno pravo, koje obuhvata celine: Parnični postupak, Izvršni postupak, Vanparnični postupak. 4) *Iz Trgovinskog (privrednog) prava* obuhvata celine koje se odnose na: Trgovinsko statusno pravo, koje obuhvata celine: Preduzeća i preduzetnici i Ostali subjekti trgovinskog prava; Stečaj, likvidacija i prinudno poravnanje; Bankarski poslovi i hartije od vrednosti; Ugovori trgovinskog (privrednog) prava. 5) *Iz Međunarodno privatnog prava* obuhvaćene su celine koje se odnose na: Opšti deo; Međunarodno statusno pravo; Međunarodno stvarno pravo;

¹⁹ Zakon o utvrđivanju određenih nadležnosti autonomne pokrajine, *Službeni glasnik RS*, br. 99/2009, 67/2012, 18/2020 i 111/2021, čl. 77.

²⁰ V. Zakon o pravosudnom ispitu, čl. 3.

Međunarodno obligaciono pravo; Međunarodno menično pravo; Međunarodno nasledno pravo; Međunarodno porodično pravo; Međunarodno trgovinsko pravo; Međunarodno procesno pravo. 6) Iz Upravnog prava obuhvaćene su celine koje se odnose na: Organizaciju uprave; Upravnu delatnost; Upravni postupak; Upravnu delatnost u posebnim situacijama i Kontrolu uprave. 7) Iz *Radnog prava* jedino nisu navedene posebne celine, već su samo pobrojani pravni instituti koji čine ispitnu materiju. U svim ostalim ispitnim predmetima u okviru svake od navedenih celina detaljno su pobrojane pravne ustanove i instituti koji predstavljaju ispitnu materiju na ovoj vrsti stručnog ispita.²¹

Imajući u vidu da su evropske integracije i članstvo u Evropskoj uniji već dugo strateško političko opredeljenje Republike Srbije, te da je Republika Srbija počela pregovore o pristupanju sa Evropskom unijom, u okviru kojih je osnovni akcenat uvek na uslovima pod kojima će država kandidat usvajati, implementirati i izvršavati pravne tekovine Evropske unije, u Republici Srbiji je unazad više od dvadeset godina donet niz novih propisa koji nisu postojali u vreme donošenja Zakona o pravosudnom ispitu i Pravilnika o programu pravosudnog ispita. Bez obzira na to što je samim pravilnikom propisano da su kandidati dužni da prate i koriste izmene pravnih izvora koje nastanu posle njegovog stupanja na snagu,²² ipak je Pravilnik o programu pravosudnog ispita u pojedinim delovima odavno prevaziđen. Naime, u gotovo svim pravnim oblastima iz kojih se proverava znanje kandidata na pravosudnom ispitu danas postoji niz novih pravnih instituta koji ne samo da nisu postojali u vreme donošenja Zakona i pratećeg Pravilnika već se ne može reći ni da su nastali kroz izmene ili dopune ranijih instituta. Štaviše, nakon više od dvadeset godina reforme pravnog sistema može se reći da je u Republici Srbiji u značajnoj meri izmenjena struktura čitavog pravnog sistema. Pri tome, trebalo bi uzeti u obzir da se suština procene znanja kandidata na pravosudnom ispitu ogleda pre svega u oceni u kojoj meri poznaju pozitivne propise i sudsku praksu, jer polaganjem ove vrste stručnog ispita kandidati stiču uslov za samostalno obavljanje funkcija i poslova koji podrazumevaju ne samo teorijsko znanje već i pravilnu primenu pozitivnopravnih propisa i instituta sadržanih u njima.²³

Radi ilustracije problema neusaglašenosti programa pravosudnog ispita sa pozitivnim zakonodavstvom Republike Srbije mogu se navesti brojni primeri

²¹ V. Pravilnik o programu pravosudnog ispita, čl. 2.

²² V. Pravilnik o programu pravosudnog ispita, čl. 3. st. 2.

²³ Pored poznavanja pozitivnih propisa i sudske prakse, za vrednovanje uspeha kandidata na pravosudnom ispitu bitni elementi su još i *razumevanje suštine pravnih ustanova*, kao i *pravilno pravničko rasuđivanje i način izlaganja*.

u gotovo svim ispitnim predmetima. Zbog prirode ovog rada za predmet ilustracije uzećemo samo ustavno i upravno pravo. Tako, u okviru ispitnog predmeta *Ustavno pravo i pravosudno organizaciono pravo*, Pravilnik o programu pravosudnog ispita sadrži značajnu materiju koja se odnosi na Saveznu Republiku Srbiju, kao članicu bivše federacije Savezne Republike Jugoslavije, koja ne postoji već punih 19 godina. U ovoj ispitnoj oblasti uopšte nema materije koja se odnosi na današnju organizaciju Republike Srbije, koja je uspostavljena Ustavom iz 2006. godine. Posledica promena u ustavnopravnom sistemu u ovoj ispitnoj oblasti jeste izostanak obimne pozitivnopravne materije koja se odnosi na ljudska i manjinska prava i slobode, budžetski sistem i ekonomsko uređenje, državne simbole, uređenje vlasti, koju čini pravni položaj predsednika Republike, Narodne skupštine, Vlade, državne uprave, Vojske Srbije, Ustavnog suda itd. S obzirom na to da su prethodnih 16 godina, od usvajanja važećeg ustava, radi njegovog sprovođenja doneti mnogi novi propisi, u materiji ispitnog predmeta ustavnog prava ne postoje mnogi novoobrazovani organi, kao što su: Zaštitnik građana, Državno-revizorska institucija, Visoki savet sudstva i Visoki savet tužilaštva, Poverenik za dostupnost informacija od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, kao ni brojni novouvedeni ustavni instituti, kao što su: ustavna žalba, sukob interesa, novouspostavljena hijerarhija opštih pravnih akta, međuopštinska saradnja, kolektivni ugovori, koncesije itd. S obzirom na to da je 2010. godine izvršena i značajna reforma organizacije sudske vlasti, donošenjem Zakona o uređenju sudova i pratećih zakonskih i podzakonskih akata, te da su 2022. godine izvršene amandmanske promene Ustava u oblasti sudske vlasti, kao i da su prethodne decenije donošenjem Zakona o izvršenju i obezbeđenju i Zakona o javnom beležništvu uvedeni javni izvršitelji i javni beležnici kao nove pravosudne profesije, materija u delu ovog ispitnog predmeta koja se odnosi na pravosudno organizaciono pravo takođe je značajno izmenjena.

Što se tiče ispitnog predmeta *Upravno pravo*, donošenjem Zakona o opštem upravnom postupku iz 2016. godine²⁴ uvedene su brojne novine u upravni postupak koje se tiču, na primer, jedinstvenog upravnog mesta, garantnog akta, upravnih ugovora, pružanja javnih usluga, sistema redovnih i vanrednih pravnih sredstava, upravnog izvršenja itd., a u pitanju je materija koja uopšte ne postoji u Pravilniku o programu pravosudnog ispita. U oblasti upravnog spora, od 2010. godine postoji Upravni sud kao sud posebne nadležnosti, a novim Zakonom o upravnim sporovima²⁵ bitno je preuređena ova vrsta sudskog spora, sa nizom

²⁴ Zakon o opštem upravom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016 i 95/2018.

²⁵ Zakon o upravnim sporovima, *Službeni glasnik RS*, br. 111/2009.

procesnih novina, kao što su, na primer, odlučivanje sudije pojedinca u prethodnom postupku, mogućnost odlaganja izvršenja upravnog akta i pre pokretanja upravnog spora, kao i poništaja osporenog upravnog akta u prethodnom postupku u upravnom sporu, uvođenja prigovora kao novog pravnog sredstva, obaveznosti usmene rasprave, novog sistema vanrednih pravnih sredstava, koje uz značajno proširen predmet upravnog spora, razloge za njegovo pokretanje i vrste presuda koje se mogu doneti, materiju upravnog spora čini bitno drugačijom u odnosu na Pravilnik o programu pravosudnog ispita. U odnosu na Pravilnik, bitno je promenjen i radnopravni status svih lica zaposlenih u upravi, uspostavljanjem potpuno novog službeničkog sistema kako na državnom, tako i na pokrajinskom i lokalnom nivou vlasti, donošenjem Zakona o državnim službenicima iz 2005. godine, kao i Zakona o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave iz 2016. godine, sa nizom drugih pratećih zakonskih i podzakonskih akata.

Navedeno je samo ilustracija dela bitnih promena koje su se dogodile u oblasti ustavnog i upravnog prava od donošenja Zakona o pravosudnom ispitu i pratećeg Pravilnika, koji do danas nisu menjani. Naravno, sličnih primera ima veoma mnogo i u drugim ispitnim oblastima, imajući u vidu aktivnost na izradi propisa u Republici Srbiji u proteklih više od dvadeset godina.

ISPITNI ODBOR

Pravosudni ispit sprovodi ispitni odbor koji obrazuje Ministarstvo pravde, i ima sedam članova, od kojih je jedan predsednik odbora. Za kandidate koji imaju prebivalište na teritoriji AP Vojvodine ispitni odbor obrazuje Pokrajinski sekretarijat za obrazovanje, propise, upravu i prava nacionalnih manjina – nacionalnih zajednica, koji ovu vrstu posla, kao što smo rekli, vrši kao povereni posao državne uprave.²⁶

²⁶ Za razliku od Srbije gde je od uvođenja pravosudnog ispita u pravni sistem 1967. godine, organizovanje i sprovođenje ispita oduvek bila isključiva nadležnog organa uprave koji je nadležan za poslove pravosuđa (Republički sekretarijat za pravosuđe, odnosno Ministarstvo pravde), u nekim državama koje su češće reformisale materiju pravosudnog ispita, sreće se i drugačija nadležnost u pogledu obrazovanja ispitnih odbora pred kojim se polaže ova vrsta ispita. Tako, u Crnoj Gori, Komisiju za pravosudni ispit koja ima deset članova i zamenika članova, zajednički obrazuju ministar pravde, Sudski savet i Tužilački savet, pri čemu ministar pravde imenuje dva člana i zamenika člana, Sudski savet pet članova i zamenika člana, a Tužilački savet tri člana i zamenika člana. U Sloveniji, Komisiju za pravosudni ispit obrazuje ministar pravde, ali na predlog predsednika sudova, Sudskog veća, predsednika Ustavnog suda, Državnog tužilaštva, Advokatske komore, Komore javnih beležnika i Pravnih fakulteta. Obrazovanje komisija za pravosudni ispit u Austriji je u nadležnosti

Zakonom je propisano da ministar pravde, odnosno pokrajinski sekretar, obrazuje Ispitni odbor iz redova *istaknutih pravnika sa položenim pravosudnim ispitom*, kao i da *profesor pravnog fakulteta na pozitivnopravnom predmetu* može biti član Ispitnog odbora iako nema položen pravosudni ispit, a da se rešenjem o obrazovanju Ispitnog odbora određuju i predmeti koje njegovi članovi ispituju.²⁷ Na osnovu takvog zakonskog rešenja proizlazi da ispitivač na pravosudnom ispitu ne može biti bilo koje lice koje je diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom (sudija, advokat, javni tužilac, javni pravobranilac, javni izvršitelj, javni beležnik...), odnosno profesor pravnog fakulteta na bilo kom nastavnom predmetu, već samo ona lica koja su se kao diplomirani pravници nakon položenog pravosudnog ispita u obavljanju svoje profesije istakla u određenoj oblasti prava iz koje se i imenuju da budu ispitivači (proverivači znanja) kandidata na pravosudnom ispitu, odnosno profesori pravnog fakulteta na pozitivnopravnim predmetima koji su programom pravosudnog ispita određeni kao ispitni predmeti. U vezi sa navedenim zakonskim rešenjem, postavlja se pitanje mogućnosti određivanja za ispitivača na pravosudnom ispitu i lica koja su u penziji. Bez obzira na to što zakonom i podzakonskim aktima ovo pitanje nije izričito uređeno i što, stoga, formalno posmatrano, postoji takva pravna mogućnost, pri određivanju takvih lica za ispitivače uvek bi trebalo uzimati u obzir i činjenicu da li im je zbog proteka određenog perioda u kom više ne obavljaju svoju pravnu profesiju u dovoljnoj meri poznato pozitivno zakonodavstvo u oblastima iz kojih treba da proveravaju znanje kandidata na pravosudnom ispitu.²⁸

Takođe, važećim propisima o pravosudnom ispitu nije posebno uređeno ni pitanje da li starešina organa uprave koji donosi rešenje o imenovanju članova ispitnog odbora može i sam da bude ispitivač ako ispunjava zakonske uslove. Međutim, smatramo da bi takav slučaj predstavljao sukob interesa, i da bi bio u suprotnosti

sudske vlasti, a obrazuju ih Viši okružni sudovi za svoja područja. U Francuskoj je obrazovanje Ispitne komisije u nadležnosti ministra pravde koji je u imenovanju ograničen brojnim zakonskim pravilima u pogledu profesija članova Komisija. Takođe, i u Italiji je obrazovanje Komisije u nadležnosti ministra pravde koji je pri imenovanju isto uslovljen profesijama njenih članova, ali su pravila o izboru ipak nešto jednostavnija.

²⁷ V. Zakon o pravosudnom ispitu, čl. 5.

²⁸ Povodom ovog pitanja interesantno je ukazati na činjenicu da je svojevremeno Pravilnik o programu i načinu polaganja pravosudnog ispita iz 1979. godine (*Službeni glasnik SRS*, br. 26/1979.) sadržao odredbu (čl. 3. st. 1) kojom je bilo propisano da su ispitivači mogli biti birani samo iz reda „istaknutih diplomiranih pravnika koji rade na pravnim poslovima iz oblasti iz kojih se polažu predmeti na pravosudnom ispitu“, što je značilo da ispitivači na pravosudnom ispitu moraju pre svega da „rade“ na određenim pravnim poslovima, odnosno da moraju biti u radnom odnosu.

sa Zakonom o sprečavanju korupcije iz 2019. godine,²⁹ kao što je to bio slučaj i sa svim ranijim antikorupcijskim propisima, poput Zakona o sprečavanju sukoba interesa pri vršenju javnih funkcija iz 2004. godine³⁰ i Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije iz 2008. godine,³¹ koji nisu dozvoljavali takvu mogućnost jer nije propisana posebnim propisom.

U dosadašnjoj, više od dve decenije dugoj praksi, primene važećeg pravnog režima pravosudnog ispita u pogledu sastava ispitnih odbora postoje brojni slučajevi značajnog odstupanja od zakonskih rešenja, koji se ogledaju u činjenicama da su za ispitivače za pojedine ispitne predmete određivane i sudije koje nisu sudile u materiji iz pravnih oblasti koje obuhvata ispitni predmet, advokati i javni beležnici za pojedine ispitne predmete koji po prirodi stvari nemaju dodirne tačke s tom vrstom pravne profesije, profesori pravnih fakulteta sa teorijskih, istorijsko-pravnih i ekonomsko-pravnih predmeta, kao i lica različitih pravnih profesija koja su dugi niz godina u penziji, pa čak i neki slučajevi da su starešine organa uprave same sebe imenovala za člana ispitnog odbora.

Iz svih navedenih razloga, rešenje o imenovanju članova ispitnog odbora za pravosudni ispit uvek bi moralo da sadrži potpuno obrazloženje, kao obavezni element upravnog akta,³² u kome bi za svakog od ispitivača morale da budu navedene činjenice na osnovu kojih je imenovan za ispitivača za određeni ispitni predmet, a ne samo činjenica da je u pitanju diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom ili profesor na pravnom fakultetu. Takođe, rešenje o imenovanju članova ispitnih odbora u cilju transparentnosti i zakonitosti ove vrste stručnog ispita uvek bi trebalo da bude objavljeno u odgovarajućem službenom glasilu i na veb-prezentaciji Ministarstva, odnosno Pokrajinskog sekretarijata.³³

²⁹ Zakon o sprečavanju korupcije, *Službeni glasnik RS*, br. 35/2019, 88/2019, 11/2021, 94/2021 i 14/2022.

³⁰ Zakon o sprečavanju sukoba interesa pri vršenju javnih funkcija, *Službeni glasnik RS*, br. 43/2004.

³¹ Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije, *Službeni glasnik RS*, br. 97/2008, 53/2010, 66/2011, 67/2013, 112/2013, 8/2015 i 88/2019.

³² V. Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016 i 95/2018, čl. 141. st. 4.

³³ U pogledu izbora članova ispitnog odbora u uporednim zakonodavstvima postoje različita rešenja. Tako su u Austriji predsednik Višeg okružnog suda i njegov zamenik po funkciji predsednik i zamenik predsednika Ispitne komisije, a ostali članovi se imenuju iz reda sudija i advokata na predlog Advokatske komore (Gesetz über die Anerkennung von Berufsausbildungen und Berufsprüfungen, art. 3–4). U Sloveniji članove Ispitne komisije imenuje ministar pravde, ali je u tome ograničen prethodnim predlogom dobijenim od nekog od ovlašćenih predlagача koje čine: predsednici sudova, Sudsko veće, predsednik Ustavnog suda, Državno tužilaštvo,

Zakonom o pravosudnom ispitu je izričito propisano da se usmeni deo pravosudnog ispita polaže javno, i to istovremeno pred svim članovima Ispitnog odbora, a da kandidate na ispitnom predmetu ispituje član Ispitnog odbora koji je za taj predmet određen za ispitivača.³⁴ Iz ovakvog zakonskog rešenja proizlaze ne samo *kolektivnost ispitivanja* već i *kolektivnost odlučivanja i rešavanja pitanja od značaja za ostvarivanje svrhe pravosudnog ispita*, ali i njegova *transparentnost*. U praksi, međutim, ovaj način ispitivanja se odavno ne primenjuje na pravosudnom ispitu. Ispiti se polažu isključivo pred pojedinim ispitivačem, odnosno članom odbora koji ispituje pojedini predmet. Takav je slučaj čak i u slučaju ponovnog polaganja ispita po osnovu usvojenog prigovora kandidata na pravilnost ocenjivanja. Takođe, ispitni odbori se ne sastaju redovno ili se sastaju veoma retko. Stoga nam se čini sasvim opravdanim da se zbog dinamičnosti poslova i profesionalnih obaveza članova Ispitnog odbora promeni navedena zakonska odredba, kako bi se prilagodila već ustanovljenoj praksi. U svakom slučaju, pri eventualnoj izmeni navedene odredbe smatramo da bi trebalo insistirati na

Advokatska komora, Komora javnih beležnika i pravni fakulteti (Zakon o pravniškom državnom izpitu, *Uradni list RS*, št. 83/03, 111/07, 40/12 in 36/19, čl. 2-2). U Italiji članove Ispitne komisije imenuje ministar pravde, a ograničen je pravilom da se ona sastoji od 23 sudije, šest univerzitetskih profesora i četiri advokata (Decreto Ministero della Giustizia 1 dicembre 2021, *Gazzetta Ufficiale*, n. 98 del 10 dicembre 2021, art. 6). U Francuskoj Ispitnu komisiju za rad u sudovima i tužilaštvima takođe imenuje ministar pravde i ograničen u pogledu njenog sastava, jer moraju da je čine: sudija kasacionog suda, koji je predsednik, Državni savetnik ili upravnik u Državnom savetu, koji je potpredsednik, univerzitetski profesor, četiri magistrata sudskog reda, advokat, psiholog, osoba kvalifikovana za pitanja zapošljavanja i lice koje se bira na osnovu svoje stručnosti iz profesije kojoj ne pripadaju ostali članovi Komisije. Pri tome, mora se voditi računa i o uravnoteženoj zastupljenosti žena i muškaraca. (Décret n°72-355 du 4 mai 1972, art. 19 et Décret n°99-2019 du 13 février 2019, art. 4). Ispitnu komisiju za rad u advokaturi pak imenuju zajedno ministar pravde i ministar nadležan za visoko obrazovanje, pri čemu je za pismeni deo ispita čine po četiri univerzitetska profesora i četiri advokata (Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, art. 51-1), a za usmeni ispit je čine dva univerzitetska profesora, tri advokata, sudija i profesor stranog jezika (Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, art. 53). Prilikom imenovanja i ove komisije mora se voditi računa ravnomernoj polnoj zastupljenosti. Posebno je originalno zakonsko rešenje u Crnoj Gori, gde je ministar pravde po funkciji predsednik Komisije, dok preostalih deset članova i zamenika članova određuju Sudski savet (5), Tužilački savet (3) i ministar pravde (2) na osnovu javnog poziva i intervju sa prijavljenim kandidatima koji moraju da ispunjavaju zakonom propisane uslove, a koji se za kandidate koje određuju Sudski savet i Tužilački savet odnosi na 12 godina radnog iskustva kao sudije, odnosno državnog tužioca, a za kandidate koje imenuje ministar pravde da su u pitanju ugledni pravnici sa položenim pravosudnim ispitom i najmanje 15 godina radnog iskustva (Zakon o pripravnicima u sudovima i državnom tužilaštvu i pravosudnom ispitu, *Službeni list Crne Gore*, br. 55/2016 i 57/2016, čl. 32).

³⁴ V. Zakon o pravosudnom ispitu, čl. 15.

javnosti i transparentnosti pravosudnog ispita, jer one dovode do doslednosti, a samim tim i zakonitosti sprovođenja ispita.

ISPITNI POSTUPAK

U pogledu pravila za sprovođenje pravosudnog ispita takođe postoje brojna odstupanja od propisanog pravnog režima, kao i određeni normativni nedostaci, i to gotovo u svim fazama ispitnog postupka. Zbog prirode rada ovom prilikom ukazujemo samo na nekoliko.

U pogledu *pismenog dela ispita*, zakonom je propisano da pravosudni ispit počinje izradom pismenog rada, da zadatke postavlja i rad ocenjuje član Ispitnog odbora koji ispituje predmet iz koga se izrađuje pismeni rad, da vreme za izradu pismenog rada određuje Ispitni odbor, kao i da kandidat ne može usmeno da polaže predmet iz koga je njegov pismeni rad ocenjen sa „ne zadovoljava“,³⁵ dok je Pravilnikom o polaganju pravosudnog ispita predviđeno da se pismeni deo ispita polaže u dva dana, od čega se jednog dana izrađuje pismeni rad iz krivičnog prava, a drugog dana pismeni rad iz građanskog prava, kao i da se pre početka usmenog dela ispita kandidatima saopštavaju rezultati pismenog dela ispita.³⁶ U praksi pak vreme za izradu pismenog rada ne određuje Ispitni odbor, već sekretar odbora. Vreme za izradu rada se najčešće određuje fiksno, bez obzira na to o kakvom se zadatku radi, a članovi Ispitnog odbora najčešće ne prisustvuju izradi pismenog rada, pa čak ni član Ispitnog odbora koji ispituje predmet iz kog se izrađuje pismeni rad. Takođe, neadekvatno je propisano i pravilo po kome se rezultati pismenog dela ispita kandidatima saopštavaju pred početak usmenog dela ispita, jer ne omogućava kandidatima da racionalno rasporede vreme za pripremu usmenog ispita, u slučaju ako im pismeni rad iz krivičnog i/ili građanskog prava bude ocenjen sa „ne zadovoljava“.

U vezi sa *usmenim delom ispita* Zakonom je propisano da se on polaže javno, i to istovremeno pred svim članovima Ispitnog odbora, da ispitni predmet ispituje član Ispitnog odbora koji je za taj predmet određen za ispitivača, da se uspeh kandidata na usmenom delu ispita ocenjuje iz svakog predmeta posebno, sa „odlično“, „dobro“ i „ne zadovoljava“, s tim što se pri ocenjivanju uspeha kandidata vrednuje poznavanje pozitivnih propisa i sudske prakse, razumevanje suštine pravnih ustanova, pravilno pravničko rasuđivanje i način izlaganja.³⁷ Pored toga, Pravilnikom

³⁵ V. Zakon o pravosudnom ispitnu, čl. 12–14.

³⁶ V. Pravilnik o polaganju pravosudnog ispita, čl. 3–7.

³⁷ V. Zakon o pravosudnom ispitnu, čl. 15–16.

je još predviđeno da se usmeni deo ispita održava po pravilu u jednom danu, a da će se na molbu kandidata koja se podnosi uz zahtev za polaganje pravosudnog ispita odobriti da kandidat usmeni deo ispita polaže u dva dana, da uspeh kandidata na usmenom delu ispita i opšti uspeh kandidata na pravosudnom ispitu javno saopštava predsednik Ispitnog odbora, i da Ministarstvo pravde svakog kandidata pismeno obaveštava o postignutom uspehu.³⁸ Međutim, u praksi se, kao što smo već istakli, već godinama ispiti održavaju samo pred članom Ispitnog odbora koji je zadužen za određeni ispitni predmet, a usmeni deo ispita se uglavnom održava u dva ili više dana, bez posebne molbe kandidata. Pored toga, uspeh na usmenom delu ispita kandidatima najčešće ne saopštava predsednik Ispitnog odbora, već sekretar odbora. Takođe, u praksi izostaje i pismeno obaveštenje o postignutom uspehu, naročito ukoliko je kandidat položio ispit, pošto se o toj činjenici kandidat formalno obaveštava uručivanjem uverenja o položenom ispitu. Isto tako, Ispitni odbor ne utvrđuje opšti uspeh kandidata, već se na osnovu pojedinačnih ocena, u samom organu uprave koji organizuje ispit konstatuje da li je kandidat „položio“ ili eventualno „položio sa odlikom“.

Primetan nedostatak Zakona o pravosudnom ispitu, imajući u vidu vreme kada je donet, jeste i nedostatak odredaba o elektronskom poslovanju. Nedostaju odredbe o mogućnosti podnošenja/primanja zahteva za polaganje pravosudnog ispita elektronskim putem, obaveštavanje kandidata o tome šta im je potrebno da podnesu uz zahtev, kao i obaveštavanje o toku predmeta, odlukama koje su donete, mišljenjima organa i sl. Bez obzira na to što danas takva mogućnost ipak postoji, jer je propisana Zakonom o opštem upravnom postupku, kao i posebnim zakonom u vezi sa ovom oblašću, Zakonom o elektronskoj upravi,³⁹ koji sa nizom podzakonskih akata reguliše način opštenja organa i stranaka elektronskim putem, ipak bi propisivanje takve mogućnosti u samom propisu koji uređuje oblast pravosudnog ispita u velikoj meri jasnije ukazalo kandidatima i na ovakav vid opštenja i olakšalo im pravni položaj u postupku polaganja ove vrste stručnog ispita. Pored toga, u Zakonu o pravosudnom ispitu nedostaju i odredbe o izdavanju uverenja o položenom ispitu u elektronskoj formi, kao i o vođenju elektronskih evidencija o položenim ispitima i kandidatima koji su ih polagali, bez čijeg izričitog navođenja u posebnom propisu za tako nešto ne postoji pravni osnov.⁴⁰

Takođe, važećim propisima o pravosudnom ispitu nije posebno predviđena pravna zaštita kandidata u pogledu rešenja kojim se odlučuje o zahtevu za polaganje

³⁸ V. Pravilnik o polaganju pravosudnog ispita, čl. 8–11.

³⁹ Zakon o elektronskoj upravi, *Službeni glasnik RS*, br. 27/2018.

⁴⁰ V. Jasmina Benmansur, „Upravno postupanje u oblasti stručnih ispita i (e)upravnoprocesna reforma“, *Pravna riječ*, br. 62, Banja Luka, 2020, 241–260.

ispita. Imajući u vidu da to rešenje donosi ministar ili pokrajinski sekretar kao starešine samostalnog organa uprave, ukoliko je odbijen zahtev kandidata za polaganje ispita ili ukoliko mu rešenje nije dostavljeno najkasnije deset dana pre početka pravosudnog ispita, odnosno ako se eventualno javi kao sporno pitanje iznos koji se uplaćuje na ime troškova polaganja ispita, kandidati imaju samo mogućnost vođenja upravnog spora, što predstavlja nedovoljno efikasnu pravnu zaštitu, imajući u vidu višegodišnje trajanje upravnih sporova. Uvođenjem novog pravila da rešenje o polaganju pravosudnog ispita donosi predsednik Ispitne komisije, kakav je danas slučaj sa državnim stručnim ispitom,⁴¹ kandidatima bi se mogla omogućiti žalbena zaštita pred ministrom, odnosno pokrajinskim sekretarom.

Dodatni pravni problem, u vidu nejednakosti pravne zaštite kandidata na pravosudnom ispitu, javlja se u slučaju kandidata koji polažu ispit u AP Vojvodini. S obzirom na to da Pokrajinski sekretarijat polaganje pravosudnog ispita vrši kao povereni posao državne uprave, u slučaju nezadovoljstva kandidata rešenjem pokrajinskog sekretara, kandidati imaju pravnu mogućnost da izjave žalbu Ministarstvu pravde.⁴² Time se, za razliku od kandidata koji pravosudni ispit polažu u Ministarstvu pravde, kandidatima koji imaju prebivalište na teritoriji AP Vojvodine pruža mogućnost dvostruke pravne zaštite, u vidu vođenja drugostepenog (žalbenog) upravnog postupka i kasnije upravnog spora.

ZAKLJUČNO RAZMATRANJE

Na osnovu svega navedenog čini nam se da je više nego jasno da je reforma pravosudnog ispita, kao jednog od najvažnijih stručnih ispita koji sprovode organi uprave, neophodna. U slučaju spremnosti za temeljnu reformu u obzir bi trebalo uzeti brojna uporedna rešenja u pogledu najvažnijih pitanja pravnog režima pravosudnog ispita. Ona se odnose, pre svega, na sastav i način izbora članova Komisije za pravosudni ispit, kao i na njihove stručne kvalifikacije, ali i na značajno osavremenjavanje ispitnog programa, njegovo ne samo ažuriranje već i uvođenje novih predmeta koji bi omogućili proveru novih vrsta znanja neophodnih za kvalitetan rad diplomiranih pravnika.

U slučaju delimične reforme neophodna bi bila zakonodavna revizija kojom bi se otklonili osnovni nedostaci koji su se pokazali u dosadašnjoj primeni važećeg pravnog režima, pri čemu je na neke ukazano i u ovom radu. Predmet zakonodavne revizije u svakom slučaju morali bi biti način i uslovi izbora članova Ispitnog odbora,

⁴¹ Uredba o državnom stručnom ispitu, *Službeni glasnik RS*, br. 86/2019 i 28/2021.

⁴² Zakon o državnoj upravi, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 101/2007, 95/2020, 99/2014, 30/2018 i 47/2018, čl. 59. st. 4.

stručne kvalifikacije ispitivača, komisijski način polaganja usmenog dela ispita itd. Pri tome, posebnu pažnju trebalo bi posvetiti režimu pravne zaštite kandidata na pravosudnom ispitu, u okviru kog bi svim kandidatima trebalo omogućiti isti režim zaštite, s obzirom na jedinstvo pravnog poretka propisanog Ustavom (čl. 194. st. 1). Zakonodavnu reviziju bi trebalo iskoristiti i za preispitivanje odnosa pravosudnog ispita s drugim stručnim ispitima, a pre svega sa državnim stručnim ispitom, kao i sa advokatskim, javnobeležničkim i ispitom za javnog izvršitelja.

S obzirom na to da je zakonodavna aktivnost relativno spor normativni proces, neophodno bi bilo odmah pristupiti reviziji podzakonskih propisa, Pravilnika o polaganju pravosudnog ispita i Pravilnika o programu pravosudnog ispita, kojom bi se legalizovala postojeća praksa, stvaranjem pravnog osnova za pojedinačni način ispitivanja kandidata, mogućnost polaganja usmenog dela ispita u više dana, ranijeg saopštavanja rezultata pismenog rada kandidata i sl. Uz temeljnu reviziju ispitnog programa i uvođenja pravila o elektronskom poslovanju, bio bi učinjen početni, ali značajan napredak u sprovođenju reforme ove vrste stručnog ispita koji sprovode organi uprave.

Prof. Dr. ZORAN LONČAR
Full Professor, Faculty of Law
University of Novi Sad

CONTRIBUTION TO THE REFORM OF PROFESSIONAL EXAMINATIONS IN ADMINISTRATION

Summary

Checking the knowledge of officials, along with their professional training, is one of the basic assumptions for a successful process of professionalization of administration. Among the numerous professional exams that the administration organizes and conducts today for law graduates, the bar exam is of particular importance. Today in Serbia, this type of professional exam is a necessary condition for work not only in the judiciary and judicial professions (lawyers, notaries public, public executors), but also due to the specificity of the relationship with the state professional exam, often also for work in the administrative bodies themselves. The main problem regarding the current legal regime of the bar exam is the obsolescence of the legal regulations, which in this area are 25 years old. Due to the obsolescence of the regulations, an illegal practice has been established which is encountered in almost all phases of the implementation of this type of professional examination. Therefore, the urgent reform of the bar exam is one of the basic conditions for the further progress of the process of professionalization of the administration.

Key words: professional exams, administration, civil servants, professionalization of administration.

Literatura

- Benmansur J., „Upravno postupanje u oblasti stručnih ispita i (e)upravnoprocesna reforma“, *Pravna riječ*, br. 62, Banja Luka, 2020.
- Lončar Z., „Depolitizacija i profesionalizacija uprave“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, br. 4, Novi Sad, 2013.
- Lončar Z., „Stručni ispiti kao element profesionalizacije uprave“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, br. 2, Novi Sad, 2021.
- Vukašinović-Radojčić Z., Stojanović B., „Profesionalizacija državne uprave u Srbiji“, *Pravni život*, br. 3–4, Beograd, 2006.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ZORICA VUKAŠINOVIĆ RADOJIČIĆ
VESNA ČOGURIĆ

DISCIPLINSKA ODGOVORNOST DRŽAVNIH SLUŽBENIKA U TEORIJI I PRAKSI

Odgovornost javnih službenika jedna je od pretpostavki zakonitog i profesionalnog obavljanja poslova od javnog značaja. Ona proizlazi iz osnovnih ciljeva rada uprave, strateških prioriteta, prirode upravnih poslova i zadataka, ustanovljenih prava i obaveza zaposlenih u upravi i njihovih ovlašćenja. Rad se bavi analizom konceptualnih pitanja disciplinske odgovornosti i disciplinskog postupka u državnoj upravi, kao i analizom ovog instituta u uporednim službeničkim sistemima. Autori de lege ferenda ukazuju na načela i pravila disciplinskog postupka u Republici Srbiji s osvrtom na praksu Upravnog suda u ovom segmentu.

Ključne reči: disciplinska odgovornost, disciplinski postupak, službenički odnos, evropski upravni principi

U V O D

S obzirom na to da pojam javne uprave podrazumeva delatnosti kojima se obezbeđuje vršenje poslova od opšteg društvenog interesa, javni službenici imaju odgovornost za zakonito, svrsishodno i delotvorno obavljanje poslova od javnog značaja.

Prof. dr Zorica Vukašinović Radojičić, redovni profesor, Kriminalističko-policijski univerzitet, e-mail: zorica.vr@kpu.edu.rs.

Mr Vesna Čogurić, sudija, Upravni sud Republike Srbije, e-mail: cogurivesna4@gmail.com. Rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta pod nazivom Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (br. 179045), a realizuje Kriminalističko-policijski univerzitet u Beogradu.

Ovaj vid odgovornosti je specifičan budući da proizlazi iz pravnog položaja službenika, kao ukupnosti prava, obaveza i ovlašćenja.¹ Osnovna obeležja službeničkog odnosa kao što su profesionalizam, stalnost, odnos prema državi, sistem prava i obaveza, ukazuju na postojanje „ograničenja“ koja su u funkciji zaštite službenika od spoljnih pritisaka i iskušenja korupcije i efikasnog i valjanog pružanja javnih usluga. Budući da je primaran stvarni interes službe, a ne lični interesi, državni službenici (dobrovoljno!) podležu pravnim oblicima odgovornosti – pravni poređak reguliše njihova prava i obaveze i sankcioniše njihovo (ne)izvršavanje. Specifičnost pravnog položaja zaposlenih, obim i vrste upravnih ovlašćenja, opredeljuju konkretne oblike i osnovne pretpostavke njihove odgovornosti – disciplinske, materijalne ili odgovornosti u krivičnopravnom smislu. Sva ovlašćenja i dužnosti imaju za pravac jedino javni interes a ne korist lica koje vrši službu.

Obaveze državnih službenika rezultat su prirode upravnih i drugih poslova, posebnog odnosa prema poslodavcu, stepena hijerarhijske strukture, a pre svega potrebe zaštite javnog interesa. One se uglavnom odnose na: izvršavanje poverenih zadataka, poštovanje nadređenih, objektivno, savesno i pošteno obavljanje poslova, političku neutralnost, uzdržanost u izražavanju mišljenja, diskretnost u radu i čuvanje profesionalne tajne, poštovanje ugleda organa, čuvanje podataka i dokumenata u vezi sa obavljanjem poslova, uzdržavanje od obavljanja drugih poslova, informisanje javnosti, odgovornost prema državi i građanima. Službenički odnos podrazumeva i moralnu dužnost i obavezu službenika. „Etika postaje krucijalna za celokupni domen aktivnosti u koje je uključen javni službenik, a pre svega se odnosi na moralne dužnosti i obaveze.“²

KONCEPT DISCIPLINSKE ODGOVORNOSTI U UPOREDNIM SLUŽBENIČKIM SISTEMIMA

U pravnoj literaturi pojam disciplinske odgovornosti nije naročito sporan. Odgovornost je sveobuhvatan koncept u političkom, pravnom, društvenom smislu koji se odnosi na nadzor nad radom organa i organizacija javne uprave. On podrazumeva s jedne strane odgovornost institucija nad kojima se vrši nadzor, a sa druge, odgovornost imenovanih, postavljenih i zaposlenih lica za lične postupke, (ne)ostvarivanje rezultata rada i (ne)ostvarivanje strateških ciljeva rada organa i organizacija. U upravnom pravnom smislu, odgovornost zaposlenih u državnoj i javnoj upravi je konkretna i obezbeđuje se putem složenih procedura. Koncept upravljačke odgovornosti, u širem smislu je obaveza rukovodilaca svih nivoa u javnoj upravi da obavljaju poslove

¹ Zorica Vukašinović Radojičić, *Pravna pitanja službeničkih odnosa*, knjiga br. 25, Kriminološko-policajska akademija, Beograd, 2015, 69.

² Eugen Pusić, *Nauka o upravi*, knjiga I, Narodne novine, Zagreb, 1989, 240.

u skladu sa načelima zakonitosti, profesionalizma, ekonomičnosti i efektivnosti, a za čije (ne)uspešno obavljanje odgovaraju onima koji su ih birali/postavili i slično.³

U skladu sa standardima Evropske unije (*The Principles of Public Administration Public Administration*) princip odgovornog rada javnih službenika postavljen je kao jedan od suštinskih načela rada uprave.⁴ Slično, aktima Saveta Evrope definisani su standardi ponašanja koji imaju značajnu ulogu u prevenciji korupcije, sprečavanju sukoba interesa, zabrana primanja poklona i zloupotrebe službenog položaja.⁵ Shodno aktima Venecijanske komisije,⁶ ključni element vladavine prava je vršenje javnih ovlašćenja na zakonit, odgovoran i pošten način.⁷

U uporednim službeničkim sistemima disciplinska odgovornost se najčešće određuje kao odgovornost službenika za povrede dužnosti iz radnog odnosa, koje su eksplicitno propisane zakonom i za koje su utvrđene odgovarajuće sankcije.⁸ Iako se u uporednim sistemima pojam državnih (javnih) službenika različito određuje, zajednička je karakteristika da je to pravni oblik odgovornosti koji podrazumeva jasnu propisanost svih elemenata – predmeta (povrede radnih dužnosti), disciplinskih organa pred kojim se postupak ostvaruje, postupka za utvrđivanje odgovornosti i disciplinske sankcije. Primarni je cilj vršenja disciplinske vlasti korekcija ponašanja i poboljšanje rezultata rada, a zatim kažnjavanje (sankcionisanje) službenika za loš rad, loše ponašanje ili nečinjenje.⁹ Neispunjavanje radnih obaveza osnov je za pokretanje disciplinskog postupka i izricanje sankcija (opomena, smanjenje plate, zabrana napredovanja, prestanak radnog odnosa). Odluka o disciplinskoj odgovornosti mora biti zasnovana na zakonu, obrazložena i dostavljena službeniku, koji ima pravo žalbe instancionom organu, a potom i pravo podnošenja tužbe sudu.

³ Zorica Vukašinović Radojičić, Dejan Vučetić, *Profesionalizacija javne uprave u Srbiji*, knjiga 47, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2021, 111.

⁴ SIGMA, OECD, *The Principles of Public Administration*, 2017 edition. <https://www.sigmaweb.org/publications/Principles-of-Public-Administration-2017-edition-ENG.pdf>, 20. 6. 2022.

⁵ Council of Europe, *Codes of Conduct for Public Officials*, Recommendation Rec (2000) 10, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 11 of May 2000 and explanatory memorandum, Council of Europe Publishing, F-67075 Strasbourg Cedex, 2001.

⁶ Council of Europe, *Venice Commission Report on the rule of law*, 2011, Study No. 512, CDL-AD(2011)003, Strasbourg, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e), 15. 12. 2020.

⁷ Opširnije: Zorica Vukašinović Radojičić, Vesna Čogurić, „Convergence and Symbiosis of Public Administration Principles – International and European Perspective“, *Bezbednost*, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, 2021, 5–18.

⁸ Luciana Bezerita (Tomescu), „Disciplinary Liability of Civil Servants. Aspects of the Administrative and Judicial Practice“, *Internal Auditing & Risk Management*, Vol. 50, No. 2, 2018, 21.

⁹ *Ibidem*.

U uporednim zakonodavstvima postoje dva načina određivanja disciplinskih povreda – sistem enumeracije i sistem generalne klauzule. U sistemu enumeracije disciplinskih povreda, sve povrede su propisane i manje ili više detaljno opisane. U drugom sistemu, sistemu generalne klauzule, propisuje se samo da je državni službenik počinio disciplinsku povredu ako povredi obaveze iz službeničkog odnosa. U svim službeničkim sistemima se detaljno uređuju disciplinski postupak i procesna prava službenika protiv koga se on vodi. Sankcija se određuje na osnovu težine pojedine povrede, a disciplinske kazne su različite. Vrste disciplinskih sankcija u uporednim sistemima su najčešće: opomena/pisano upozorenje, zabrana napredovanja (Francuska), premeštaj na niža radna mesta (Francuska, Nemačka), obavezni premeštaj sa obavezom promene mesta stanovanja (Francuska, Španija), privremena zabrana obavljanja poslova u javnoj upravi (na primer do dve godine), obavezan odlazak u penziju (Francuska), umanjenje penzije ili gubitak prava na penziju (Nemačka), prestanak radnog odnosa u javnim službama.¹⁰ Osnivaju se nezavisna tela (komisije, saveti, disciplinski tribunali, itd.) koja odlučuju o disciplinskoj odgovornosti, kao stalne ili *ad hoc* komisije, kako bi se postigla objektivnost postupka i pravilnost odmeravanja disciplinske kazne. Postupak je najčešće bliže uređen podzakonskim aktima.

U francuskom sistemu disciplinska odgovornost postoji kada ponašanje državnog službenika ugrožava „dobro funkcionisanje uprave“ ili „umanjuje poverenje građana i javnosti u njen rad“.¹¹ Ovaj službenički sistem poznaje „odgovornost uprave“ i „ličnu odgovornost službenika“, što ima za cilj jačanje lične odgovornosti nasuprot opšte odgovornosti uprave za (ne)postupanje, čime se službenici štite od finansijskih posledica (ne)činjenja.¹² Prema članu 21 Zakona o državnim službenicima za povrede dužnosti iz radnog odnosa, predviđeno je pokretanje disciplinskog ili drugog pravnog postupka (krivičnog i sl.).¹³ Ukoliko je pokrenut krivični postupak, u praksi se najčešće prekida disciplinski dok se krivični postupak ne okonča. Zakonom je ustanovljeno pravo žalbe na prvostepenu odluku, za čije je rešavanje nadležna Disciplinska komisija (Vrhovni savet za državne službenike) kao i pravo pokretanja upravnog spora. Disciplinske sankcije podeljene su u četiri grupe – u prvoj je grupi upozorenje, u drugoj uticaj na karijerno napredovanje,

¹⁰ Francisko Cardona, *Liabilities and Discipline of Civil Servants*, Sigma, Paris 2003, <https://www.sigmaxweb.org/publications/37890790.pdf>, 20. 6. 2022.

¹¹ *The Comparative Analysis of the Areas of the Civil Service Act in the Selected European union countries*, European Union, European Social Fund, Operational programme Employment, Prague, 2020, 24.

¹² F. Cardona, op. cit.

¹³ Civil Service Management Code, 2016, <https://www.gov.uk/government/publications/civil-servants-terms-and-conditions>, 30. 7. 2022.

premeštaj, nazadovanje, u trećoj, privremeno udaljenje sa rada (od tri meseca do dve godine), a u četvrtoj grupi su sankcije koje se odnose na ranije penzionisanje i prestanak radnog odnosa. Pravilo je da svake godine organi i organizacije javne uprave objavljuju spisak počinjenih disciplinskih povreda, kao bi se istakla „loša praksa“ i podstaklo zakonito i etičko postupanje službenika. Da se ovaj sistem neprekidno unapređuje potvrđuju dokumenti novijeg datuma.¹⁴

U Velikoj Britaniji su Uputstvom o upravljanju ljudskim resursima propisani osnovni principi i postupak disciplinske odgovornosti.¹⁵ Uputstvom (odjeljak 4.5) je detaljnije uređena odgovornost državnih službenika. Povrede radnih dužnosti odnose se na povredu načela lojalnosti službenika prema Kraljevstvu i nepristrasnosti i političke neutralnosti, ometanje sprovođenja javnih politika, zloupotrebu službenog položaja i povredu obaveze čuvanja službene tajne, povredu pravila o sprečavanju sukoba interesa, nenamensko raspolaganje javnim sredstvima, povredu pravila efikasnog i valjanog rada, povredu pravila o ophođenju prema strankama i kolegama, povredu načela diskriminacije, kao i svako ponašanje koje šteti ugledu organa državne uprave.¹⁶ Uputstvo predviđa pravnu zaštitu službenika protiv akata kojima se odlučuje o njihovim pravima i obavezama – u organima (ministarstvu ili agenciji) i Žalbenoj komisiji (*Civil Service Appeal Board*)¹⁷ koja razmatra žalbe u vezi sa radnopravnim statusom službenika.

Disciplinski postupak u službeničkom sistemu Nemačke propisan je Saveznim zakonom o disciplinskom postupku.¹⁸ U ovom sistemu, prisutan je sistem generalne klauzule u kome povrede radnih dužnosti nisu taksativno utvrđene. Kada je reč o službenicima na saveznom nivou, postupak se vodi pred saveznim disciplinskim komorama u prvom stepenu (u okviru organa), a u drugom, pred Saveznim disciplinskim sudom, koji ima karakter upravnog suda u zavisnosti od težine povreda radnih dužnosti.¹⁹ Nadležnost disciplinskih sudova proširena je i na druga

¹⁴ Ministère de la transformation et de la fonction publiques, *Transforming the French Civil Service to Meet the Challenges of the 21st Century*, https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/europe_et_international/EUPAN/Presentation-french-civil-service.pdf, 3. 8. 2022.

¹⁵ Civil Service Code, updated 2015 Statutory guidelines <https://www.gov.uk/government/publications/civil-service-code/the-civil-service-code#rights-and-responsibilities>, 3. 8. 2022.

¹⁶ HSR General principles of Conduct. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/402872/HSRs.pdf, 3. 8. 2022.

¹⁷ Civil Service Code, op. cit.

¹⁸ Federal Disciplinary Act (BGBl I 34/2001).

¹⁹ *The Comparative Analysis of the Areas of the Civil Service Act in the Selected European union countries*, European Union, European Social Fund, Operational programme Employment, Prague, 2020, 58.

pitanja u oblasti službeničkog statusa, kao što su plate, sprečavanje napredovanja i prestanak radnog odnosa.

U sistemu Poljske, za vođenje disciplinskog postupka u prvom stepenu nadležna je Disciplinska komisija koja se formira u okviru organa, dok je u drugom stepenu nadležna Disciplinska komisija Vlade.²⁰ U slučaju lakših povreda dužnosti iz radnog odnosa, disciplinski starešina može izreći meru upozorenja. Protiv odluka komisija, može se voditi radnopravni spor.

U Austriji su pravila o disciplinskoj odgovornosti utvrđena Zakonom o državnim službenicima, a povrede su taksativno navedene. Utvrđene su sankcije za povrede dužnosti iz radnog odnosa koje mogu biti: umanjeње mesečne plate, udaljenje iz službe, prestanak radnog odnosa. Na nivou organa, formiraju se disciplinske komisije, dok je na nivou Vlade osnovana Žalbena disciplinska komisija.²¹

U Finskoj je osim poštovanja načela zakonitosti, akcenat na poštovanju pravila etike, a službenicima se kroz razgovor daje mogućnost da koriguju svoje ponašanje. Nakon razgovora sa službenikom neposredni rukovodilac ima ovlašćenje da izda usmeno ili pisano upozorenje kojim se ukazuje kako bi trebalo promeniti ponašanje. Ukoliko službenik ne postupi u skladu sa tim, prestaje mu radni odnos.²² Takođe, poštovanje etičkih pravila, posmatra se na institucionalnom planu, kroz godišnje procene i izveštavanje svakog organa uprave. Slično ovim rešenjima, drugi službenički sistemi imaju jasno utvrđena pravila o disciplinskoj odgovornosti. Danas je sve više akcenat na poštovanju i etičkih pravila. Pravilima o disciplinskoj odgovornosti podležu i službenici na najvišim (rukovodećim) radnim mestima što naglašava njihovu upravljачku odgovornost.

PRAVILA O DISCIPLINSKOJ ODGOVORNOSTI SLUŽBENIKA U REPUBLICI SRBIJI – OSVRT NA PRAKSU UPRAVNOG SUDA REPUBLIKE SRBIJE

U pravnom sistemu Republike Srbije disciplinska odgovornost je odgovornost za povrede dužnosti iz radnog odnosa. Radnu dužnost čine obaveze zaposlenog koje proizlaze iz službeničkog odnosa, zbog čijih povreda se pokreće postupak i izriču odgovarajuće mere. Posebnu vrstu dužnosti čine one koje su utvrđene u okviru načela delovanja organa državne uprave, kao što su: zakonitost, stručnost, nepriistrasnost i politička neutralnost, delotvornost, srazmernost, poštovanje stranaka,

²⁰ *Ibidem*, 42.

²¹ *Ibidem*, 47.

²² *Ibidem*, 21.

javnost u radu i druga.²³ U dužnosti službenika bi se mogle uvrstiti i određene zabrane utvrđene propisima, kao što su na primer pravila o sprečavanju sukoba interesa. Službenički odnos podrazumeva i moralnu dužnost i obavezu državnih službenika, a njihovo kršenje predstavlja lakšu povredu radne dužnosti (opšti službenički režim) i pravno se sankcioniše.

U Republici Srbiji se primenjuje sistem enumeracije disciplinskih povreda, te se povrede dužnosti iz radnog odnosa, polazeći od mogućih posledica, prema članu 107 Zakona o državnim službenicima dele na lakše i teže.²⁴ Lakše povrede dužnosti iz radnog odnosa odnose se na: učestalo zakašnjanje, neopravdano odsustvovanje u toku radnog vremena ili raniji odlazak s rada; nesavesno čuvanje službenih spisa ili podataka; neopravdan izostanak s rada jedan radni dan; neopravdano neobaveštavanje neposredno pretpostavljenog o razlozima sprečenosti za dolazak na rad u roku od 24 sata od nastanka razloga; neobaveštavanje o primljenom poklonu manje vrednosti; neobaveštavanje rukovodioca o dodatnom radu za koji nije potrebna saglasnost rukovodioca i povrede kodeksa ponašanja državnih službenika. Shodno članu 109 teže povrede dužnosti iz radnog odnosa su: neizvršavanje ili nesavesno, neblagovremeno ili nemarno izvršavanje poslova ili naloga pretpostavljenog; nezakonit rad ili propuštanje radnji za koje je državni službenik ovlašćen radi sprečavanja nezakonitosti ili štete; zloupotreba prava iz radnog odnosa; povreda načela nepristrasnosti ili političke neutralnosti ili izražavanje i zastupanje političkih uverenja na radu; odavanje službene ili druge tajne; zloupotreba obaveštavanja o sumnji u postojanje korupcije; primanje poklona u vezi s vršenjem poslova mimo odredaba ovog zakona, primanje usluge ili koristi za sebe ili drugo lice ili korišćenje rada u državnom organu radi uticanja na ostvarivanje sopstvenih prava ili prava lica povezanih s državnim službenikom; dodatni rad mimo uslova određenih ovim zakonom; preuzimanje dužnosti direktora, zamenika ili pomoćnika direktora u pravnom licu ili povreda ograničenja članstva u organima pravnog lica; osnivanje privrednog društva, javne službe i bavljenje preduzetništvom; neprenošenje upravljačkih prava u privrednom subjektu na drugo lice, nedostavljanje podataka rukovodiocu o licu na koje su preneti upravljačka prava ili nedostavljanje rukovodiocu dokaza o prenosu upravljačkih prava; neprijavlivanje interesa koji državni službenik ili s njime povezano lice može imati u vezi sa odlukom državnog organa u čijem donošenju učestvuje; nezakonito raspolaganje sredstvima; nepohađanje stručnog usavršavanja

²³ Čl. 7–12 Zakona o državnoj upravi, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 30/2018 – dr. zakon, 47/2018.

²⁴ Zakon o državnim službenicima, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 81/2005 – ispravka, 83/2005 – ispravka, 64/2007, 67/2007 – ispravka, 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020.

na koje je upućen zbog potrebe unapređenja njegove radne uspešnosti; povreda prava drugih državnih službenika i nameštenika; nedolično, nasilničko ili uvredljivo ponašanje prema strankama ili saradnicima; dolazak na rad u alkoholisanom stanju ili pod uticajem drugih opojnih sredstava, odnosno uživanje alkohola ili drugih opojnih sredstava u toku radnog vremena; ometanje stranaka u ostvarivanju prava i interesa pred državnim organom; neopravdani izostanak s rada najmanje dva uzastopna radna dana; ponavljanje lakših povreda dužnosti utvrđenih konačnim rešenjem kojim je izrečena disciplinska kazna; ako je zaposleni prilikom zasnivanja radnog odnosa dao netačne podatke o ispunjenju uslova za prijem u radni odnos.

Taksativnim nabrojanjem disciplinskih povreda, može se uočiti da pravila o sprečavanju sukoba interesa najčešće obuhvataju nekoliko pitanja. Za lica koja obavljaju poslove od javnog značaja se mogu propisati ograničenja u vezi sa obavljanjem ili učestovanjem u vršenju drugih aktivnosti. Obavljanje nekompatibilnih aktivnosti je povezano sa principom neutralnosti, nivoom plate službenika, korupcijom i neshvatanjem razlike između privatnog interesa službenika od javnog. Zabrane se uglavnom odnose na vršenje druge javne funkcije, obavljanje drugog posla ili delatnosti za vreme vršenja javne funkcije, bavljenje preduzetništvom, osnivanje privrednog društva ili javne službe za vreme vršenja javne funkcije, ograničenje članstva u organima upravljanja pravnih lica ili obavezu prenosa upravljačkih prava. Ograničenja se odnose i na primanje poklona ili druge koristi za sebe, članove svoje porodice, bliske rođake i prijatelje ili lica i organizacije sa kojima su ili su bili u poslovnim ili političkim odnosima a koji mogu uticati na nepristrasno obavljanje poslova ili predstavljaju vrstu nagrade za obavljene poslove. Od značaja su i odredbe o periodičnom prijavljivanju ličnog ili privatnog interesa koje ima preventivni karakter i važi za službenike na najvišim rukovodećim radnim mestima. Ova pravila predviđena su Zakonom o državnim službenicima, Zakonom o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave,²⁵ kao i Zakonom o zaposlenima u javnim službama,²⁶ što je važno sa aspekta koherentnog rada cele javne uprave.

Prema članu 110 Zakona o državnim službenicima, za lakše povrede dužnosti iz radnog odnosa može se izreći opomena ili novčana kazna do 20% plate za puno radno vreme, njegove osnovne plate za mesec u kome je novčana kazna izrečena. Za teže povrede dužnosti iz radnog odnosa može da se izrekne: 1) novčana kazna od 20% do 30% njegove osnovne plate, za mesec u kome je novčana kazna izrečena, u trajanju do šest meseci; 2) određivanje neposredno nižeg platnog razreda;

²⁵ Zakon o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave, *Službeni glasnik RS*, br. 21/2016 i 113/2017, 95/2018, 114/2021.

²⁶ Zakon o zaposlenima u javnim službama, *Službeni glasnik RS*, br. 113/2017, 95/2018, 86/2019, 157/2020.

3) zabrana napredovanja od četiri godine; 4) premeštaj na radno mesto u neposredno niže zvanje uz određivanje koeficijenta u skladu sa zakonom kojim se uređuju plate u državnim organima; 5) prestanak radnog odnosa. Sentencom Upravnog suda²⁷ obrazlaže se da se u disciplinskim postupcima za više učinjenih disciplinskih kazni povreda službene dužnosti, državnom službeniku može izreći samo jedna od disciplinskih kazni shodno odredbama Zakona o državnim službenicima.

Kada je reč o pokretanju i toku disciplinskog postupka, prema Zakonu o državnim službenicima, rukovodilac organa pokreće postupak na sopstvenu inicijativu ili na predlog lica koje je pretpostavljeno državnom službeniku. Pravo da inicira pokretanje disciplinskog postupka protiv zaposlenog u organu uprave koji je povredio prava građana ili načinio propust kojim je građaninu pričinjena materijalna ili druga šteta ima i Zaštitnik građana.²⁸ Ukoliko smatra da u radnjama funkcionera ili zaposlenog u organu uprave ima elementa krivičnog ili drugog kažnjivog dela, Zaštitnik građana je ovlašćen da pismeno preporuči razrešenje funkcionera i nadležnom organu podnese zahtev, odnosno prijavu za pokretanje krivičnog, prekršajnog ili drugog odgovarajućeg postupka.

Disciplinski postupak u državnim organima i organizacijama vodi rukovodilac državnog organa, koji i odlučuje o disciplinskoj odgovornosti. Rukovodilac državnog organa može obrazovati i disciplinsku komisiju od tri člana, koja umesto njega pokreće i vodi disciplinski postupak, koja odlučuje o disciplinskoj odgovornosti i izriče disciplinske kazne. U skladu sa članom 114 Zakona o državnim službenicima, u disciplinskom postupku održava se usmena rasprava, na kojoj državni službenik ima pravo da izloži svoju odbranu. Na pitanja vođenja disciplinskog postupka koja nisu uređena ovim Zakonom, primenjuju se odredbe zakona kojim se uređuje opšti upravni postupak.²⁹

Prema Zakonu o državnim službenicima drugostepeni organ za odlučivanje o žalbama državnih službenika na rešenja kojim se odlučuje o njihovim pravima i obavezama u prvom stepenu je Žalbena komisija Vlade, a protiv njene odluke može se pokrenuti upravni spor. Osnivanje Žalbene komisije znatno je unapredilo ostvarivanje i zaštitu prava državnih službenika. Rešavanjem u službeničkim stvarima, Komisija uspostavlja i unapređuje upravnu praksu i jednoobrazno primenjuje pravila o pravnom položaju i radu službenika.

Posebnim propisima, disciplinski postupak se u određenim oblastima rada uprave može drugačije urediti. Organi državne uprave koji imaju veliki broj

²⁷ Sentenca Upravnog suda RS II-2 U 26202/10.

²⁸ Zakon o zaštitniku građana, *Službeni glasnik RS*, br. 105/2021.

²⁹ Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/ 2016, 95/2018 – Autentično tumačenje.

zaposlenih primenjuju posebna pravila disciplinskog postupka koja su prilagođena specifičnim stvarima iz nadležnosti tih organa. Na primer, disciplinska odgovornost u Ministarstvu unutrašnjih poslova uređena je Zakonom o policiji³⁰ i Uredbom o načinu sprovođenja disciplinskog postupka u Ministarstvu unutrašnjih poslova.³¹ Pravni je stav Upravnog suda Republike Srbije da policijski službenici i drugi zaposleni u Ministarstvu unutrašnjih poslova odgovaraju disciplinski samo zbog povreda službene dužnosti propisanih Zakonom o policiji, a ne i zbog povreda dužnosti iz radnog odnosa propisanih Zakonom o državnim službenicima.³² Disciplinski postupak u Ministarstvu unutrašnjih poslova je specifičan i znatno se razlikuje u odnosu na postupak u drugim oblastima rada. U prvom stepenu ga pokreće rukovodilac ili lice koje on ovlasti. Protiv prvostepenih disciplinskih rešenja lice protiv koga se vodi postupak ima pravo prigovora Disciplinskoj komisiji, koja kao kolegijalni organ odlučuje po prigovorima na prvostepene odluke disciplinskih starešina. Protiv rešenja Disciplinske komisije može se pokrenuti upravni spor. Slično, organi uprave u sastavu ministarstava, kao što su Uprava carina i Poreska uprava primenjuju disciplinska pravila koja predstavljaju izuzetak (*lex specialis*) od opšteg režima – Zakona o državnim službenicima (*lex generalis*).³³

Disciplinski postupak protiv državnog službenika koga je na položaj postavila Vlada, vodi Visoki službenički savet, a protiv državnog službenika koga je na položaj postavio drugi državni organ ili telo određeno njegovim aktima. Protiv državnog službenika koga je na položaj postavila Vlada disciplinski postupak se pokreće na predlog rukovodioca, a kad državni službenik rukovodi državnim organom na predlog Vlade, izuzev protiv rukovodioca organa u sastavu ministarstva i rukovodioca posebne organizacije nad čijim radom nadzor vrši ministarstvo – disciplinski postupak se pokreće na predlog ministra. Protiv rešenja kojim je državnom službeniku na položaju izrečena disciplinska kazna žalba nije dopuštena, ali može da se pokrene upravni spor.

³⁰ Zakon o policiji, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016, 24/2018, 87/2018.

³¹ Uredba o načinu sprovođenja disciplinskog postupka u Ministarstvu unutrašnjih poslova, *Službeni glasnik RS*, br. 26/2017.

³² Pravni stav Upravnog suda RS usvojen na sednici 16. 12. 2011. godine.

³³ Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2002, 84/2002 – ispravka, 23/ 2003 – ispravka, 70/2003, 55 /2004, 61/ 2005, 85/2005 – dr. zakonik, 62/2006 – dr. zakon, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – ispravka, 93/2012, 47/ 2013, 108/ 2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – Autentično tumačenje, 112/ 2015, 15/2016, 108/2016, 30/ 2018, 95/2018, 86/ 2019, 144/ 2020, 96/2021; Carinski zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 95/2018, 91/ 2019 – dr. zakon, 144/2020, 118/2021.

Kada je reč o izboru i odmeravanju disciplinske kazne, u skladu sa opštim i posebnim propisima vodi se računa o stepenu odgovornosti službenika, težini posledica nastalih zbog povrede dužnosti iz radnog odnosa i subjektivnim i objektivnim okolnostima pod kojima je izvršena povreda.

Analizom presuda Upravnog suda može se uočiti da državni službenici sudski postupak pokreću najčešće u situacijama kada je osporenim rešenjem potvrđena teža disciplinska povreda. To je razumljivo imajući u vidu propisane sankcije za teže disciplinske povrede što podrazumeva da je državni službenik motivisan da ulaže pravna sredstva i tako dokaže u upravnom postupku, a kasnije i u sudskom, da je državnu službu obavljao u skladu sa propisima.

Nadalje, analizom presuda Upravnog suda može se zaključiti da je u velikom broju slučajeva tužba uvažena iz razloga bitnih povreda pravila postupanja tuženog organa. Najčešće se radi o sledećim povredama: u spisima predmeta disciplinskog organa nedostaje zapisnik o većanju i glasanju,³⁴ nastupila je zastarelosti vođenja disciplinskog postupka,³⁵ dispozitiv je nejasan, neodređen, odnosno neizvršiv,³⁶ spojeni su disciplinski postupci bez donošenja zaključka o spajanju,³⁷ odlučivalo je nenadležno disciplinsko veće,³⁸ stanje u spisima predmeta ne upućuje na odluku u dispozitivu,³⁹ odlučivalo se o žalbi advokata umesto o žalbi stranke,⁴⁰ nepotpuno obrazloženje – nije odgovoreno na sve navode prigovora,⁴¹ neučestvovanje stranke u raspravi⁴² i druge povrede.

S obzirom na to da je vođenje disciplinskog postupka povereno državnom službeniku (rukovodiocu organa ili formiranoj komisiji) u prvom stepenu, to suštinski znači da državni službenik ove poslove obavlja periodično uz standardne poslove svog radnog mesta. Analizom presuda, može se uočiti da je rezultat ovakvog rešenja dobro poznavanje upravne stvari kojom se (disciplinski) službenici bave budući da je činjenično stanje uglavnom tačno i potpuno utvrđeno. S druge strane, razlozi za poništavanje konačnih rešenja uglavnom se odnose na bitne povrede pravila postupka i to povrede koje se odnose na manjkavost postupka.

³⁴ Presuda Upravnog suda RS II 2 U497/19 od 4. 7. 2019. godine.

³⁵ Presuda Upravnog suda RS 4 U 799/ 18 od 12. 8. 2021. godine.

³⁶ Presuda Upravnog suda RS 7 U 1383/13 od 24. 4. 2015. godine.

³⁷ Presuda Upravnog suda RS I 2U 49/ 19 od 3. 3. 2021. godine.

³⁸ Presuda Upravnog suda RS I 2 U 102/19 od 9. 9. 2020. godine.

³⁹ Presuda Upravnog suda RS I 4 U 153/13 od 27.3. 2015. godine.

⁴⁰ Presuda Upravnog suda RS II 1 U 205/19 od 5. 1. 2021. godine.

⁴¹ Presuda Upravnog suda RS II 9 U 103/14 od 9. 2. 2015. godine.

⁴² Presuda Upravnog suda RS 25 U 1684/15 od 23. 12. 2016. godine.

Uočeno nedovoljno poznavanje pravila disciplinskog postupka može se prevazići kontinuiranim stručnim usavršavanjem državnih službenika.

Generalno, disciplinska odgovornost ne isključuje odgovornost u krivično-pravnom smislu. Reč je o samostalnim i nezavisnim oblicima odgovornosti službenika, za koje su predviđeni posebni pravni režimi – nadležni organi za vođenje postupka, pravni postupak za utvrđivanje odgovornosti i pravne sankcije. Sudsko veće Upravnog suda je u odluci 3 U 1029/17 zauzelo jasan stav da odgovornost za krivično delo ili prekršaj ne isključuje disciplinsku odgovornost, pri čemu okolnost da se protiv tužilje vodi krivični postupak, nije od uticaja na tok i ishod disciplinskog postupka, jer je isti nezavisan od ishoda krivičnog postupka, kako po težini povrede javnog društvenog poretka, tako i po propisanim sankcijama – merama koje nemaju zatvorsku kaznu.⁴³ Međutim, krivični postupak koji je pokrenut, može biti razlog za pokretanje disciplinskog postupka. Navedena situacija predmet je ocene zakonitosti u odluci 5 U 341/13 u kojoj se navodi da je pravilno postupio prvostepeni organ kada je tužiocu za izvršenje teške povrede službene dužnosti izrekao disciplinsku meru prestanak radnog odnosa, budući da je protiv istog podneta krivična prijava za krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti.⁴⁴

Kada je reč o brisanju disciplinskih mera, kroz obrazloženje presude Upravnog suda 1 U 5006/11 sudsko veće je izrazilo stav da je tuženi organ pogrešio kada je smatrao da kaznu (meru) – prestanak radnog odnosa ne treba brisati iz evidencije disciplinskih mera, sa obrazloženjem da ovakav podatak ima trajnu važnost i onemogućava da tužilac bude ponovo primljen u radni odnos. Imajući u vidu svrhu instituta brisanja morala bi i trebalo bi da postoji mogućnost brisanja pravnih posledica svih disciplinskih kazni (mera), pa i najtežih.⁴⁵

ZAKLJUČAK

Institut disciplinske odgovornosti službenika pospešuje zakonito, efikasno i moralno postupanje zaposlenih u upravi i poziva na poštovanje i prava i etike. On je u funkciji ostvarivanja osnovnih ciljeva rada uprave – zaštite javnog interesa i valjanog sprovođenja javnih politika. Odgovornost je sveobuhvatan koncept u političkom, pravnom i društvenom smislu koji sa jedne strane podrazumeva odgovornost organa i organizacija javne uprave za (ne)ostvarivanje strateških ciljeva rada organa i organizacija, a sa druge, odgovornost imenovanih, postavljenih

⁴³ Presuda Upravnog suda RS 3 U 1029/17 od 24. 9. 2020. godine.

⁴⁴ Presuda Upravnog suda RS 5 U 341/13 od 4. 6. 2015. godine.

⁴⁵ Presuda Upravnog suda RS 1 U 5006/11 od 2. 10. 2013. godine.

i zaposlenih lica za lične postupke. U pravnoj literaturi pojam disciplinske odgovornosti nije sporan i najčešće se određuje kao odgovornost službenika za utvrđene povrede dužnosti iz radnog odnosa za koje se od ovlašćenih organa u određenom postupku izriču propisane disciplinske kazne. Osim obaveza, zaposleni poštuju i propisana načela rada (posebno određene zabrane, „ograničenja“ i sl.).

Evropska unija i druge međunarodne i regionalne organizacije promovišu jačanje odgovornosti na institucionalnom i individualnom nivou. Tendencija je jačanje lične odgovornosti službenika, posebno onih na rukovodećim radnim mestima. U službeničkim sistemima zemalja članica Evropske unije, disciplinska odgovornost se u pozitivnopravnim propisima određuje kao odgovornost službenika za povrede dužnosti iz radnog odnosa, koje su eksplicitno propisane zakonom i za koje su utvrđene odgovarajuće sankcije. Sankcija se najčešće određuje na osnovu težine pojedine povrede, a disciplinske kazne su različite (opomena, smanjenje plate, zabrana napredovanja, prestanak radnog odnosa). Postupak pred organima uprave je po pravilu dvostepen, osnivaju se komisije kako bi se postigla pravilnost postupka i objektivnost u odmeravanju sankcija, a predviđena je i sudska zaštita.

Primarni cilj vršenja disciplinske vlasti bi trebalo da bude korekcija ponašanja i poboljšanje rezultata rada. Iako su u uporednim sistemima pravila slična, razlike postoje u favorizovanju lične odgovornosti službenika, u odnosu na odgovornost uprave (kao na primer u službeničkom sistemu Francuske).

U pozitivnom pravu Republike Srbije, kao i u drugim službeničkim sistemima, disciplinska odgovornost je uređena zakonima i detaljnije podzakonskim propisima i obuhvata povrede dužnosti iz radnog odnosa. Posebnu vrstu dužnosti čine one koje su utvrđene u okviru načela delovanja službenika, kao što su načelo zakonitosti, nepristrasnosti u radu, načelo političke neutralnosti, javnosti, odgovornosti, efikasnosti i druga. Službenički odnos podrazumeva i moralnu dužnost i obavezu državnih službenika i kršenje moralnih načela predstavlja uglavnom lakšu povredu radne dužnosti i pravno se sankcioniše. Primenjuje se sistem enumeracije disciplinskih povreda, a polazeći od mogućih posledica, one se dele na lakše i teže. Ovaj sistem se primenjuje u opštem i posebnom režimu službeničkih odnosa (Zakonu o policiji, Carinskom zakonu i drugim). Disciplinska odgovornost ne isključuje druge oblike odgovornosti. Reč je o samostalnim i nezavisnim oblicima pravne odgovornosti službenika, za koje su predviđeni posebni pravni režimi.

S obzirom na to da su pravila disciplinskog postupka uređena (opštim i posebnim propisima) u pogledu nadležnih subjekata i ovlašćenih lica koja pokreću postupak, nomenklature disciplinskih povreda, kao i sankcija koje se izriču, akcentat je na primeni ovih pravila u praksi. Svrha ovog instituta nije samo sankcionisanje već i podsticanje na zakonit i efikasan rad i poštovanje radne discipline, bez obzira

na to da li je ona propisana kroz sistem obaveza ili načela. Posebno, potrebno je imati u vidu moguće finansijske posledice rada službenika i odgovornosti organa u kontekstu naknade štete za ne(postupanje). Da se u velikoj meri ova pravila poštuju potvrđuje bogata praksa Upravnog suda Republike Srbije, koji presudama i pravnim stavovima unapređuje i harmonizuje rad uprave u ovom segmentu, vodeći računa o javnom interesu, interesu organa i organizacija javne uprave, (ali i o) i pravima i obavezama službenika o kojima se rešava. Analizom presuda Upravnog suda zaključuje se da se najčešće sudi u sporovima koji za predmet imaju teže disciplinske povrede, verovatno zbog veće motivisanost službenika da koriste pravna sredstva i u sudskom postupku dokažu da su državnu službu vršili u skladu sa propisima.

Prof. Dr. ZORICA VUKAŠINOVIĆ
Full Professor, University of Criminal
Investigation and Police Studies
Belgrade

VESNA ČOGURIĆ, LL.M.
Judge of the Administrative Court
of the Republic of Serbia

DISCIPLINARY LIABILITY OF CIVIL SERVANTS IN THEORY AND PRACTICE

Summary

Effective implementation of responsibility principle shall underpin legal, professional, transparent and impartial civil service operation. Legal status of public officials and the scope of public authorities they perform determine type of responsibility – political, legal or other. While the functionaries can be seen mainly as subject of political responsibility, civil servants only follow the rules of legal responsibility. The purpose of the paper is to analyze concept of disciplinary liability and disciplinary procedure of civil servants. It also emphasizes specific remarks on subjects, sanctions, first and second instance administrative procedure and judicial practice. The paper represents comparative practice in European Union member states and it also tackles the concept of disciplinary rules of Serbian civil servants and Administrative court practice in disciplinary matters.

Key words: disciplinary liability, disciplinary procedure, civil service, European administrative principles

Literatura

- Bezerita (Tomescu) L., „Disciplinary Liability of Civil Servants. Aspects of the Administrative and Judicial Practice“, *Internal Auditing & Risk Management*, Vol 50, No. 2, 2018.
- Cardona G., *Liabilities and Discipline of Civil Servants*, Sigma, Paris, 2003. <https://www.sigmaxweb.org/publications/37890790.pdf>.

- Council of Europe, *Codes of Conduct for Public Officials*, Recommendation Rec (2000) 10, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 11 of May 2000 and explanatory memorandum, Council of Europe Publishing, F-67075 Strasbourg Cedex, 2001.
- Council of Europe, *Venice Commission Report on the rule of law*, Study No. 512, CDL-AD(2011)003, 2011, Strasbourg, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e).
- Ministère de la transformation et de la fonction publiques, *Transforming the French Civil Service to Meet the Challenges of the 21st Century*, 2022. https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/europe_et_international/EUPAN/Presentation-french-civil-service.pdf.
- Pusić E., *Nauka o upravi*, knjiga I, Narodne novine, Zagreb, 1989.
- SIGMA, OECD, *The Principles of Public Administration*, 2017. <https://www.sigmaweb.org/publications/Principles-of-Public-Administration-2017-edition-ENG.pdf>, pristupljeno 20. 6. 2022.
- SIGMA, OECD, *Methodological Framework for the Principles of Public Administration*, 2017. <http://www.sigmaweb.org/publications/Methodological-Framework-for-the-Principles-of-Public-Administration-May-2019.pdf>, pristupljeno 20. 6. 2022.
- The Comparative Analysis of the Areas of the Civil Service Act in the Selected European union countries*, European Union, European Social Fund, Operational programme Employment, Prague, 2003.
- Vukašinović Radojičić Z., Vučetić D., *Profesionalizacija javne uprave u Srbiji*, knjiga 47, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2021.
- Vukašinović Radojičić Z., Čogurić V., „Convergence and Symbiosis of Public Administration Principles – International and European Perspective“, *Bezbednost*, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, Beograd, 2021.
- Vukašinović Radojičić Z., *Pravna pitanja službeničkih odnosa*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2015.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

NATAŠA MARKOVIĆ

PRETPOSTAVKE ZA OSTVARIVANJE PRAVA ROMSKE NACIONALNE MANJINE U REPUBLICI SRBIJI – POSTUPCI IZDAVANJA JAVNIH ISPRAVA I STICANJA DRŽAVLJANSTVA

Rad se bavi problemom „pravno nevidljivih lica“ i njihovom nemogućnošću ostvarivanja prava. Razlozi su poteškoće dokazivanja identiteta, državljanskog statusa i činjenice rođenja. Rad se bazira na rezultatima istraživanja UNHCR o licima koja su bez ličnih isprava i koja mogu biti u riziku od apatridije, koja su uglavnom pripadnici romske nacionalne manjine. Prikazani su postupci, sudski (vanparnični postupak za određivanje vremena i mesta rođenja) i upravni (za upis u matičnu knjigu rođenih, u evidenciju o državljanima Republike Srbije, u evidenciju jedinstvenih matičnih brojeva građana, prijave prebivališta i izdavanja lične karte). Autor daje osvrt i na rezultate ostvarene u Republici Srbiji u pogledu unapređenja pravnog okvira u cilju omogućavanja upisa u evidencije. Takođe, potencira se značaj elektronskog upravnog postupanja, razmene podataka u elektronskom obliku i jedinstvenog upravnog mesta „Bebo dobrodošla na svet“ kojim se smanjuje mogućnost da novorođena deca budu neupisana u evidencije.

Ključne reči: romska nacionalna manjina, upravni postupak, javne isprave, državljanstvo, evidencije, apatridija, elektronska uprava.

UVODNA RAZMATRANJA

Iako se u Republici Srbiji 147.604 građana izjasnilo da pripada romskoj nacionalnoj manjini prema popisu stanovništva iz 2022. godine, smatra se da je ovaj

Nataša Marković, specijalista kriminalista, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, Direkcija policije, Uprava za upravne poslove, pomoćnik načelnika Uprave za upravne poslove, e-mail: natamarko@yahoo.com.

broj veći uzevši u obzir da se mnogi pripadnici ove nacionalne manjine izjašnjavaju kao pripadnici većinskog naroda ili druge nacionalne manjine, kao i da postoje pripadnici te nacionalne manjine koji ne poseduju isprave i koji nisu upisani u evidencije Republike Srbije. Pitanjima zaštite prava Roma, Republika Srbija i nadležne institucije posvećuju veliku pažnju, kao i civilno društvo, mediji i slično.

Pripadnici romske nacionalne manjine, kao i ostali građani koji ne poseduju lične i druge isprave, suočavaju se sa rizikom od apatridije, kao i otežanim ostvarivanjem prava na socijalno, zdravstveno osiguranje, pravo na školovanje i druga prava, a zbog nemogućnosti da dokažu svoj pravni subjektivitet. Iako je Republika Srbija učinila velike napore kako bi svi građani koji žive na njenoj teritoriji bili upisani u evidencije, bile im izdate lične karte i druge isprave i time mogli da ostvaruju Ustavom i zakonima garantovana prava, ipak i dalje postoji neutvrđeni broj takozvanih pravno nevidljivih lica koja ne mogu ostvarivati navedena prava upravo iz razloga neposjedovanja ličnih isprava. Svako lice koje nije upisano u matičnu knjigu rođenih suštinski je „pravno nevidljivo“ i onemogućen mu je pristup pravima koja su dostupna ostalim građanima.

Istraživanja o ovoj društvenoj grupi u vezi sa rizikom od apatridije i problemom (ne)ostvarivanja prava, pre svega dobijanje ličnih dokumenta, sproveo je i UNHCR.¹ Broj ovih lica ne može se sa sigurnošću utvrditi, postoje samo pretpostavke. Budući da se ne nalaze u evidencijama za državu i ostale građane, oni su tzv. pravno nevidljiva lica.

Upis u matičnu knjigu rođenih prethodi i uslov je za pribavljanje ostalih javnih isprava počev od uverenja o državljanstvu, prijave prebivališta i na kraju lične karte. Nakon upisa u matičnu knjigu rođenih, potrebno je izvršiti upis u evidenciju o državljanima Republike Srbije, a pre toga doneti odgovarajući akt o utvrđivanju državljanstva (deklarativni upravni akt) ili o prijemu u državljanstvo (konstitutivni upravni akt). Na osnovu toga vrši se upis u evidenciju državljana, a po Pravilniku o sadržini, načinu upisa i vođenju evidencija o državljanstvu i obrascu uverenja o državljanstvu.²

Zahvaljujući zakonskim izmenama, u periodu od 2011. godine, pojednostavljen je pristup ličnim dokumentima i omogućen naknadni upis u matičnu knjigu rođenih osobama koje nisu mogle da se upišu kroz upravni postupak.

Od 2016. godine u Srbiji se sprovodi projekat „Bebo, dobrodošla na svet“,³ čija je svrha upravo pojednostavljenje registracije činjenice rođenja i automatski upis sve

¹ Slobodan Cvejić, *Lica u opasnosti od apatridije u Srbiji – ocena napretka 2010–2015*, Beograd, 2016, Visoki Komesarijat za izbeglice ujedinjenih nacija, Predstavništvo za Srbiju, <https://www.unhcr.org/rs/wp-content/uploads/sites/40/2021/04/06-LICA-U-OPASNOSTI-OD-APATRIDIJE-U-SRBIJI.pdf>, 9. 6. 2022.

² Pravilnik o sadržini, načinu upisa i vođenju evidencija o državljanstvu i obrascu uverenja o državljanstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 44/22.

³ <https://www.ite.gov.rs/tekst/81/bebo-dobro-dosla-na-svet.php>, 12.6.2022.

dece rođene u zdravstvenim ustanovama, kao i van njih u matičnu knjigu rođenih. Pored toga, kroz ovu uslugu je deci i roditeljima značajno pojednostavljen pristup i drugim pravima i uslugama, kao što su prijava prebivališta, prijava na zdravstveno osiguranje, podnošenje zahteva za roditeljski dodatak i drugo. Roditeljima je omogućeno da potpuno besplatno i elektronski izvrše administrativne poslove, za koje je ranije bilo potrebno nekoliko odlazaka na šaltere i plaćanje različitih taksi. Nažalost, kada majka ne poseduje ličnu kartu, odnosno kada nije upisana u ovu evidenciju, ni ona, ni dete ne mogu da koriste pomenutu uslugu, nije moguće izvršiti upis deteta u matičnu knjigu rođenih, prijaviti ga na zdravstveno osiguranje, niti dobiti roditeljski dodatak.⁴ Strateški ciljevi su usmereni na omogućavanje sticanja ovih prava svih građana Republike Srbije.

Utvrđivanje pravnog subjektiviteta – pretpostavka ostvarivanja prava na lične isprave

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima usvojena i proglašena rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 217 (III) od 10. decembra 1948. godine, propisuje da svako ima pravo da svuda bude priznat kao pravni subjekt (član 6).⁵ Takođe, pravo na priznavanje pravnog subjektiviteta definisano je i članom 16. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima⁶ po kome svako ima pravo da se svuda priznaje njegova pravna ličnost.

Ustav Republike Srbije,⁷ u članu 37. u delu Pravo na pravnu ličnost, propisuje da svako lice ima pravnu sposobnost da bude subjekt u pravu, odnosno nosilac

⁴ Prema istraživanjima UNHCR polovina ispitanika, koji su uglavnom pripadnici romske nacionalne manjine, a koja je pokušala da se upiše u matičnu knjigu rođenih ne zna razlog zbog kog je zahtev za upis odbijen. Sa druge strane, kao razloge za odbijanje druga polovina navodi izgublenu ili nevažeću dokumentaciju (31%), kao i problem sa matičnom knjigom rođenih druge zemlje (6%). Trećina ispitanika (njih 33%) je navela da nisu mogli da pribave sve potrebne dokaze. Razlozi koji se tiču nepoznavanja i komplikovanosti procedure, kao i finansijski aspekti su takođe navođeni. Podaci prikupljeni u istraživanju pokazuju da postoji određeni broj lica koja žive u neformalnim naseljima, a koja nemaju prijavljeno prebivalište. Među ovim osobama se izdvajaju interno raseljena lica sa Kosova i Metohije. Posmatrano u odnosu na celokupnu populaciju u Srbiji u neformalnim naseljima (56.276), dolazi se do podatka da je trenutni broj pojedinaca starijih od 16 godina bez lične karte 1.032. Tako se kao najčešći razlog za neposedovanje lične karte izdvaja skupa procedura, a zatim neprijavljeno prebivalište. Među drugim navedenim razlozima zbog kojih ispitanici nemaju važeću ličnu kartu, izdvajaju se neinformisanost o proceduri, komplikovana procedura i neposedovanje državljanstva.

⁵ Universal Declaration of Human Rights, <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, 13. 6. 2022.

⁶ Zakon o ratifikaciji međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ*, br. 7/71.

⁷ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06 i 115/21.

prava i obaveza. Procene govore da trenutno u zemlji živi nekoliko desetina hiljada lica, uglavnom Roma, čiji pravni subjektivitet nije priznat, odnosno koja se ne nalaze u evidencijama. Sa stanovišta pravnog poretka, ova kategorija lica ne postoji, nisu upisani u matične knjige rođenih, oni ne uživaju pravo na zdravstvenu zaštitu, pravo na socijalnu zaštitu i obrazovanje, ne mogu glasati na izborima,⁸ niti mogu istupati u svojstvu stranke pred sudovima i drugim nadležnim državnim organima.

Osnovni uslov za ostvarivanje svih Ustavom, zakonima i međunarodnim pravom garantovanih prava jeste priznavanje pravnog subjektiviteta, odnosno prava da osoba može biti priznata kao subjekt u pravu i da uživa sva prava koja joj pripadaju. Država tu obavezu mora da ispuni u odnosu na sve građane, na šta je obavezana Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima,⁹ Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima¹⁰ i drugim ratifikovanim međunarodnim dokumentima. Tek kada takva lica budu uvedena u evidencije, mogu da ostvaruju garantovana prava u punom kapacitetu. Radi priznavanja subjektiviteta lica bez ličnih isprava, potrebno je izvršiti upis lica u matičnu knjigu rođenih, odrediti jedinstveni matični broj građana, prijaviti lice na prebivalište i izdati mu ličnu kartu. Međutim, prethodno pitanje koje treba rešiti je rešavanje državljanškog statusa ove kategorije lica, odnosno sticanje državljanstva Republike Srbije.

Postupak upisa u evidencije o državljanima Republike Srbije

Državljanstvo se može odrediti kao odnos javnopravnog karaktera između fizičkog lica i suverene države na osnovu koga to lice ima status po kome su mu, uz odgovarajuće obaveze formalnopravno dostupna sva građanska, politička i ekonomsko-socijalna prava u toj državi, bez obzira na to da li se nalazi na njenoj teritoriji ili ne.¹¹ Pravna teorija nastoji da postavi principe kojima se države rukovode prilikom uređivanja pitanja državljanstva.

⁸ Saša Gajin, Vesna Rakić Vodinelić, Violeta Kocić Mitaček, Tanja Drobnjak, Aleksandra Čavoški, Ana Knežević Bojović, Jelena Simić, Dušan Dželebdžić, „Model zakona o postupku priznavanja pravnog subjektiviteta“, <https://cups.rs/wp-content/uploads/2014/11/Model-Zakona-o-postupku-priznavanja-pravnog-subjektiviteta.pdf>, 7. 6. 2022.

⁹ Universal Declaration of Human rights (1948). Paris: The UN General Assembly, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Rome, 1950.

¹⁰ The International Covenant on Civil and Political Rights The United Nations, July 7, 1994. Last edited on January 27, 1997.

¹¹ Nataša Marković, „Upravno postupanje Ministarstva unutrašnjih poslova u oblasti državljanstva“, *Bezbednost*, časopis Ministarstva unutrašnjih poslova, br. 1, Beograd, 2014, 158.

Praksa nije ujednačena, jer svaka država suvereno odlučuje o državljanstvu, ali se mogu uočiti opšte usvojeni principi sticanja državljanstva: poreklo – krvna veza (*ius sanguinis*), mesto rođenja (*ius soli*), prebivalište (*ius domicili*), bračna zajednica i drugi. Državljanstvo se može steći i po međunarodnim sporazumima, ali se uslovi za sticanje takođe baziraju na ovim principima. U uporednim sistemima oni se najčešće kombinuju. Na osnovu principa porekla, deca stiču državljanstvo roditelja bez obzira na to gde su se rodila. Po principu mesta rođenja, za određivanje državljanstva nije od značaja državljanstvo roditelja, već mesto gde se dete rodilo. Drugim rečima, dete stiče državljanstvo one države na čijoj je teritoriji rođeno. Za razliku od prethodna dva principa na osnovu kojih se određuje državljanstvo deteta u trenutku rođenja, prebivalište se uglavnom koristi za sticanje državljanstva punoletnih lica koja svojom voljom žele da steknu državljanstvo. U uporednim sistemima, ovo nije osnovni i uglavnom se kombinuje sa navedenim principima.

Postojanje različitih načela sticanja državljanstva može dovesti do pozitivnog ili negativnog sukoba državljanstva, odnosno do toga da su neka lica bez državljanstva (apatridi), a neka sa dva (bipatridi) ili više državljanstava (polipatridi). Ako je dete rođeno u državi u kojoj je propisan princip sticanja državljanstva na osnovu krvne veze od roditelja koji su državljanstvo stekli od države u kojoj je osnovni princip mesto rođenja, takvo dete u trenutku rođenja ostaje bez državljanstva. Negativan sukob državljanstva dovodi do pojave apatrida. Apatridiju uglavnom definišu međunarodni izvori, kao što je Konvencija o pravnom položaju lica bez državljanstva,¹² kao međunarodni ugovor čiji je cilj regulisanje standarda za postupanje sa licima bez državljanstva.

Zakon o državljanstvu Republike Srbije¹³ propisuje da je osnovni princip sticanja državljanstva poreklo. Po tom osnovu, državljanstvo stiče dete čija su oba roditelja u vreme njegovog rođenja državljani Republike Srbije, bez obzira da li je rođeno u Srbiji ili u inostranstvu, kao i dete rođeno na teritoriji Republike Srbije, čiji je jedan roditelj u vreme rođenja deteta državljanin Republike Srbije, drugi je stranac, nepoznatog državljanstva ili nepoznat. Po principu rođenja na teritoriji Republike Srbije dete rođeno ili nađeno na teritoriji Republike Srbije stiče državljanstvo ako su mu oba roditelja nepoznata ili nepoznatog državljanstva ili bez državljanstva ili ako je dete bez državljanstva. Dete koje po ovom osnovu ima pravo na državljanstvo stiče ga od rođenja, ali mu ono može prestati ako se do navršene 18. godine života utvrdi da su mu oba roditelja strani državljani.

¹² Uredba o ratifikaciji Konvencije o pravnom položaju lica bez državljanstva i završnog akta Konferencije Ujedinjenih nacija o pravnom položaju lica bez državljanstva, *Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, broj 9/59.

¹³ Zakon o državljanstvu Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 135/04, 90/07 i 24/18.

Lice koje je rođeno na teritoriji Republike Srbije može biti primljeno u državljanstvo ako je do podnošenja zahteva za prijem najmanje dve godine neprekidno boravilo na teritoriji Republike Srbije i ako da izjavu da Republiku Srbiju smatra svojom državom.

Zakon o državljanstvu propisuje da dete koje je nađeno ili rođeno u Srbiji, čiji su roditelji nepoznati, nepoznatog državljanstva ili bez državljanstva, može biti primljeno u državljanstvo po osnovu rođenja. Ne postoji pravni niti institucionalni okvir kojim se reguliše koji organ je nadležan da utvrdi da su roditelji deteta (ukoliko su poznati) bez državljanstva, kako bi dete po ovom osnovu bilo primljeno u državljanstvo. Nije određeno ni da li se ovaj status treba određivati u sudskom ili upravnom postupku, odnosno da li se radi o spornoj ili nespornoj pravnoj situaciji. To i jeste suština problema – da li dete upisati ili ne u evidenciju o državljanima. U situacijama kada roditelji nemaju nikakav identifikacioni dokument, ne može se utvrditi kojeg su državljanstva i novorođena deca su u riziku od apatridije.

U uporednim pravnim sistemima nema ujednačenosti postupaka za donošenje odluke o licima bez državljanstva. Iako Konvencija o statusu lica bez državljanstva¹⁴ iz 1954. godine definiše ko se smatra licem bez državljanstva, ona ne reguliše postupak utvrđivanja ovog statusa. Trebalo bi odrediti ko će biti donosilac odluke i kakve su posledice identifikovanja lica bez državljanstva.

Biti državljanin po sili zakona znači da se pojedinac automatski smatra državljaninom određene zemlje, pod uslovima koji se navode u pravnim propisima, ili da je tom pojedincu dodeljeno državljanstvo odlukom relevantnih organa vlasti. Većina ljudi se smatra državljanima po sili zakona samo jedne države – to su obično ili zakoni države u kojoj su rođeni (*jus soli*) ili zakoni države čiji su državljani bili njihovi roditelji u vreme njihovog rođenja (*jus sanguinis*). Iako administrativni postupak dozvoljava diskreciono pravo u dodeljivanju državljanstva, podnosioci zahteva za državljanstvo se ne mogu smatrati državljanima sve dotle dok njihovi zahtevi ne budu rešeni i odobreni, te dok im ne bude dodeljeno državljanstvo te države u skladu sa zakonom. Pojedinci koji moraju da podnesu zahtev za državljanstvo i oni koje zakon definiše kao lica koja ispunjavaju uslove za podnošenje zahteva, ali čiji su zahtevi odbijeni, nisu državljani po sili zakona te države. Pojedinci koji nisu dobili državljanstvo automatski ili na osnovu pojedinačne odluke po sili bilo kog zakona te države, poznati su kao *de jure* apatridi.

¹⁴ Konvencija o statusu lica bez državljanstva, usvojena 28. septembra 1954. godine od strane Konferencije opunomoćenih predstavnika sazvane na osnovu Rezolucije 526 A (XVII) Saveta za ekonomska i socijalna pitanja od 26. aprila 1954. godine, stupila na snagu 6. juna 1960. godine, u skladu sa odredbama člana 39, <https://www.unhcr.org/rs/wp-content/uploads/sites/40/2021/04/54ConventionStatelessnessSerbian.pdf>, 20. 6. 2022.

Nekad se države sa kojima bi čovek mogao imati istinsku vezu ne mogu složiti oko toga koja od njih bi dodelila državljanstvo toj osobi. Stoga, lice nije u mogućnosti da dokaže da je *de jure* bez državljanstva, iako ne poseduje efektivno državljanstvo i ne uživa nacionalnu zaštitu. Tada se smatra da je on *de facto* bez državljanstva. Iako se smatra da je neophodno napraviti razliku između *de jure* apatrida (lica koja nisu dobila državljanstvo automatski ili na osnovu zasebne odluke po sili bilo kog državnog zakona) i *de facto* apatrida (lica koja ne mogu da ustanove svoje državljanstvo), obe grupe nalaze se u sličnom položaju.

Po Zakonu o državljanstvu Republike Srbije, državljaninom se smatraju lica koja su to po poreklu od rođenja, čak i u slučajevima kada nisu formalno upisana u evidenciju o državljanima. Osim ove situacije, ne propisuje se drugi pravni osnov gde se po sili zakona lice smatra državljaninom Republike Srbije. U svim ostalim slučajevima propisanim zakonom (izbeglice, iseljenici i drugo) Zakon ostavlja mogućnost sticanja državljanstva i organu daje diskreciono pravo da odluči da li će lice biti primljeno u državljanstvo. Republika Srbija je pristupila Konvenciji o smanjenju broja lica bez državljanstva.¹⁵ Principi ove Konvencije ugrađeni su u Zakon o državljanstvu u smislu dodeljivanja državljanstva licima koja bi ostala bez državljanstva.

Kako jedno lice može postati „pravno nevidljivo“? Drugim rečima, kako može doći u situaciju da ne može dokazati svoj identitet? „Pravno nevidljivi“ su pretežno lica romske nacionalnosti. Često zbog siromaštva i tradicionalnog načina života ne podnose zahteve za upis u evidencije novorođene dece, naročito ako se deca rode izvan zdravstvenih ustanova. Protekom vremena sve je teže dokazati rođenje da bi se izvršio upis deteta u evidencije. Zbog toga oni ne mogu da pribave izvod iz matične knjige rođenih, uverenje o državljanstvu, prijaviti prebivalište, dobiti jedinstveni matični broj građana, čime im je i otežano ostvarivanje prava. Često mogu biti u riziku od apatridije, jer ih ni jedna zemlja ne smatra svojim državljanima i ne može im zbog toga izdati identifikacionu ispravu.

Ova situacija je prisutna uglavnom kod Roma sa prostora Balkana, jer mnogi od njih iako imaju ispravu o upisu činjenice rođenja, nemaju upise u druge evidencije. S obzirom na to da neki od njih ne potiču iz Srbije, treba iscrpeti sva sredstva dokazivanja državljanstva u zemljama iz kojih dolaze pre postupka utvrđivanja statusa lica bez državljanstva. Suštinski se radi o licima koja ne mogu dokazati svoj državljanski status i identitet, a ne o licima koja su *de jure* i *de facto* lica bez državljanstva.

¹⁵ Zakon o potvrđivanju Konvencije o smanjenju broja lica bez državljanstva, *Službeni glasnik – Međunarodni ugovori*, broj 8/11, 95.

Problem predstavlja i utvrđivanje identiteta lica koja podnose zahtev za upis u evidencije. Romska populacija je u teškom položaju, budući da nisu upisani u evidencije, ne mogu pribaviti ličnu kartu kao osnovnu identifikacionu ispravu. Zbog toga se njihov identitet uglavnom dokazuje izjavama svedoka i stranaka. Najveći problem i dalje ostaje upis u evidencije dece koja se rode ili u zdravstvenim ustanovama, ili van njih od majki koje ne poseduju ispravu za identifikaciju.

Postoje mišljenja da Zakon o državljanstvu Republike Srbije nije potpun i dovoljan pravni okvir za rešavanje pitanja „pravno nevidljivih lica“¹⁶ kada se radi o Romima sa prostora bivše SFRJ, o licima koja ne mogu da dokažu državljanški status, azilantima, izbeglicama i migrantima koji traže azil u Republici Srbiji shodno Zakonu o azilu i privremenoj zaštiti¹⁷. Iako su oni u sličnoj pravnoj situaciji, potrebno je praviti razliku između onih koji su državljani, ali ne mogu da dokažu status državljanstva i onih koje nijedna država ne priznaje kao državljane (*de jure* apatridi).

Postupak upisa u matičnu knjigu rođenih i vanparnični postupak za određivanje vremena i mesta rođenja

Ključni propisi kojima se reguliše oblast upisa u evidencije rođenja su Zakon o matičnim knjigama¹⁸ i Uputstvo o vođenju matičnih knjiga i obrascima matičnih knjiga¹⁹ kojima se propisuje upis u matičnu knjigu rođenih, kao osnovne evidencije za rešavanje pitanja pravnog subjektiviteta.

Činjenica rođenja deteta u zdravstvenoj ustanovi upisuje se u matičnu knjigu rođenih na osnovu prijave koju podnosi zdravstvena ustanova. Rođenje deteta van zdravstvene ustanove dužan je da prijavi otac deteta, a ako on to nije u mogućnosti, drugi član domaćinstva, odnosno lice u čijem stanu je dete rođeno, ili majka čim za to bude sposobna, ili babica, odnosno lekar koji su prisustvovali porođaju, a ako ovih lica nema ili nisu u mogućnosti da prijave rođenje – lice koje je saznalo za rođenje. Prijava rođenja deteta vrši se neposredno upisom u matičnu knjigu rođenih

¹⁶ Bojan Stojanović, Aleksandar R. Ivanović, „Pravo na državljanstvo kao ljudsko pravo – na primeru integracije izbeglica u Republici Srbiji, Rešenja *de lege lata* i *de lege ferenda*“, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* 2019, Vol. XXXVIII/2/87-105, 99.

https://www.iksi.ac.rs/zbornik_arhiva/zbornik_iksi_2_2019/zbornik_iksi_2_2019_bojan_stojanovic_aleksandar_ivanovic.pdf, 22. 6. 2022.

¹⁷ Zakon o azilu i privremenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 24/18.

¹⁸ Zakon o matičnim knjigama, *Službeni glasnik RS*, br. 20/09, 145/14, 47/18.

¹⁹ Uputstvo o vođenju matičnih knjiga i obrascima matičnih knjiga, *Službeni glasnik RS*, br. 93/18 i 24/22.

u roku od 30 dana od rođenja deteta, a nakon tog dana upis se vrši na osnovu rešenja nadležnog matičara. Ako dete nije rođeno u zdravstvenoj ustanovi, dan, mesec, godina, čas i mesto rođenja utvrđuju se u skladu sa Zakonom o opštem upravnom postupku nakon što se sprovede postupak utvrđivanja činjenice rođenja.

Međutim, kako se u praksi veoma često dešava da prođe i više godina od rođenja, a da se ne izvrši upis, da dete postane čak i punoletno, a i dalje neupisano, često se ne može upis u evidencije rođenja vršiti kroz upravni postupak rešavanjem nesporne pravne situacije, već se, zbog nemogućnosti pribavljanja dokaza (veoma je teško i puno puta nemoguće pribaviti izjave svedoka koji su prisustvovali porođaju) mora preći na rešavanje sporne pravne situacije, odnosno mora se utvrditi vreme i mesto rođenja kao prethodno pitanje u postupku upisa u matičnu knjigu rođenih.

Dopunom Zakona o vanparničnom postupku²⁰ omogućeno je da se za lice koje nije upisano u matičnu knjigu rođenih, a vreme i mesto svog rođenja ne može da dokaže na način predviđen propisima kojima se uređuje vođenje matičnih knjiga, može sudu podneti predlog za utvrđivanje vremena i mesta rođenja (dokazivanje rođenja), a može ga podneti svako lice koje za to ima neposredni pravni interes, kao i organ starateljstva. U postupku po predlogu sud nalaže da se proveriti da li u evidencijama postoje podaci o rođenju lica čije se rođenje dokazuje, kao i da mu pruže potrebna obaveštenja. Ako ima saznanja da je lice čije se rođenje dokazuje imalo boravište u stranoj državi, sud donosi rešenje o zastoju postupka dok ne pribavi potrebna obaveštenja od nadležnih organa strane države u skladu s pravilima o međunarodnoj pravnoj pomoći. S obzirom na to da postoje upisi kao na primer rođenja, venčanja i drugih, ali ne i kompletnih upisa u sve evidencije, potrebno je prethodno utvrditi sve činjenice koje su u vezi sa licem koje ne poseduje isprave, a naročito kada se radi o Romima koji su došli sa područja republika bivše SFRJ. Da bi utvrdio vreme i mesto rođenja lica čije se rođenje dokazuje, sud mora da sasluša najmanje dva punoletna svedoka čiji identitet utvrđuje uvidom u javnu ispravu s fotografijom, a može i odrediti da lekar odgovarajuće specijalnosti pregleda lice čije se rođenje dokazuje i dâ nalaz i mišljenje o njegovoj starosti. Pravnosnažno rešenje o vremenu i mestu rođenja se dostavlja matičaru radi upisa činjenice rođenja u matičnu knjigu rođenih, ali ono ne utiče na pravo ovlašćenih lica da u drugom postupku utvrđuju porodični status lica čije je rođenje dokazano. Organ koji je nadležan da sprovede postupak za sticanje državljanstva Republike Srbije nije vezan pravnosnažnim rešenjem o vremenu i mestu rođenja.

²⁰ Zakon o vanparničnom postupku, *Službeni glasnik SR Srbije*, br. 25/82 i 48/88 i *Službeni glasnik RS*, br. 46/95 – dr. zakon, 18/05 – dr. zakon, 85/12, 45/13 – dr. zakon, 55/14, 6/15, 106/15 – dr. zakon i 14/22.

Postupak za prijavu prebivališta, određivanje jedinstvenog matičnog broja građana i izdavanja lične karte

Nakon upisa u matičnu knjigu rođenih i u evidenciju o državljanima Republike Srbije i dalje se efektivno ne mogu konzumirati prava koja proističu iz statusa državljanina; potrebna je i prijava prebivališta radi određivanja mesne nadležnosti organa za postupanje po zahtevima. Zakon o prebivalištu i boravištu građana je donet 2011. godine,²¹ a jedna od novela u Zakonu je da se svim kategorijama stanovnika koji žive na teritoriji Srbije omogući prijava prebivališta, a time i građanima koji nemaju osnov za prijavu prebivališta, odnosno ne mogu dokazati da im je adresa koju prijavljuju mesto u kome su se nastanili sa namerom da u njemu stalno žive, odnosno mesto u kome se nalazi centar njihovih životnih aktivnosti, profesionalnih, ekonomskih, socijalnih i drugih veza koje dokazuju njihovu trajnu povezanost s mestom u kome su se nastanili. Građanin može prijaviti prebivalište po osnovu prava svojine na stanu, ugovora o zakupu stana ili drugom pravnom osnovu. Ukoliko ne može prijaviti prebivalište po ovom osnovu, nadležni organ mu rešenjem utvrđuje prebivalište na adresi: njegovog stalnog stanovanja, ako su ispunjeni drugi uslovi propisani zakonom; prebivališta njegovog supružnika ili vanbračnog partnera; prebivališta njegovih roditelja; ustanove u kojoj je trajno smešten ili centra za socijalni rad na čijem području se nalazi, uz prijavu građanina toj ustanovi, odnosno centru da će njegova adresa biti na adresi ustanove odnosno centra. Građani romske nacionalnosti uglavnom su korisnici socijalne pomoći te se upisuju u evidencije na pomenuti način.

Osim toga, prema Odluci Ustavnog suda Srbije²² od prava na prebivalište, odnosno prava na nesmetano prijavljivanje istog, neposredno zavise i sloboda kretanja, pravo na lična dokumenta, zasnivanje radnog odnosa, ostvarivanje socijalne i zdravstvene zaštite. Sloboda kretanja ne obuhvata samo mogućnost stalnog nastanjanja, odnosno promenu mesta u čisto fizičkom smislu, nego i mogućnost kontinuiteta neometenog uživanja svih Ustavom garantovanih prava i temeljnih sloboda građana.

Zakon o jedinstvenom matičnom broju građana definiše jedinstveni matični broj građana kao individualnu i neponovljivu oznaku identifikacionih podataka o građaninu. Određuje se državljaninu Republike Srbije prema mestu upisa u matičnu knjigu rođenih od organizacione jedinice Ministarstva unutrašnjih poslova. Podatak o određenom matičnom broju upisuje se u matičnu knjigu rođenih, kao i u sve druge evidencije. U praksi se u elektronskom obliku, za samo nekoliko sekundi

²¹ Zakon o prebivalištu i boravištu građana, *Službeni glasnik RS*, br. 87/11.

²² Odluka Ustavnog suda UŽ-640/2019, *Službeni glasnik RS*, br. 52/22.

u razmeni podataka između registra matične knjige i evidencije o određenim matičnim brojevima na osnovu podataka iz evidencije rođenja, određuje matični broj.

Lična karta je javna isprava kojom građani Republike Srbije dokazuju identitet i koja u skladu sa zakonom služi i kao dokaz o drugim činjenicama koje su u njoj sadržane. Ako je to određeno međunarodnim ugovorom, lična karta može da služi i kao putna isprava. Pravo na ličnu kartu ima svaki državljanin Republike Srbije stariji od 16 godina života, ali i dete starije od deset godina. Dužnost posedovanja lične karte ima svaki državljanin stariji od 16 godina koji ima prebivalište u Srbiji. Romi često ne poseduju ličnu kartu i zbog toga ne mogu dokazati svoj identitet, te se ne mogu pojaviti ni kao stranke u postupcima.

Nesumnjivo za priznavanje pravnog subjektiviteta potrebno je voditi više postupaka, sudski i upravnih. Pripadnici romske nacionalnosti, kao i interno raseljena lica sa Kosova i Metohije su najviše pogođeni problemima i nemogućnošću dokazivanja pravnog subjektiviteta. Već duži niz godina, uz aktivnu podršku UNHCR i u saradnji sa Zaštitnikom građana i ostalim relevantnim institucijama i nevladinim sektorom, sprovode se aktivnosti koje na sistemski način treba da reše ova pitanja. Realizovane su aktivnosti koje se odnose na nesmetano ostvarivanje prava na upis u matičnu knjigu rođenih,²³ jer ovo pravo je osnov za ostvarivanje ne samo prava iz ličnog statusa, već i svih ostalih socijalnih, ekonomskih, kulturnih i političkih prava. Obezbeđene su sve normativne pretpostavke za upis u matičnu knjigu rođenih, bez obzira na to da li se radi o detetu čiji su roditelji poznati, detetu čiji su roditelji nepoznati, detetu bez roditeljskog staranja ili usvojenom detetu i bez obzira na činjenicu da li se ovaj podatak prijavljuje nadležnom matičaru u zakonskom roku ili po proteku zakonskog roka za upis u matičnu knjigu rođenih. Takođe je zaokružen pravni okvir za određivanje matičnog broja, prijavu prebivališta i izdavanje lične karte.

U Srbiji danas postoje mehanizmi da sva lica koja nisu upisana u matičnu knjigu rođenih to pravo mogu ostvariti saglasno Zakonu o matičnim knjigama ili u postupku utvrđivanja vremena i mesta rođenja. U tom smislu, svaka država, pa i Srbija pretenduje da ima jasne i zakonom utvrđene podatke o ličnosti, a u cilju sprečavanja

²³ Prema podacima Ministarstva državne uprave i lokalne samouprave, najveći broj zahteva primljen je u 2009. godini – 9.573 i 2010. godini – 7.996 zahteva. U 2011. godini broj zahteva iznosio je 774, u 2012. godini 1.552, u 2013. godini 784 zahteva, u 2014. godini 419 zahteva, u 2015. godini rešeno je 1.072 zahteva za naknadni upis činjenice rođenja u matičnu knjigu rođenih i u 2016. godini – 1.330 zahteva, u 2017. godini – 1.537, 2018. godini – 846 i 2019. godini 476 zahteva za naknadni upis činjenice rođenja u matičnu knjigu rođenih. Što se tiče utvrđivanja vremena i mesta rođenja, prema podacima Ministarstva pravde u 2014. godini rešeno je 149 predloga u 2015. godini – 264, u 2016. godini 291, u 2017. godini – 508, u 2018. godini 261 i 2019. godini 451 predlog za utvrđivanje vremena i mesta rođenja.

svake moguće vrste zloupotreba ovih službenih evidencija (npr. trgovine decom i ljudima). Ovo je od posebnog značaja s obzirom na preuzete obaveze Republike Srbije u skladu sa Konvencijom Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima.

ZAKLJUČAK

Da bi građani Srbije ostvarili Ustavom garantovana prava i slobode neophodno je da imaju mogućnost dokazivanja pravnog subjektiviteta. Posedovanje ličnih isprava osnovni je uslov za ostvarivanje prava u različitim oblastima društvenog života. Romska nacionalna manjina ima brojne probleme u ostvarivanju prava. Polazeći od toga da svako lice mora biti priznato kao subjekt u pravu da bi bilo nosilac prava i obaveza, potrebno je da „pravno nevidljiva“ lica budu upisana u evidencije Republike Srbije.

Pripadnici Roma koji čine najsiromašniju nacionalnu manjinu u Republici, ali i druga „pravno nevidljiva lica“ radi priznavanja pravnog subjektiviteta, potrebno je da izvrše upis u matičnu knjigu rođenih, u evidenciju o državljanima Republike Srbije, da dobiju jedinstveni matični broj građana i prijave prebivalište. Na osnovu toga, izdaje im se isprava za identifikaciju.

U Republici Srbiji upotpunjen je pravni okvir za priznavanje pravnog subjektiviteta. Dopunjen je Zakon o parničnom postupku, izmenjen Zakon o matičnim knjigama, donet Zakon o jedinstvenom matičnom broju građana i Zakon o prebivalištu i boravištu građana, kako bi se omogućio upis svakog pojedinca u evidencije. Najveći problem i dalje postoji kod upisa dece koja se rađaju u zdravstvenim ustanovama, ili van njih od majki koje nemaju identifikacionu ispravu (ličnu kartu, pasoš i drugo), a naročito u slučajevima kada se radi o Romima koji su došli sa teritorije republika bivše SFRJ ili sa područja Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija gde su knjige uništene, nestale ili nisu dostupne državnim organima Republike Srbije i gde se vrši obnova matičnih knjiga i knjiga državljana. Ova lica, ukoliko nisu upisana u evidencije o državljanima Republike Srbije imaju problem dokazivanja državljanstva i u riziku su od apatridije. Ne radi se o *de jure* apatridima, ali mogu biti *de facto* apatridi, jer, zbog neposedovanja dokumenata za identifikaciju ne mogu dokazati svoj državljanski status.

Iako su sprovedena istraživanja potvrdila da je smanjen broj lica bez dokumenata, i dalje postoje takva lica. Zbog ovoga se javlja dvostruki problem – pojedinci ne mogu u punom kapacitetu da ostvaruju prava, a država nema uvid u to ko živi na njenoj teritoriji. Donošenje pravnog okvira je potreban, ali ne i dovoljan uslov za rešavanje pitanja „pravne nevidljivosti“. Potrebno je sprovoditi propise, uvoditi lica u evidencije, ali i motivisati zajednicu Romske nacionalne manjine

na jačanju svesti o tome da je potrebno pre svega prijaviti rođenje deteta, prijaviti prebivalište, podneti zahtev za ličnu kartu i drugo.

Osim toga od značaja je i stvaranje mehanizma elektronske razmene podataka između organa, kao i primene jedinstvenog upravnog mesta u elektronskom obliku „Bebo, dobro došla na svet“, kojim se jednostavno, za samo nekoliko sekundi i u nekoliko klikova, u elektronskom obliku izvrši upis deteta u matičnu knjigu rođenih, u evidenciju o državljanima, odredi matični broj deteta i prijavi na prebivalište.²⁴ To je i ulaganje u budućnost, jer se stvaraju mehanizmi da niko ne bude neupisan u evidencije i da se svima omogući ostvarivanje prava u različitim društvenim oblastima. Takođe, smanjuje se rizik od apatridije i nemogućnosti dokazivanja identiteta, što je od značaja kako za pojedinca, tako i za celu društvenu zajednicu.

NATAŠA MARKOVIĆ
Assistant Head of Directorate
for Administrative Affairs
Ministry of Interior Affairs

PRECONDITIONS FOR THE EXERCISE OF THE RIGHTS OF THE
ROMA NATIONAL MINORITY IN THE REPUBLIC OF SERBIA
– THE PROCESS OF ISSUING DOCUMENTS
AND OBTAINING CITIZENSHIP

Summary

Roma people, who are the poorest national minority in the Republic of Serbia, as well as other “legally invisible persons“, in order to be recognised as a legal subject, need to be registered in the birth registry, in the records of citizens of the Republic of Serbia, to obtain a unique citizen’s identification number and apply for residence, based on which they are issued identification documents. The legal framework for recognition of legal subjectivity is rounded, and in order to enable each individual to register, court and administrative proceedings must be conducted. The biggest problem with recognising legal subjectivity and obtaining IDs lies in the fact that children born in or out of health care facilities from mothers who do not have an identification document (ID, passport, etc.). Even if registered in certain records, if they are not registered in the records of citizens of the Republic of Serbia, they have a problem proving citizenship and are at risk of apatridia. It’s not about de jure apatrids, but they can become de facto apatrids, and because of the lack of identification documents, they cannot prove their citizenship status. The enforcement of the law, motivating the Roma community

²⁴ Zorica Vukašinović Radojičić, Nataša Marković, „Izazovi primene savremenih informacionih tehnologija i reforma javne uprave u Republici Srbiji“, *Pravni život*, br. 10, tom II, Beograd, 2019, 285–298.

and educating them on the importance of enrollment in records, and the application of information technologies are preconditions for exercising the rights of “legally invisible persons” in the field of IDs, but also of importance to the state who should know who its citizens are.

Keywords: Roma national minority, administrative procedure, public documents, citizenship, records, apatridia, electronic governance

Literatura

Cvejić S., *Lica u opasnosti od apatridije u Srbiji – ocena napretka 2010–2015*, Beograd, 2016, Visoki Komesarijat za izbeglice Ujedinjenih nacija, Predstavništvo za Srbiju, <https://www.unhcr.org/rs/wp-content/uploads/sites/40/2021/04/06-LICA-U-OPASNOSTI-OD-APATRIDIJE-U-SRBII.pdf>.

Državljanstvo i apatridija, Priručnik za parlamentarce http://archive.ipu.org/PDF/publications/nationality_bo.pdf

Gajin S., Rakić Vodinelić V., Kocić Mitaček V., Drobnjak T., Čavoški A., Knežević Bojović A., Simić J., Dželebdžić D., *Model zakona o postupku priznavanja pravnog subjektiviteta*, <https://cups.rs/wp-content/uploads/2014/11/Model-Zakona-o-postupku-priznavanja-pravnog-subjektiviteta.pdf>.

Marković N., „Upravno postupanje Ministarstva unutrašnjih poslova u oblasti državljanstva“, *Bezbednost*, časopis Ministarstva unutrašnjih poslova, br. 1, Beograd, 2014.

Stojanović B., Ivanović A., „Pravo na državljanstvo kao ljudsko pravo –na primeru integracije izbeglica u Republici Srbiji, Rešenja *de lege lata* i *de lege ferenda*“, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, https://www.iksi.ac.rs/zbornik_arhiva/zbornik_iksi_2_2019/zbornik_iksi_2_2019_bojan_stojanovic_aleksandar_ivanovic.pdf.

Vukašinović Radojičić Z., Marković N., „Izazovi primene savremenih informacionih tehnologija i reforma javne uprave u Republici Srbiji“, *Pravni život*, br. 10, Tom II, Beograd, 2019.

Vasiljević D., Vukašinović Radojičić Z., *Upravno pravo*, Četvrto, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2019.

PREGLEDNI RAD

MILICA TORBICA

SPECIFIČNOSTI UPRAVNOG POSTUPKA PRETVARANJA PRAVA KORIŠĆENJA U PRAVO SVOJINE NA GRAĐEVINSKOM ZEMLJIŠTU

Pretvaranje prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu, kraće konverzija, se u našoj zemlji, u skladu sa zakonskim rešenjima, sprovodi kroz dva posebna upravna postupka. Upravni akti koji se donose u oba ova postupka su jednostavni. Postupak konverzije bez naknade se pokreće i vodi pred Službom za katastar nepokretnosti, u skraćenom upravnom postupku. Postupak konverzije uz naknadu se sprovodi pred nadležnom imovinskopравnom službom jedinice lokalne samoprave na čijoj teritoriji se nalazi nepokretnost, uz sprovođenje ispitnog postupka i procesnih radnji čiji je redosled zakonom jasno propisan. Po konačnosti odluke u postupku konverzije bez naknade, odnosno po upisu pravosnažne odluke kojom se utvrđuje konverzija uz naknadu u javni registar o nepokretnosti, stiče se pravo svojine na građevinskom zemljištu. Zbog velikog značaja koji imaju uređeni svojinskopравni odnosi na građevinskom zemljištu za ekonomski napredak zemlje i pravnu sigurnost u pogledu investicionog ulaganja, neophodno je ukazati na specifičnosti ovih upravnih postupaka kao i na određene neusklađenosti u pozitivnim zakonskim rešenjima.

Ključne reči: građevinsko zemljište, konverzija uz naknadu, konverzija bez naknade, poseban upravni postupak, katastar

U V O D

U periodu posle Drugog svetskog rata u Jugoslaviji uspostavljen je potpuno novi državni i pravni poredak koji je doneo značajne promene u svojinskim odnosima.

Dr Milica Torbica, viši savetnik u Republičkom geodetskom zavodu, e-mail: milica.office1@gmail.com.

U odnosu na svojinski režim građevinskog zemljišta, pobjeda socijalističke ideje je dovela do sprovođenja procesa nacionalizacije, konfiskacije i eksproprijacije u cilju podruštvljavanja, a kasnije podržavljenja takvog zemljišta.¹ Svojina na takvom zemljištu je prvo bila društvena, zatim državna, dok su nosioci prava korišćenja² mogli biti kao fizička tako i pravna lica.³

Napuštanjem koncepta društvene svojine kao osnove društvenog i ekonomskog sistema te prelaskom sa planske na tržišnu privredu, otpočeo je proces ponovnog uspostavljanja privatne svojine na građevinskom zemljištu⁴ u našoj zemlji.⁵ Postupak u kojem se vrši pretvaranje dosadašnjeg prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu,⁶ predstavlja poseban upravni postupak koji se vodi pred nadležnim organima uprave, katastrom nepokretnosti i organom uprave jedinice lokalne samouprave nadležnim za imovinskopravne poslove. Konverzija se vrši bez naknade i uz naknadu, a konačni ishod ovih postupaka bi trebalo da bude upis prava svojine u evidenciji katastra nepokretnosti i vodova i ponovno uspostavljanje načela jedinstva nepokretnosti.⁷ S obzirom na značaj koji imaju uređeni

¹ Dušan Nikolić, „Osnovni izvori stvarnog prava“, *Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, 2007, 43–46.

² Pravo korišćenja jeste pravo koje se upotrebljavalo za označavanje različitih ovlašćenja na građevinskom zemljištu: pravo korišćenja neizgrađenog građevinskog zemljišta do privođenja nameni tog zemljišta, koje je imao bivši vlasnik zemljišta koje je preneto u društvenu svojinu proglašenjem zemljišta za gradsko građevinsko zemljište po tada važećem zakonu kojim je uređena eksproprijacija, pravo korišćenja izgrađenog građevinskog zemljišta koje je imao vlasnik objekta dok na tom zemljištu objekat postoji, pravo korišćenja neizgrađenog građevinskog zemljišta stečenog radi izgradnje objekta. V. Petar Simonetti, „Priroda prava korišćenja građevinskog zemljišta u društvenoj svojini“, *Zbornik radova Promjene u pravu svojine – Transformacija društvene svojine*, Sarajevo, 1990, 56.

³ Postojao je i oblik prava korišćenja koje su imala društvena pravna lica nad sredstvima u društvenoj svojini, kada je građevinsko zemljište predstavljalo društveno sredstvo. V. Andrija Gams, „Građanskopravni izraz društvene svojine“, *Analiz pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4, 1961, 431–435.

⁴ Pojam, način korišćenja i vrste građevinskog zemljišta su propisane zakonom. Zakon o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009, 81/2009 – ispr., 64/2010 – odluka US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – odluka US, 50/2013 – odluka US, 98/2013 – odluka US, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019, 37/2019 – dr. zakon, 9/2020 i 52/2021, čl. 82–91.

⁵ Sofija Nikolić, „Pretvaranje (konverzija) prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu u Srbiji“, *Nova pravna revija*, br. 1, 2016, 44.

⁶ U daljem tekstu, konverzija.

⁷ Nacionalizacija građevinskog zemljišta je dovela do napuštanja načela jedinstva nepokretnosti. Zgrada i zemljište su shvaćeni kao posebni objekti svojinskopravnih odnosa, pri čemu zgrada nije pratila pravnu sudbinu zemljišta, već je prenos prava na zgradi praćen prenosom prava na zemljištu. V. Radenka Cvetić, „Pravo etažnih vlasnika na zemljištu na kome se zgrada nalazi u kontekstu

svojinskopравни odnosi na građevinskom zemljištu za ekonomski napredak zemlje i pravnu sigurnost u pogledu investicionog ulaganja, neophodno je ukazati na specifičnosti upravnih postupaka kojima se pretvara pravo korišćenja u pravo svojine na takvoj vrsti zemljišta.

UPRAVNI POSTUPAK PRETVARANJA PRAVA KORIŠĆENJA U PRAVO SVOJINE BEZ NAKNADE

Postupak konverzije bez naknade predstavlja poseban upravni postupak⁸ koji se vodi pred Službom za katastar nepokretnosti, kao užom unutrašnjom jedinicom Republičkog geodetskog zavoda, obrazovanoj za teritoriju opštine, grada, odnosno gradske opštine, u prvom stepenu, dok u drugom stepenu rešava Republički geodetski zavod.⁹ Pravne situacije u kojima je Služba za katastar nepokretnosti nadležna da sprovodi ovaj postupak, predviđene su pravilima dva zakona. Zakonom o planiranju i izgradnji su određene pravne situacije¹⁰ u kojima je moguće izvršiti konverziju bez naknade, dok su Zakonom o pretvaranju prava korišćenja uz naknadu predviđeni slučajevi u kojima se taj zakon ne primenjuje,¹¹ odnosno da se, ukoliko se radi o tim pravnim situacijama, primenjuju odredbe Zakona o planiranju i izgradnji kojima je propisana konverzija bez naknade.¹²

pretvaranja prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu⁶, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2021, 96.

⁸ Više o posebnom upravnom postupku: Dragan Milkov, *Upravno pravo II upravna delatnost*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2017, 76–77.

⁹ Zakon o državnom premeru i katastru, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 – odluka US, 96/2015, 47/2017 – autentično tumačenje, 113/2017 – dr. zakon, 27/2018 – dr. zakon, 41/2018 – dr. zakon i 9/2020 – dr. zakon, čl. 11.

¹⁰ Služba za katastar nepokretnosti vrši konverziju bez naknade na građevinskom zemljištu u sledećim situacijama: na izgrađenom građevinskom zemljištu, licima koji su upisani kao vlasnici objekta, odnosno objekata sagrađenih na parceli; na neizgrađenom građevinskom zemljištu, licima čiji položaj nije uređen zakonom kojim se uređuje konverzija uz naknadu; na izgrađenom i neizgrađenom građevinskom zemljištu: Republici Srbiji, autonomnoj pokrajini, odnosno jedinici lokalne samouprave upisuje se pravo javne svojine; na izgrađenom i izgrađenom građevinskom zemljištu, pravnim licima čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina, odnosno jedinica lokalne samouprave, upisuje se pravo javne svojine osnivača. Zakon o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009, 81/2009 – ispr., 64/2010 – odluka US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – odluka US, 50/2013 – odluka US, 98/2013 – odluka US, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019, 37/2019 – dr. zakon, 9/2020 i 52/2021, čl. 102. st. 1, 2 i 9.

¹¹ Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, *Službeni glasnik RS*, br. 64/15, 9/20, čl. 6.

¹² Zakon o planiranju i izgradnji, čl. 102.

Stranim državama, na izgrađenom i neizgrađenom građevinskom zemljištu u javnoj svojini, za potrebe njihovih diplomatskih i konzularnih predstavništava, konverzija se vrši tek na osnovu prethodno pribavljene saglasnosti ministarstva nadležnog za poslove pravde, na bazi reciprociteta.¹³ Upis prava javne svojine Republike Srbije, autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave ima deklarativan karakter i smatra se da proizvodi pravno dejstvo od dana 11. 9. 2009. godine, kao dana stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji.¹⁴ Zakonom je propisano da se konverzija bez naknade vrši po službenoj dužnosti, a svakako nije zabranjeno da ovlašćena stranka podnese zahtev kojim će inicirati pokretanje postupka. Postupak se može voditi za jednu ili više katastarskih parcela, s tim što se za svaku parcelu mora posebno utvrditi da li podleže konverziji bez naknade.

Nakon pokretanja postupka, prvostepeni organ vrši *uvid* u raspoloživu dokumentaciju (izvode iz zemljišnih knjiga i zapisnike sa izlaganja, odnosno druge isprave sa kojima raspolaže i koje čine zbirku isprava katastra) radi *utvrđivanja* da se ne radi o slučajevima konverzije koji podležu naknadi. Pravo svojine na izgrađenom građevinskom zemljištu može biti upisano nosiocima prava korišćenja koji su vlasnici objekta ili objekata i kojima je pravo korišćenja upisano kao ranijim sopstvenicima neizgrađenog građevinskog zemljišta¹⁵ i onim licima koji su pravo trajnog korišćenja stekli na izgrađenom građevinskom zemljištu dok na tom zemljištu postoji zgrada.¹⁶ Takođe, ranijim sopstvenicima neizgrađenog građevinskog zemljišta, pretvara se pravo korišćenja u pravo svojine bez naknade na neizgrađenom građevinskom zemljištu. Ukoliko se radi o slučajevima predviđenim Zakonom o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine uz naknadu,¹⁷ osim slučaja kada građevinsko zemljište ne može biti

¹³ Zakon o planiranju i izgradnji, čl. 102. st. 8.

¹⁴ Zakon o planiranju i izgradnji, čl. 102. st. 7.

¹⁵ Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, *Službeni list FNRJ*, br. 52/58, 3/59, 24/59, 24/61, 1/63, čl. 1.

¹⁶ Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera, *Službeni list SFRJ*, br. 5/68, 20/69, čl. 1–7.

¹⁷ U prvom slučaju je bitno da je imovina kupljena u postupku javnog oglašavanja, po tržišnim uslovima, do dana stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji, a pre zaključenja ugovora o kupovini imovine, odnosno dela imovine privrednog društva ili drugog pravnog lica u skladu sa odredbama zakona kojim se uređuje privatizacija, stečajni i izvršni postupak. Odnosno, prodaja imovine se desila pre nego što su se na prodavca, privredno društvo ili drugo pravno lice, primenile odredbe zakona o privatizaciji, stečaju i izvršenju, a to sve se desilo pre stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji. Drugi slučaj se odnosi na građevinsko zemljište koje je ušlo u procenu

predmet konverzije,¹⁸ neophodno je utvrđivanje momenta i načina sticanja prava korišćenja građevinskog zemljišta radi opredeljenja da li se radi o slučaju konverzije bez naknade. Međutim, nezavisno od činjenica koje će se u postupku utvrditi, u odnosu na građevinsko zemljište koje je obuhvaćeno kapitalom privatizovanih društava,¹⁹ uspostavljena je upravnopravna praksa na osnovu koje nadležan organ može dozvoliti upis usled konverzije bez naknade tek ukoliko je uz zahtev dostavljena pravosnažna odluka kojom je zahtev za konverziju uz naknadu odbijen kao neosnovan ili odbačen zbog nenadležnosti, odnosno potvrda organa nadležnog za konverziju uz naknadu da postupak za konverziju uz naknadu ne može dovesti do obavezivanja na plaćanje naknade.²⁰

S tim u vezi, pitanje građevinskog zemljišta obuhvaćenog procenom kapitala privatizovanih privrednih društava predstavlja prethodno pitanje u postupku koji se vodi pred Službom za katastar nepokretnosti koja ne raspolaže potrebnim

kapitala privrednih društava koja su privatizovana u skladu sa propisima koji su uređivali privatizaciju i svojinsku transformaciju, prenosom udela, odnosno akcija u tom privrednom društvu pod tržišnim uslovima, do dana stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji. U trećem slučaju je bitno da je imovina, pravo svojine na objektima i pripadajuće pravo korišćenja na zemljištu, stečena teretnim pravnim poslom od subjekta privatizacije do dana stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji. Ovaj slučaj predstavlja, delimično, obrnutu situaciju u odnosu na prvi slučaj, privredno društvo odnosno pravno lice je prvo privatizovano, pa je nakon toga prodalo imovinu, a to sve se desilo pre stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji. U četvrtom slučaju se radi o takvoj pravnoj situaciji kada je imovina (pravo svojine na objektu ili objektu u izgradnji, kao i pravo korišćenja na zemljištu na kojem su objekti sagrađeni) kupljena od subjekta privatizacije (koji nije pravni sledbenik u statusnom smislu kupca) nakon stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji, ili je stečena umesto ispunjenja ili naknadnim ugovorom o hipoteci u postupku izvršenja i obezbeđenja. Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 6. st. 1.

¹⁸ Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 6. st. 1.

¹⁹ Radi se o slučaju kada se pred Službom za katastar nepokretnosti vodi postupak za konverziju uz naknadu građevinskog zemljišta koje je ušlo u procenu kapitala privrednih društava koja su privatizovana u skladu sa propisima koji su uređivali privatizaciju i svojinsku transformaciju, prenosom udela, odnosno akcija u tom privrednom društvu pod tržišnim uslovima, do dana stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji. Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 6. st. 2.

²⁰ Isključenje konverzije uz naknadu po odluci nadležnog organa, dostupno na: <https://www.rgz.gov.rs/content/Datoteke/Dokumenta/04%20Raspisi/2021./Iskljucenje%20konverzije%20uz%20naknadu%20po%20odluci%20nadleznog%20organa%20.pdf>, pristupljeno 19. 9. 2022. godine, dopuna raspisa broj 952-752/2021 od 21. 9. 2021. godine, dostupno na: <https://www.rgz.gov.rs/content/Datoteke/Dokumenta/04%20Raspisi/2021./Dopuna%20raspisa%20952-752-2021%20od%2021.9.2021.pdf>, 19. 9. 2022.

stručnim znanjem da o istom odlučuje. Dakle, radi se o takvom pitanju bez čijeg rešenja ne može da se reši konkretna upravna stvar.²¹ Stoga, Služba neće sama raspravljati to pitanje, već će uputiti stranku da je za takav upis neophodno dostavljanje pravosnažne odluke ili potvrde izdate od nadležnog organa. Postavlja se pitanje kakvu odluku u ovakvom slučaju Služba donosi. Odnosno, da li Služba prekida postupak, obavezuje stranku na dostavljanje neophodnih isprava, pa zatim obustavlja postupak (smatrajući da je stranka povukla zahtev ako nije postupila po nalogu iz rešenja o prekidu postupka)²² ili pak odbacuje zahtev stranke zbog neispunjenosti formalnih uslova (uz zahtev nije priložena isprava koja predstavlja pravni osnov za upis u katastar nepokretnosti)?²³ Iako je zakonom kojim su propisana pravila postupka koji se vodi pred katastrom, predviđeno da Služba donosi rešenje kojim prekida postupak pokrenut po zahtevu stranke samo u jednom slučaju i to uz preduslov da su ispunjeni svi formalni uslovi za upis,²⁴ smatramo da nema smetnje da Služba i u ovoj situaciji donese rešenje kojim postupak prekida. Naime, nakon konačnosti odluke o prekidu postupka, odnosno konačnosti odluke kojom se postupak obustavlja, nema prepreke za dalji upis na istoj nepokretnosti, a stranka po dobijanju navedenih odluka nadležnog organa, odnosno pomenute potvrde, uvek može podneti novi zahtev za konverziju bez naknade. U odnosu na situacije u kojima je organ nadležan da donese odluku kojom zahtev odbacuje zbog neispunjenosti formalnih uslova, smatramo da se te odredbe zakona u ovom slučaju ne mogu primeniti pošto isprava koja se traži od podnosioca zahteva ne predstavlja ispravu kojom se utvrđuje ili priznaje neko pravo, već upravo suprotno, ispravu kojom organ koji odlučuje utvrđuje da nije nadležan za postupanje u toj pravnoj stvari, odbija zahtev stranke

²¹ V. D. Milkov, op. cit., 184.

²² Zakonom o opštem upravnom postupku je predviđeno, između ostalog, da ukoliko organ naiđe na pitanje bez čijeg rešenja ne može da odluči o upravnoj stvari, a koje čini samostalnu pravnu celinu i za čije rešavanje je nadležan drugi organ, može da prekine postupak dok se to pitanje ne reši. Ukoliko se postupak u kome se prethodno pitanje rešava pokreće na zahtev stranke, organ koji je prekinuo postupak nalaže jednoj od stranaka da u određenom roku traži od nadležnog organa pokretanje postupka po prethodnom pitanju i da mu o tome podnese dokaz, sa upozorenjem na posledice propuštanja. Ako stranka ne podnese takav dokaz u određenom roku, smatra se da je od zahteva odustala, a organ koji je pokrenuo postupak donosi rešenjem kojim isti obustavlja. Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/16, 95/18 – autentično tumačenje, čl. 107. i čl. 108.

²³ Zakon o postupku upisa prava na nepokretnosti i vodova, čl. 33. st. 1 tač. 4 i st. 3.

²⁴ Radi se o slučaju kada je stranka uz zahtev dostavila ispravu koja je trebalo da bude dostavljena od strane obveznika dostave. Tada se postupak po zahtevu stranke prekida i nastavlja se nakon dostavljanja te isprave od strane obveznika dostave pri čemu se ta dva upravna postupka, postupak po zahtevu stranke i postupak po službenoj dužnosti, spajaju uz donošenje jedinstvene odluke o upravnoj stvari. Zakon o postupku upisa prava na nepokretnosti i vodova, čl. 23, čl. 33, st. 5.

kao neosnovan ili potvrdu, koja ne predstavlja upravni akt.²⁵ Takođe, zakonom je propisana supsidijarna primena zakona kojim se uređuje upravni postupak za sva pitanja postupka koja nisu uređena pravilima posebnog upravnog postupka koji se vodi pred katastrofom,²⁶ te je potpuno opravdano za ovakvu situaciju primeniti pravila propisana Zakonom o opštem upravnom postupku.

Shodno svemu navedenom, Služba za katastar nepokretnosti, kao prvostepeni organ, u postupku koji vodi, pored rešenja kojim prekida, odnosno obustavlja postupak, može doneti dve vrste odluka. Negativnom odlukom, rešenjem kojim se zahtev odbacuje, odlučuje se u slučajevima u kojima nije moguće sprovesti konverziju bez naknade.²⁷ Druga vrsta odluke koju donosi katastar jeste rešenje kojim se konverzija bez naknade dozvoljava, dakle pozitivan upravni akt čime se u evidenciju o nepokretnosti upisuje pravo svojine dotadašnjeg nosioca prava korišćenja.²⁸ Rešenje kojim se vrši konverzija bez naknade se dostavlja državnom pravobranilaštvu i licu, ranijem nosiocu prava korišćenja na građevinskom zemljištu, kao i licu kojem je priznato svojstvo stranke u postupku.²⁹ Rok za žalbu je osam dana od dana prijema rešenja.³⁰

²⁵ Potvrda u ovom slučaju predstavlja akt saopštenja ili eventualni prikriveni upravni akt kojim se zahtev odbija. V. Milica Torbica, „Akti saopštenja u radu katastra“, *Pravni život*, tom 2, 2021, Beograd, 125–139, 129–130.

²⁶ Zakon o državnom premeru i katastru, čl. 7.

²⁷ Radi se o slučajevima u kojima je neophodno prethodno ishodovati isprave koje predstavljaju pravni osnov za upis u katastar donete od strane nadležnih organa. U slučajevima u kojima upis prava svojine na parceli može da se izvrši samo na osnovu pravosnažne odluke nadležnog organa kojom se priznaje konverzija uz naknadu, rešenjem se zainteresovana strana obaveštava da takvu odluku i ishoduje. U slučajevima kada se radi o građevinskom zemljištu na kojem postoji upisan objekat koji je izgrađen bez odobrenja za izgradnju ili sa upisanom građevinskom dozvolom, a građevinska parcela je stečena radi izgradnje, katastar će uputiti stranku da alternativno ishoduje rešenje kojim se priznaje konverzija uz naknadu, odnosno pravosnažnu upotrebnu dozvolu ili rešenje o ozakonjenju za postojeći objekat izdato od strane nadležnog organa. Nakon upisa pravosnažnog rešenja o upotrebnoj dozvoli ili rešenja o ozakonjenju, objekat se smatra izgrađenim u skladu sa propisima i nosilac prava tog objekta se upisuje kao njegov vlasnik. Na taj način, upisom prava svojine na objektu koji je izgrađen u skladu sa propisima, nosilac prava korišćenja parcele ostvaruje mogućnost na konverziju bez naknade. Zakon o postupku upisa prava na nepokretnosti i vodova, čl. 33.

²⁸ Upis prava svojine na zemljištu u korist lica koje je upisano kao vlasnik objekta dovodi do uspostavljanja principa *jedinstva nepokretnosti* prema kojem zemljište i sve što je sa njim trajno povezano predstavlja jedinstveni objekat prava svojine, s tim što u ovom slučaju uspostava jedinstva nepokretnosti ide u suprotnom smeru u odnosu na njegovo važenje u rimskom pravu. V. Miroslav Lazić, „Pretvorba (transformacija) prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u Republici Srbiji“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, 2011, 220–221.

²⁹ Zakon o postupku upisa prava na nepokretnosti i vodova, čl. 17.

³⁰ Zakon o postupku upisa prava na nepokretnosti i vodova, čl. 42, st. 1.

*Specifičnosti upravnog postupka pretvaranja prava korišćenja
u pravo svojine bez naknade*

Upravni postupak konverzije bez naknade je poseban upravni postupak u kojem se donosi jednostran i jednostavan upravni akt. Zakonom o planiranju i izgradnji je propisano da se ovaj postupak sprovodi po službenoj dužnosti. Međutim, Zakonom o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova, koji reguliše pravila tog posebnog postupka, pojam vođenja postupka po službenoj dužnosti pred ovim organom drugačije je formulisan.³¹ Naime, po službenoj dužnosti se postupak pokreće i vodi po dostavi isprave od strane obveznika dostave koji je doneo, odnosno sastavio, potvrdio ili overio ispravu koja je pravni osnov za upis u katastar, dok se po sili zakona pokreće i vodi po stupanju zakona na snagu, odnosno u roku propisanom zakonom.³² Izuzetak od ovog pravila je predviđen samim Zakonom kada je propisano da Služba u postupku održavanja katastra nepokretnosti, po službenoj dužnosti, ispravlja sve uočene greške, nedostatke i propuste u podacima o nepokretnostima i upisanim stvarnim pravima na nepokretnostima,³³ u vezi sa čim je uspostavljena i upravnopravna praksa radi jednoobraznog postupanja.³⁴ Shodno navedenom, u skladu sa sadašnjim zakonskim rešenjima, postupak konverzije bez naknade organ može da pokrene na osnovu zahteva stranke, s obzirom na to da ni jednim ni drugim zakonom ova mogućnost nije isključena. Po pokretanju postupka, organ, u skraćenom postupku, a na osnovu podataka kojima raspolaže, donosi odluku o konverziji bez naknade. Imajući u vidu da se postupak vodi po zahtevu stranke, stranka i sama može dostaviti isprave koje su relevantne za odlučivanje u ovoj pravnoj stvari.

UPRAVNI POSTUPAK PRETVARANJA PRAVA KORIŠĆENJA
U PRAVO SVOJINE UZ NAKNADU

Postupak konverzije uz naknadu predstavlja poseban upravni postupak koji se pokreće i vodi pred organom nadležnim za imovinsko pravne poslove na čijoj teritoriji se nalazi građevinsko zemljište koje je predmet zahteva.³⁵ Pravila postupka

³¹ Zakon o postupku upisa prava na nepokretnosti i vodova, čl. 3, st. 1. tač. 2.

³² Zakon o postupku upisa prava na nepokretnosti i vodova, čl. 21–24.

³³ Zakon o postupku upisa prava na nepokretnosti i vodova, čl. 51.

³⁴ Pokretanje i vođenje postupaka po službenoj dužnosti, dostupno na: <https://www.rgz.gov.rs/dokumenta/raspisi>, 24. 9. 2022. godine.

³⁵ Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 10. st. 3.

su uređena Zakonom o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine uz naknadu, uz supsidijernu primenu zakona kojim je uređen opšti upravni postupak.³⁶ Postupak se pokreće po zahtevu lica³⁷ koja su upisana kao nosioci prava korišćenja na građevinskom zemljištu u državnoj svojini, kao i lica koja su vlasnici objekta ili dela objekta, sagrađenih na građevinskom zemljištu na kome nisu upisani kao nosioci prava korišćenja.³⁸ Zahtev se podnosi za jednu ili više katastarskih parcela izgrađenog ili neizgrađenog građevinskog zemljišta koje se nalaze na teritoriji jedne jedinice lokalne samouprave. U svrhu dokazivanja aktivne stranačke legitimacije nadležni organ pribavlja izvod iz lista nepokretnosti za katastarsku parcelu za koju je podnet zahtev, a ukoliko se radi o izgrađenom građevinskom zemljištu, pribavlja se i informacija o lokaciji izdata u skladu sa Zakonom o planiranju i izgradnji.

Kada se radi o katastarskoj parceli izgrađenog građevinskog zemljišta, postoji više različitih situacija. Naime, ukoliko je vlasnik objekta ujedno i nosilac prava korišćenja, nadležni organ utvrđuje zemljište za redovnu upotrebu objekta.³⁹ Ukoliko se radi o katastarskoj parceli građevinskog zemljišta u okviru kompleksa (industrijskog, stambenog), kao prethodno pravno pitanje u postupku

³⁶ Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 1, čl. st. 3, čl. 10–15.

³⁷ Pravo na konverziju uz naknadu je priznato sledećim licima: lica koja su bila ili jesu privredna društva i druga pravna lica koja su privatizovana na osnovu zakona kojima se uređuje privatizacija, stečajni i izvršni postupak, kao i njihovi pravni sledbenici u statusnom smislu; lica koja su pravo korišćenja na zemljištu stekla posle 11. septembra 2009. godine, kupovinom objekta sa pripadajućim pravom korišćenja, od lica koja su privatizovana na osnovu zakona kojima se uređuje privatizacija, stečajni i izvršni postupak, a koja nisu njihovi pravni sledbenici u statusnom smislu; lica – nosioci prava korišćenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu u državnoj svojini koje je stečeno radi izgradnje u skladu sa ranije važećim zakonima kojima je bilo uređeno građevinsko zemljište do 13. maja 2003. godine ili na osnovu odluke nadležnog organa; lica čiji je položaj određen zakonom kojim se uređuje sport, kao i udruženja; društvena preduzeća, nosioci prava korišćenja na građevinskom zemljištu; lica na koja se primenjuju odredbe propisa Republike Srbije i bilateralnih međunarodnih ugovora kojima se uređuje sprovođenje Aneksa G Sporazuma o pitanjima sukcesije (*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, broj 6/02). Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 1, st. 1 i 2.

³⁸ Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 4.

³⁹ Zakon pravi razliku između zemljišta pod onim objektima koji nisu predmet upisa u katastar, a za koje postoji tehnička dokumentacija, i zemljišta pod objektima za koje ne postoji tehnička dokumentacija. U oba slučaja, površinu zemljišta ispod objekata utvrđuje veštak geodetske struke, dok u drugom slučaju postojanje objekata utvrđuje veštak građevinske struke, a nalaz i mišljenje veštaka obezbeđuje podnosilac i dostavlja uz zahtev za konverziju uz naknadu. Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 8. st. 4– 9, čl. 11. st. 2.

konverzije uz naknadu pojavljuje se utvrđivanje kompleksa i građevinskog zemljišta koje je važećim planskim dokumentom određeno kao zemljište za izgradnju objekata javne namene ili javnih površina⁴⁰ od strane organa jedinice lokalne samouprave nadležnog za poslove prostornog planiranja i urbanizma.⁴¹ Shodno navedenom, već prilikom podnošenja zahteva za konverziju, ukoliko se radi o izgrađenom građevinskom zemljištu ili kompleksu, stranka treba da kao dokaze dostavi nalaze i mišljenja veštaka, odnosno odluku nadležnog organa. U slučaju kada je na katastarskoj parceli izgrađeno više objekata različitih vlasnika, pre podnošenja zahteva za konverziju uz naknadu neophodno je sprovesti postupak za razvrgnuće sukorisničke zajednice radi uspostavljanja jedinstva nepokretnosti.⁴²

Nakon dobijanja zahteva za konverziju uz naknadu,⁴³ nadležni organ proverava *da li su uz zahtev podneti svi propisani dokazi*, pa ukoliko utvrdi da nisu nalaže podnosiocu zahteva da zahtev dopuni. Ako podnosilac zahteva blagovremeno ne podnese tražene dokaze, nadležni organ *će zaključkom odbaciti zahtev* protiv koga nezadovoljna strana ima pravo na žalbu u roku od osam dana od dana prijema zaključka. Po žalbi, kao drugostepeni organ, rešava ministarstvo nadležno za poslove građevinarstva. Paralelno sa proverom da li je predat zahtev sa propisanom dokumentacijom, organ po službenoj dužnosti pribavlja od Agencije za restituciju *potvrdu da li je parcela koja je predmet zahteva u postupku restitucije*, kao i da li ta parcela može biti predmet vraćanja u naturalnom obliku u smislu zakona kojim se uređuju uslovi, način i postupak vraćanja oduzete imovine i obeštećenja. Ukoliko utvrdi da je parcela predmet zahteva u postupku restitucije, dužan je da donese rešenje kojim *prekida postupak* konverzije uz naknadu dok se pravno-snažno ne okonča postupak vraćanja oduzete imovine, odnosno dok se ne donese

⁴⁰ Predmet konverzije ne može biti građevinsko zemljište koje je posebnim zakonom određeno kao zemljište koje se ne može otuđiti iz javne svojine, odnosno zemljište na kome je u skladu sa planskim dokumentom predviđena izgradnja objekata, odnosno javnih površina iz člana 2. tačka 6) Zakona o planiranju i izgradnji, kao i objekata javne namene u javnoj svojini po osnovu posebnih zakona (linijski infrastrukturni objekti, objekti za potrebe državnih organa, organa teritorijalne autonomije i lokalne samouprave i dr.). Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 6. st. 1.

⁴¹ Nadležni organ postupak sprovodi po zahtevu stranke i utvrđuje sve parcele koje ulaze u sastav kompleksa, katastarske parcele koje su važećim planskim dokumentom određene kao zemljište za izgradnju objekata javne namena ili javnih površina, kao i njihovu površinu. Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 9.

⁴² Zakon o planiranju i izgradnji, čl. 106.

⁴³ Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 11.

konačno rešenje kojim je utvrđeno pravo na obeštećenje, odnosno potvrda da nije moguće vraćanje imovine u naturalnom obliku, koju će nadležni organ izdati na zahtev zainteresovanog lica.⁴⁴

Ukoliko nadležni organ utvrdi da su uz zahtev dostavljeni svi propisani dokazi, započinje postupak utvrđivanja visine naknade za konverziju. Postupak se dalje odvija na dva načina, u zavisnosti od toga da li visina naknade za konverziju može da se umanj⁴⁵ ili ne⁴⁶. Visina naknade se utvrđuje u skladu sa aktom o utvrđivanju prosečne cene kvadratnog metra građevinskog zemljišta po zonama za utvrđivanje poreza na imovinu, donetim od strane jedinice lokalne samouprave, u skladu sa porezom kojim se uređuje porez na imovinu, na teritoriji na kojoj se nalazi građevinsko zemljište koje je predmet postupka konverzije. Tako utvrđena naknada predstavlja tržišnu vrednost predmetnog građevinskog zemljišta.⁴⁷ U tu svrhu, bez odlaganja, a najkasnije u roku od tri dana, nadležni organ je dužan da pribavi *akt o tržišnoj vrednosti predmetnog građevinskog zemljišta* od nadležne lokalne poreske administracije. Na navedeni akt podnosilac zahteva ima pravo na prigovor u zakonom određenom roku, a po prigovoru odlučuje opštinsko odnosno gradsko veće jedinice lokalne samouprave na čijoj teritoriji se nalazi građevinsko zemljište koje je predmet konverzije uz naknadu. Nakon toga, nadležni organ utvrđuje visinu naknade uz primenu svih uslova za umanjenje i o tome obaveštava podnosica zahteva ostavljajući mu rok za izjašnjenje. Utvrđena visina naknade za konverziju se može platiti u jednokratnom iznosu, kada podnosilac zahteva ima pravo na umanjenje u iznosu od 30%, ili u 60 jednakih mesečnih rata, kada je neophodno obezbediti jedno ili više zakonom određenih sredstava obezbeđenja.⁴⁸

⁴⁴ Postupak vraćanja oduzete imovine, odnosno restitucija, predstavlja prethodno pravno pitanje u sprovođenju postupka konverzije uz naknadu. Shodno tome, zakonom kojim se reguliše konverzija uz naknadu je predviđeno i da se pravima koja su na osnovu njega stečena ne ograničavaju prava stečena u skladu sa Zakonom o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju (*Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 108/13 i 142/14) i Zakonom o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama (*Službeni glasnik RS*, broj 46/06). Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 1, st. 5.

⁴⁵ Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 8, 9, čl. 12. st. 4–6, 8.

⁴⁶ Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 12. st. 3, 7–11.

⁴⁷ Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 3. st. 1.

⁴⁸ Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 13.

Po sprovedenom postupku, uz prethodno pribavljeno mišljenje, odnosno izjašnjenje Državnog pravobranioca,⁴⁹ nadležni organ u postupku pretvaranja prava korišćenja u pravo svojine uz naknadu donosi rešenje kojim utvrđuje to pravo na katastarskoj parceli koja je predmet zahteva. Rešenje se dostavlja podnosiocu zahteva i Državnom pravobraniocu. Protiv navedenog rešenja može se izjaviti žalba u roku od petnaest dana od dana dostavljanja ministarstvu nadležnom za poslove finansija, kao drugostepenom organu.⁵⁰ Navedno rešenje, po pravosnažnosti, predstavlja pravni osnov za upis prava svojine u katastru uz dostavljanje dokaza da je naknada isplaćena ili, ukoliko se plaćanje vrši na rate, potvrde nadležnog organa o uplati prve rate. Zajedno sa upisom prava svojine na izgrađenom građevinskom zemljištu, izvršice se i upis tereta koji postoje na objektu po redosledu upisa tih prava. Osim pozitivnog upravnog akta, nadležni organ može doneti i negativne upravne akte, rešenje o prekidu postupka, rešenje o odbačaju i odbijanju. Podnosilac zahteva na ova rešenja ima pravo žalbe, s tim što po žalbi na rešenje o prekidu postupka i odbačaju rešava ministarstvo nadležno za poslove građevinarstva, a po žalbi na rešenje o odbijanju ministarstvo nadležno za poslove finansija.

*Specifičnosti upravnog postupka pretvaranja prava korišćenja
u pravo svojine uz naknadu*

Upravni postupak konverzije uz naknadu je poseban upravni postupak, a redosled obavljanja procesnih radnji je tačno propisan zakonom. Prethodno pitanje u ovom postupku je pitanje postojanja pokrenutog postupka restitucije o čemu organ u svakom slučaju i za svaku parcelu koja je predmet zahteva za konverziju uz naknadu, pribavlja potvrdu Agencije za restituciju. Tokom ispitnog postupka, stranci je pružena mogućnost da se izjasni o činjenicama koje su relevantne za donošenje odluke u postupku i o ponuđenim dokazima, a radi zaštite njenih prava i interesa. Ta mogućnost je stranci pružena u odnosu na dokaz koji služi kao osnova za utvrđivanje visine naknade, a radi se o aktu lokalne poreske administracije. Ne samo što stranka ima pravo da se o ovom dokazu izjasni, već ima pravo da ga osporava prigovorom o kome rešava nadležan drugostepeni organ, odnosno opštinsko

⁴⁹ Zakonom nije propisana obaveza traženja prethodne saglasnosti i izjašnjenja državnog pravobranilaštva na radnje sprovedene u postupku, činjenice i dokaze koji su tokom postupka utvrđeni i pribavljeni, ali nadležni organi tome pribegavaju poštujući pravo stranke na izjašnjavanje, imajući u vidu da je državno pravobranilaštvo stranka u postupku koja ima pravo da bude upoznata sa tokom postupka pre donošenja odluke. Na taj način se umanjuje rizik od eventualne žalbe državnog pravobranioca na rešenje nadležnog organa. Zakon o opštem upravnom postupku, čl. 11.

⁵⁰ Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, čl. 15.

ili gradsko veće jedinice lokalne samouprave. Dakle, ovaj akt kao dokazno sredstvo u postupku konverzije uz naknadu može da se upotrebi tek protekom propisanog roka za izjavljivanje prigovora ili pak nakon što je o prigovoru odlučeno, odnosno ukoliko se stranka sa njim saglasila. Nakon okončanog dokaznog postupka, nadležni organ dostavlja svu dokumentaciju Državnom pravobraniocu na davanje izjašnjenja i mišljenja o svim bitnim pitanjima utvrđenim tokom trajanja postupka, kao stranci u postupku, a radi poštovanja prava na izjašnjenje.

Ono što je specifično za upravne akte koje donosi nadležni organ jeste propisivanje različitih drugostepenih organa za odlučivanje po žalbi. Naime, po žalbi izjavljenoj na sva procesna rešenja i zaključak,⁵¹ rešava ministarstvo nadležno za poslove građevinarstva, dok po žalbi na rešenja kojima je odlučeno o upravnoj stvari, pozitivno ili negativno,⁵² rešava ministarstvo nadležno za poslove finansija.

ZAKLJUČAK

Uređeni svojinskopravni odnosi na građevinskom zemljištu predstavljaju značajnu okosnicu razvoja privrede, odraz pravne sigurnosti i sledstveno tome olakšavanje investicionog ulaganja. Postojanje upisanog prava korišćenja na građevinskom zemljištu u javnoj evidenciji nepokretnosti i pravima na njima predstavlja produkt zakonskih rešenja donetih u periodu posle drugog svetskog rata, koja su za današnje vreme prevaziđeni. U svrhu ponovnog upisa prava svojine, umesto dosadašnjeg prava korišćenja, zakonodavac je propisao pravila za sprovođenje posebnih upravnih postupaka, postupka konverzije bez naknade i konverzije uz naknadu. S tim u vezi, bilo bi korisno usaglasiti pravne norme koje se tiču načina pokretanja upravnog postupka koji se vodi pred katastrom. Naime, zakonom kojim je uređen postupak po kojem katastar postupa, isključeno je vođenje postupka po službenoj dužnosti, dok je zakonom kojim su propisane pravne situacije čije postojanje upućuje na sprovođenje postupka konverzije bez naknade, propisano da se taj postupak pokreće i vodi po službenoj dužnosti.

Postupak konverzije uz naknadu je organizovan u fazama, koje su logički povezane i kod kojih je ispunjenje tačno propisanih uslova uslov da se postupak nastavi u sledećoj fazi. Podnosiocu zahteva je garantovana potpuno aktivna uloga u ovom postupku, kao i pravo na izjašnjenje. Dakle, stranka je do donošenja rešenja o konverziji uz naknadu najmanje dva puta obavешtena o visini naknade koju nadležni organ utvrđuje, kao i sa mogućnostima plaćanja iste. Ova odluka zakonodavca,

⁵¹ Zoran Tomić, Dobrosav Milovanović, Vuk Cucić, *Praktikum za primenu Zakona o opštem upravnom postupku*, Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu, Beograd, 2017, 154.

⁵² Predrag Dimitrijević, *Upravno pravo: opšti deo*, Medivest, Niš, 2019, 182.

može samo u prvi mah da se čini kao odluka kojom se postupak bespotrebno produžava i komplikuje. Međutim, propisivanje kratkih rokova za izvršavanje svih radnji u postupku i davanjem stranci prava na izjašnjenje o činjenicama i dokazima koji su od značaja za postupanje u upravnoj stvari, ukazuje na zaključak da je zakonodavac imao nameru da stranci svaku fazu postupka, kao i buduću odluku, učini izvesnom i da na taj način spreči dalje produžavanje trajanja postupka nakon donošenja prvo-stepene odluke. Takođe, u cilju sprovođenja načela prava stranke na izjašnjenje, bez propisane obaveze organa u zakonu kojim je uređen ovaj poseban upravni postupak, a pre donošenja rešenja o konverziji uz naknadu, dostavljaju se spisi predmeta Državnom pravobranilaštvu radi davanja saglasnosti i mišljenja. Mišljenje državnog pravobranilaštva ne obavezuje nadležni organ prilikom donošenja odluke o konverziji uz naknadu, ali svakako može da utiče na skraćenje trajanja postupka imajući u vidu da je Državno pravobranilaštvo zainteresovano lice kojem se dostavlja rešenje o konverziji i koje ima pravo na žalbu. Bez obzira što nadležan organ donosi svoje rešenje nakon što Državno pravobranilaštvo dostavi svoje mišljenje, ne radi se o složenom upravnom aktu, već naprotiv, o jednostavnom upravnom aktu.

Dr. MILICA TORBICA
Senior Advisor, Republican Geodesy Bureau

SPECIFICITIES OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE FOR CONVERTING THE RIGHT OF USE INTO THE RIGHT OF PROPERTY ON THE BUILDING LAND

Summary

The conversion of the right of use into the right of ownership on construction land, or conversion for short, is carried out in our country, in accordance with legal provisions, through two special administrative procedures. The administrative acts adopted in both of these procedures are simple. The procedure of conversion free of charge is initiated and led by the Real Estate Cadaster Service, in an abbreviated administrative procedure. The conversion procedure with a fee is carried out by the competent property-legal service of the local government unit on whose territory the immovable property is located, with the implementation of the examination procedure and procedural actions, the sequence of which is clearly prescribed by law. Upon the finality of the decision in the conversion procedure without compensation, i.e. upon entry of the final decision determining the conversion with compensation in the public real estate register, the right of ownership on the construction land is acquired. Due to the great importance of regulated property-legal relations on construction land for the country's economic progress and legal security in terms of investment, it is necessary to point out the specifics of these administrative procedures as well as certain inconsistencies in positive legal solutions.

Key words: building land, conversion with a fee, conversion without a fee, special administrative procedure, cadaster

Literatura

- Cvetić, R., „Pravo etažnih vlasnika na zemljištu na kome se zgrada nalazi u kontekstu pretvaranja prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1, Novi Sad, 2021.
- Dimitrijević, P., *Upravno pravo: opšti deo*, Medinvest, Niš, 2019.
- Dopuna raspisa broj 952-752/2021 od 21. 9. 2021. godine, <https://www.rgz.gov.rs/content/Datoteke/Dokumenta/04%20Raspisi/2021./Dopuna%20raspisa%20952-752-2021%20od%2021.9.2021.pdf>.
- Gams, A., „Građanskopravni izraz društvene svojine“, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4, 1961.
- Isključenje konverzije uz naknadu po odluci nadležnog organa, <https://www.rgz.gov.rs/content/Datoteke/Dokumenta/04%20Raspisi/2021./Iskljucenje%20konverzije%20uz%20naknadu%20po%20odluci%20nadleznog%20organa%20.pdf>.
- Lazić M., „Pretvorba (transformacija) prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u Republici Srbiji“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2011.
- Milkov D., *Upravno pravo II upravna delatnost*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2017.
- Nikolić D., „Osnovni izvori stvarnog prava“, *Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, 2007.
- Nikolić S., „Pretvaranje (konverzija) prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu u Srbiji“, *Nova pravna revija*, br. 1, 2016.
- Pokretanje i vođenje postupaka po službenoj dužnosti, <https://www.rgz.gov.rs/dokumenta/raspisi>.
- Simonetti P., „Priroda prava korišćenja građevinskog zemljišta u društvenoj svojini“, *Zbornik radova Promjene u pravu svojine – Transformacija društvene svojine*, Sarajevo, 1990.
- Torbica M., „Akti saopštenja u radu katastra“, *Pravni život*, tom 2, 2021, Beograd.
- Tomić Z., Milovanović D., Cucić V., *Praktikum za primenu Zakona o opštem upravnom postupku*, Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu, Beograd, 2017.

MILAN KOVAČINA

PРАВНА КОНТРОЛА УПРАВНИХ АКАТА ИЗ ОБЛАСТИ ЕНЕРГЕТИКЕ У УПРАВНОМ СПОРУ

Pravna kontrola upravnih akata od strane suda u upravnom sporu jeste izuzetno važna aktivnost u jednom pravnom sistemu. Ona dobija na još većem značaju u današnje vrijeme, kada tehnika i tehnologija vrtoglavo napreduju, uslijed čega se upravne nadležnosti iz dana u dan šire. Ovo sasvim razložno nameće potrebu da se mehanizam sudske kontrole upravnih akata učini maksimalno djelotvornim, u cilju permanentnog „održavanja uprave“ u okvirima zakonitosti. Zbog toga pravnu kontrolu u upravnom sporu, sud mora vršiti s autoritetom zasnovanim na pravnoj egzaktnosti. Da bi se istrajalo na principu zakonitosti, moraju se razumjeti osnovne specifičnosti pravnih odnosa u oblasti energetike, uzrokovanih fizičkim, tehničkim i tehnološkim zakonitostima, kako se u upravnom sporu, upravna stvar metodološki ne bi rješavala kao građanska stvar, što bi imalo za posljedicu, pogrešnu primjenu materijalnih propisa iz oblasti energetike. Cilj ovoga rada je da ukaže na „zamke“ koje su uočene u praksi, a koje se mogu izbjeći, dosljednim otjelotvorenjem principa zakonitosti u okvirima specifičnosti pojedinih upravnih stvari, čime bi ovaj vid pravne kontrole bio efikasniji i djelotvorniji.

Ključne riječi: upravni sporovi iz oblasti energetike, pravna kontrola u upravnom sporu

U V O D

S obzirom na temu ovoga rada, a ne ulazeći u šire teorijsko razmatranje, smatramo da je potrebno kratko podsjetiti da su pravni sistemi starih civilizacija odlično razlikovali građanskopravne i upravnoppravne odnose, uređivali ih i stavljali

Milan Kovačina, šef Sektora za pravne poslove u Regulatornoj komisiji za energetiku Republike Srpske, e-mail: mkovacina@reers.ba.

na adekvatno mjesto u pravnom sistemu, naravno, iz suštinskih razloga i potrebe koju su nametali realni društveni odnosi. Nagli razvoj modernih upravnih sistema, sa brojnim i raznolikim funkcijama je otpočeo krajem 18. vijeka, odnosno nakon velike francuske revolucije 1789. godine, kada su postavljeni temelji moderne pravne države. Od tada imamo stalno povećanje funkcija i broja izvršnih (upravnih) organa, čije djelovanje je neophodno za organizaciju, funkcionisanje i napredak jedne civilizovane ljudske zajednice. Uslijed toga organi uprave, u vršenju zakonom utvrđene nadležnosti, odlučuju o pravima, obavezama i pravnim interesima svih subjekata, u skoro svim oblastima života u jednoj državi. Neophodan uslov (*conditio sine qua non*) za funkcionisanje i djelovanje organa uprave u pravcu ostvarivanja cilja zbog kojeg su i osnovani, jeste ostvarenje načela zakonitosti u najširem njegovom značenju. Značaj ovoga načela se može sagledati samo onda kada imamo u vidu okolnost da je uprava, sa svojim birokratskim aparatom, po svojoj sociološkoj prirodi, sklona da iz raznoraznih razloga „iskače“ iz okvira zakonitosti, raznim improvizacijama i zloupotrebama u primjeni propisa. Međutim, ovakve pojave se upravo najefikasnije mogu eliminisati i svesti na najmanju mjeru, kada se istrajava na pravno egzaktnom poštovanju načela zakonitosti.

Imajući u vidu značaj upravnog sistema u jednoj društvenoj zajednici i značaj ostvarenja načela zakonitosti u djelovanju organa uprave, s jedne strane, i inertnost postupajućih organa, sa druge strane, pravna kontrola upravnih akata u upravnom sporu pred nadležnim sudom je od izuzetnog značaja, upravo da se na jedan kompetentan, autoritativan i efikasan način upravni sistem održi u okvirima zakonitosti.

Dakle, značaj i funkciju načela zakonitosti u postupanju, u najširem smislu, treba sagledavati kao cjelinu, kako sa stanovišta sistema državne uprave u svakodnevnom funkcionisanju društvene zajednice u kreiranju i usmjeravanju društvenih tokova i odnosa, tako i sa stanovišta važne uloge suda u upravnom sporu, u vršenju kontrole zakonitosti akata, donesenih u sistemu uprave.

ZNAČAJ DJELOVANJA UPRAVE DONOŠENJEM UPRAVNIH AKATA

U samom uvodnom dijelu smo istakli značaj uprave za organizaciju, funkcionisanje i napredak jedne društvene zajednice na određenom prostoru, te značaj uprave sa stanovišta djelovanja u svim oblastima života, kao i odlučivanja o pravima, obavezama i pravnim interesima subjekata na određenom području. Dakle, funkcije uprave su raznolike i obimne, ali u ovom radu ćemo se zadržati u ukazati na njen značaj u sferi odlučivanja o pravima, obavezama i pravnim interesima subjekata, odnosno donošenja pojedinačnih upravnih akata. Sa praktičnog stanovišta

u sistemu organa uprave,¹ svakodnevno se donosi „bezbroy“ odluka, rješenja i drugih akata kojima se odlučuje o pojedinačnim pravima i obavezama subjekata. To dovoljno govori o značaju uprave u jednom pravnom sistemu i to potvrđuje da joj se mora posvetiti adekvatna briga, kako bi tako složen sistem odgovorio svojoj suštinskoj ulozi, koju joj je dao ustav i zakon. Ovdje moramo istaći da maksimalno posvećivanje pažnje upravnom sistemu, nije stvar dosjetljivosti, moralisanja, dobrih namjera, voluntarističkog pristupa, osjećaja za dobro i sl. Takav pristup bi predstavljao najobičnije fraze, koje ne bi imale nikakvog efekta. Briga za funkcionisanje upravnog sistema mora biti na nivou intelekta i racija, ali to ne smije biti samo sebi svrha, odnosno i to još uvijek nije dovoljno da se obezbijede uslovi da uprava ostvari svoju funkciju. Za intelektualni i racionalni pristup upravi je potreban još jedan i to najvažniji uslov, a to je obaveznost u postupanju i djelovanju, koji može obezbijediti samo pravna norma. Sve što je vezano za upravu mora biti mjerljivo, a mjerilo za ocjenu njenog funkcionisanja može i mora biti, samo ustav i zakon. Ovo se ne smije svesti na statistiku, već na svakodnevno djelovanje u okvirima propisa, što podrazumijeva pravnu stručnost i ogroman rad, za koji je država već izdvojila sredstva.

Za razliku od uprave, u kojoj se dnevno donosi bezbroy odluka, rješenja i drugih akata kojim se odlučuje o pravima i obavezama subjekata, u sistemu pravosuđa se donosi daleko manji broj presuda. To pokazuje koliko se svakodnevno u upravi masovno primjenjuju propisi u jednom pravnom sistemu. Međutim, treba istaći da u svim aktivnostima uprave treba posebno voditi računa o javnom interesu, kao kvalitativnoj odrednici u tim aktivnostima, koja predstavlja uslov za optimalno funkcionisanje društvene zajednice. Bez obzira na daleko manji broj sudskih presuda, treba istaći da se u parnici rješavaju privatne, građanske stvari, a krivične stvari treba shvatiti kao izuzetak, jer se radi o društveno opasnim pravnim stvarima koje treba svesti na najmanju moguću mjeru. Iz ovoga proizilazi zaključak da se u sistemu uprave permanentno, najčešće i najobilnije ostvaruje „spoj države,“ sa realnim društvenim odnosima. To je po prirodi stvari najosjetljiviji segment za funkcionisanje, uređenje, usmjeravanje, napredak i razvoj civilizovanih društvenih odnosa. Da bi ovaj najvažniji segment djelovanja u jednoj zajednici ostvario svoju svrhu, treba ogroman rad, posvećenost, racionalnost, stručno pravno znanje, nepopitnost javnog interesa, subjektivne sposobnosti itd. Na ovom mjestu ne smije

¹ Zakon o opštem upravnom postupku *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 13/02, 87/07, 50/10 i 66/18.

U smislu odredbe člana 4 ovoga zakona, pod organom uprave podrazumijevaju se svi organi uprave, drugi državni organi i organizacije, kao i javna preduzeća ustanove i druga organizacija, kojima je zakonom povjereno vršenje javnih ovlaštenja.

biti najblaže rečeno improvizacija, a one se u praksi tu najčešće događaju. Ovo je upravo argumentacija, koja potvrđuje značaj upravnog spora, kao instrumentarija u kojem se od strane suda kroz kontrolu pojedinačnih pravnih akata upravni sistem permanentno održava u okvirima zakonitosti.

NAJKRAĆE O NEGATIVNIM POJAVAMA U SISTEMU UPRAVE

Prilikom razmatranja upravnog sistema i pokušaja da se ukaže na pojave, čijim otklanjanjem bi se upravni sistem učinio efikasnijim i djelotvornijim u okvirima načela zakonitosti, nije dovoljno samo ukazati na pojavne oblike negativnih pojava. Da bi se negativne pojave u sistemu uprave, efikasno eliminisale, potrebno je sagledati dublje uzroke takvih pojava, budući da se nijedan problem ne može riješiti, bez otklanjanja uzroka koji stvara taj problem. Zbog toga je potrebno kratko se osvrnuti na negativne pojave, karakteristične za sistem uprave, a koje su uzročnici većine problema. Ove pojave smo dužni identifikovati radi jasnoće i razumijevanja, budući da smo u dosadašnjem izlaganju samouvjerenom konstatovali, da uprava po svojoj sociološkoj prirodi, sklona „napuštanju“ okvira zakonitosti. Dakle, uzročnici većine negativnih pojava u upravnom sistemu se terminološki mogu nazivati jednim imenom – birokratija, na koju ćemo se samo kratko osvrnuti.

Birokratija (francuski *bireaucratie* od *bureau*: biro i *cratie*: vladati), što znači vladavina iz ureda, odnosno vladavina uprave. Birokratijom i njenom pojavom su se bavili brojni naučnici i filozofi, ali najjednostavnije rečeno birokratija predstavlja činovničko, administrativno osoblje u državnim organima, u tehnički dotjeranijoj formi organizacije, to je specijalizovano stručno osoblje, koje karakteriše sigurnost, kontinuitet i jedinstvo, sa tačno određenim nadležnostima i podjelom posla, što omogućuje ovladavanje poslom do detalja. Imajući u vidu odrednice birokratije iz navedene definicije, može se zaključiti, a što se u praksi i događa, da to može dovesti do patoloških pojava u sistemu uprave, a neke od njih ćemo kratko nabrojati, kako slijedi:

- administrativno osoblje u organima uprave ima kontinuitet u odnosu na izabrana ili imenovana lica, što omogućuje sigurnost i bezbrižnost,
- dio administrativnog osoblja posjeduje monopol stručnog znanja, koje se ne stavlja u predviđenu funkciju,
- u dotjeranoj formi organizacije i podjeli poslova, omogućuje se ovladavanje određenim poslovima, što dovodi do rutinskog obavljanja posla, koji je sam sebi svrha, bez ulaska u suštinu, bez sagledavanja cjeline i bez osjećaja odgovornosti,
- takav odnos dovodi do nerješavanja upravnih stvari, te se predmeti prebacuju iz jednog organizacionog dijela u drugi, tako da izostaje prijeko potrebna djelotvornost,

- navedena pozicija omogućuje brojne zloupotrebe u primjeni propisa, a gledajući sa strane djeluje sve savršeno,
- takav odnos onemogućuje praćenje stvarnog stanja u pojedinim oblastima života, te smanjuje neophodnu kreativnost i adekvatno uređenje i usmjeravanje raznolikih i nepredvidivih društvenih odnosa,
- hijerarhijska organizacija birokratije ima najviše kritičara, jer ubija svaku kreativnost, potencira ulizičko i snishodljivo ponašanje prema nadređenima, te potencira postupanje na osnovu pretpostavki, a ne propisa,
- stvaraju se birokratski „šabloni“ koji najčešće prerastaju u blijedilo i besmisao,
- veliki broj činovnika ne posjeduje adekvatna i verifikovana stručna znanja,
- jedna od najnegativnijih karakteristika birokratije je njena prilagodljivost u svim društvenim okolnostima, što joj omogućuje kontinuitet,
- teško iskorjenjiva pojava, ukoliko se izoštreno u stručnom smislu ne pristupi ovom problemu,
- glomaznost i neefikasnost činovničkog aparata,
- te druge negativne osobine birokratskog aparata.

Imajući u vidu navedene karakteristike birokratije, danas se pojam birokratija i birokrat najčešće upotrebljavaju u pogrdnom smislu za neefikasnu javnu upravu i lošeg, sporog i nemotivisanog činovnika. Ukratko, pretjerana birokratizacija stavlja pravila iznad čovjeka i uglavnom se odnosi prema njemu kao prema objektu. Navedene patološke pojave unutar uprave, neminovno dovode do nezakonitog postupanja, što ima negativan uticaj na ostvarivanje prava i pravnih interesa, te na utvrđivanje propisanih obaveza subjektima.

Navedene negativne pojave unutar sistema uprave, koje direktno utiču na ostvarivanje zakonitosti rada u upravi, takođe ukazuju na značaj upravnog spora, kao pravnog metoda za kontrolu akata uprave od strane suda.

NEKE OD SPECIFIČNOSTI UPRAVNIH STVARI U OBLASTI ENERGETIKE

Radi boljeg razumijevanja specifičnosti upravnih stvari u oblasti energetike, kratko ćemo podsjetiti, da se razvojem tehnike i tehnologije i uopšte razvojem društvenih i pravnih odnosa u današnje vrijeme, javlja potreba da se određeni odnosi, koji su determinisani fizičkim i tehničkim zakonitostima, detaljno urede odredbama posebnih zakonskih i podzakonskih propisa. U tom cilju su, pojedinim javnim institucijama, kao što su regulatorna tijela u oblasti energetike

ili kao što su operatori distributivnih sistema, koji na osnovu zakona vrše javna ovlašćenja, posebnim propisima dodijeljene određene nadležnosti. Potreba za posebnim i specijalnim uređenjem postojećih pravnih odnosa, uzrokovalo je pojavu da određene pravne stvari, koje su predstavljale klasične građanske stvari, dobiju obilježja upravnih stvari. Zbog toga se pravna teorija s razlogom ozbiljno bavila razgraničenjem građanskopravnog i upravnoopravnog odnosa, kao kategorijalno različitih pravnih oblasti, bez čijeg jasnog razgraničenja bi se u praksi teško snalazilo, a zakonski propisi zasigurno ne bi postigli ciljani efekat. Važnost razgraničenja ovih odnosa je posebno došla do izražaja, u situaciji kada imovinski odnosi nisu više argument za razgraničenje tih odnosa, budući da, ne mali broj, veoma važnih imovinskih odnosa, dobija obilježje upravnoopravnog odnosa, u kojem se o konkretnim pravima i obavezama subjekata, odlučuje u upravnom postupku od strane nadležne javne institucije. Pitanja razgraničenja ovih odnosa, u suštini su uredili posebni zakonski propisi, kojima su uređeni ti odnosi, a sprovođenje tih zakona je dato u nadležnost javnim institucijama ili subjektima, koji na osnovu zakona vrše javna ovlašćenja. Ovo su dovoljni suštinski argumenti da određeni odnosi koji su nekada imali građanskopravni karakter, u novim uslovima pravnog uređenja odnosa, dobijaju sve elemente upravnoopravnog odnosa, te se pojedinačne pravne stvari iz tih odnosa, rješavaju kao posebne upravne stvari. Dakle, ovdje se ne radi o pukom deklarisanju pojedinih upravnih stvari posebnim zakonskim propisom, već zbog bitno drugačijeg pristupa u uređenju pravnih odnosa, iz suštinskih razloga se, građanskopravni odnos transformisao u upravnoopravni odnos.

Upravne stvari u oblasti energetike su determinisane fizičkim zakonitostima električne energije kao energenta i robe, bez koje je nezamisliv život savremenog čovjeka. Zbog toga djelatnost proizvodnje i distribucije električne energije, te djelatnost snabdijevanja određenih kategorija kupaca, predstavljaju djelatnosti od opšteg interesa, kako je popisano odredbom člana 11 Zakona o energetici.² Na osnovu odredbe člana 46. stav 1 Zakona o zaštiti potrošača u Republici Srpskoj,³ djelatnost snabdijevanja električnom energijom je dodatno svrstana u uslugu od opšteg ekonomskog interesa. Takođe je potrebno imati u vidu fizičke specifičnosti električne energije, kao pokretne stvari i ujedno opasne stvari koja se plasira na tržište, kao roba koja u fizičkom i pojavnom smislu nema masu i nije vidljiva. Posebno je značajno i specifično mjerenje ovakve robe i verifikacija ovakvog mjerenja,

² Zakon o energetici, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 49/09.

³ Zakon o zaštiti potrošača u Republici Srpskoj, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 6/12 i 121/12.

koja dodatno predstavlja posebnu upravnu stvar iz oblasti metrologije (nauka o mjerenju), koja je uređena posebnim zakonom, sa propisanim postupcima i nadležnostima zavoda za standardizaciju i metrologiju, čiji akti imaju svojstvo upravnog akta, a utvrđeni nalazi svojstvo javne isprave. Dakle, ovo nije samo sebi svrha, već je bilo potrebno uspostaviti podesne tehničke i pravne mehanizme, koji garantuju: bezbjednu isporuku električne energije u smislu zaštite života i imovine, ispravno i verifikovano mjerenje, zaštitu životne sredine, kvalitet isporučene električne energije i pravnu sigurnost učesnika na tržištu koji stupaju u pravne odnose povodom isporuke električne energije.

Ovo su samo neke specifičnosti u oblasti energetike, koje su uzrokovale potrebu da se određeni odnosi u oblasti energetike urede kao posebni upravnopravni odnosi, a o određenim pravima i obavezama subjekata se odlučuje kao posebnim upravnim stvarima.

KRATAK OSVRT NA UPRAVNI SPOR

Kao što je poznato, upravni spor je oblik sudske kontrole nad upravom, pri čemu sud odlučuje o zakonitosti upravnih akata, kojima organi uprave i druga tijela i organizacije koje imaju javna ovlašćenja, rješavaju o pravima, obavezama i pravnim interesima u upravnim stvarima. I u upravnom sporu, kao sudskom postupku, je takođe ključno načelo zakonitosti, bez obzira da li se vodi upravni spor o zakonitosti akta ili se sprovodi spor pune jurisdikcije u kome sud meritorno odlučuje o upravnoj stvari. Dakle, upravni spor je najkompetentnija kontrole zakonitosti upravnih akata, koja se sprovodi od strane suda.

Radi istrajavanja na suštini, potrebno je istaći da sud nije „nadređeni organ“ upravi, ali je zato njegovo najznačajnije i najjače sredstvo u upravnom sporu zakon, što potvrđuje značaj načela zakonitosti. Dakle, snaga i autoritativnost suda u odnosu na upravu je u primjeni zakona u konkretnoj upravnoj stvari. Samo ova postavka dovoljna je da u velikoj mjeri disciplinuje cjelokupan upravni sistem u smislu zakonitosti u postupanju.

Međutim, u današnje vrijeme se ističe teza da sudovi u upravnom sporu brane subjekte, kao pojedince, od države. Ova teza je popularna i lijepa za čuti, ali nije utemeljena, jer se upravna stvar mora rješavati i zasnivati samo na zakonu, a ne subjektivnom osjećaju pravičnosti, tako da ona ne doprinosi afirmaciji principa zakonitosti i u upravnom postupku i u upravnom sporu i jednostavno je neodrživa iz slijedećih razloga:

– najprije, sud nema ulogu da nekoga brani (branioca), jer sud sudi na osnovu zakona,

– nadalje, ova teza polazi od pretpostavke da uprava uglavom postupava nezakonito, što nije dobro. (*Istina, ukoliko i postoje operativni, kadrovski, organizacioni i drugi problemi u upravi, oni se rješavaju na drugi način u sistemu same uprave, ali ti razlozi ne smiju biti argumenti da sudu daju ulogu koja mu ne pripada, odnosno da „štiti [brani] subjekte od države“. Upravo autoritet i snaga suda treba da proizilazi iz „odbrane zakona“*),

– ova teza je neodrživa s obzirom na pitanje „kako sud može braniti subjekte od zakonitih akata uprave“. (*Dakle, treba stvar posmatrati afirmativno sa pretpostavkom da uprava postupava zakonito dok se suprotno ne utvrdi.*)

Prema tome, samo je ispravno i djelotvorno rješenje, istrajavati na principu zakonitosti bilo u upravi, bilo pred sudom u upravnom sporu. Zbog toga je potrebno istaći da svi proizvoljni termini nisu dobro došli, budući da se radi o vrlo ozbiljnom segmentu pravnih odnosa u jednom pravnom sistemu.

Isto tako, lijepo je čuti i da je uprava „servis građana“. Međutim uprava je daleko ozbiljniji i složeniji instrumentarij u pravnom sistemu, kojeg treba permanentno popravljati i usavršavati, jer se bez nje ne može zamisliti uređena društvena zajednica. Drugim riječima, uprava bi bila „servis građana“ kad bi se samo utvrđivala prava, ali se postavlja pitanje da li je uprava „servis građana“ kada se utvrđuju obaveze i sankcije. Prema tome, i ovo treba sagledavati sa stanovišta primjene zakona, a ne davanja proizvoljnih naziva. Upravo u takvoj klimi olako se dogodi, da se subjektu kome pripada pravo, to pravo se ne utvrdi ili gdje mu ne pripada obaveza ona mu se nametne, što može poslužiti kao slikovit primjer koliko je ostvarenje zakonitosti značajno u realnim društvenim odnosima. To je potreba i prirodno stanje odnosa u uređenoj zajednici, kojem treba težiti.

PROSTOR ZA BOLJE DJELOVANJE U UPRAVNOM SPORU

Ne umanjujući značaj kontrole upravnih akata od strane suda, ovdje će se ukazati na nedostatke u upravnom sporu, koji imaju povratni uticaj ne samo na realne odnose, već i na djelotvorno funkcionisanje uprave. Važno je istaći da sud nije nadređen organu uprave, budući da se radi o dva odvojena sistema državnih organa, ali je sud „nadređen“ upravi svojim pravnim autoritetom, a taj autoritet se mora zasnivati na pravnoj ezgaktnosti. Zbog toga treba ukazati na konkretna mjesta kada je u upravnim stvarima iz oblasti energetike postupano u okvirima posebnih zakona, ali u praksi u upravnom sporu nisu prepoznate specifičnosti i suština propisa u oblasti energetike, kao posebne upravne oblasti. U nastavku će se kroz primjere iz prakse ukazati na određene segmente, u cilju ostvarenja boljeg sadejstva dva sistema državnih organa u ostvarenju principa zakonitosti.

Obaveza uključivanja zainteresovanih lica u upravni spor

Kao što je poznato, a što nije sporno ni sa teorijskog ni sa pozitivnopravnog stanovišta, upravni spor se može voditi samo protiv konačnog upravnog akta, kako je to propisano odredbom člana 7 Zakona o upravnim sporovima Republike Srpske.⁴ Odredbom člana 2 ovoga zakona široko je propisano ko ima pravo pokrenuti upravni spor, pa čak upravni spor mogu pokrenuti i organi lokalne samouprave, poslovne jedinice preduzeća, naselje ili grupa lica i slično, iako nemaju svojstvo pravnog lica, ukoliko su nosioci prava i obaveza. Dakle, zakon daje široku mogućnost korišćenja prava na pokretanje upravnog spora, odnosno za tužioca u upravnom sporu je dovoljno da je nosilac konkretnih prava i obaveza. Ovo potvrđuje da se zakonska norma drži suštine, odnosno daje se široka mogućnost sudske zaštite nosiocima prava i obaveza, bez obzira što određena grupa ili organizacija nema svojstvo pravnog lica. Odredbom člana 13 Zakona o upravnim sporovima je propisano da je tužena strana u upravnom sporu nadležni organ čiji se upravni akt osporava. U stavu 2 ovoga člana je takođe data široka mogućnost da treće lice kome bi poništaj upravnog akta neposredno bio na štetu (zainteresovano lice) ima u sporu svojstvo stranke.

Imajući u vidu široku mogućnost za ostvarenje prava na pokretanje upravnog spora, kao i široku mogućnost za sticanje svojstva stranke u upravnom sporu, potrebno se kratko osvrnuti na problematiku rješavanja sporova na elektroenergetskom tržištu.⁵ O ovim sporovima odlučuje nadležno regulatorno tijelo,⁶ kao posebnim upravnim stvarima, na osnovu odredbe člana 32 Zakona o električnoj energiji,⁷ kojom je propisano šta može biti predmet sporova. Važno je istaći da u sporovima na elektrenergetskom tržištu učestvuju najmanje dvije stranke sa suprotnim interesima, odnosno najčešće krajnji kupac električne energije i elektroenergetski subjekt. Odluka u ovim sporovima je konačna i donosi se u formi rješenja. Protiv takvih rješenja može se pokrenuti upravni spor na osnovu odredbe 34 Zakona o električnoj energiji. Naravno, upravni postupak najčešće pokreće stranka koja nije uspjela sa zahtjevom u upravnom postupku, vođenim pred nadležnim regulatornim tijelom. Iz dosadašnjeg iskustva je poznato, da je sud uglavnom potvrđivao rješenja nadležnog regulatornog tijela, odnosno utvrđivao da su rješenja

⁴ Zakon o upravnim sporovima, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 109/05 i 63/11.

⁵ Detaljno, Milan Kovačina, „Sporovi na tržištu električne energije“, *Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Unifikacija prava i pravna sigurnost*, tom II, br. 10, Beograd, 2020, 279–295.

⁶ Regulatorna komisija za energetiku Republike Srpske – odredbom člana 15. i 16 Zakona o energetici utvrđen je pravni status i djelokrug rada ove javne institucije u oblasti energetike.

⁷ Zakon o električnoj energiji, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 68/20.

zakonita. Međutim, uočeno je da se podnesena tužba u upravnom sporu, često ne dostavlja na odgovor drugoj stranci iz upravnog postupka, kao zainteresovanom licu, a koja nije pokrenula upravni spor.

Na osnovu odredbe člana 24, stav 2 Zakona o upravnim sporovima, ukoliko se tužba ne odbaci, sud je dužan tužbu dostaviti na odgovor tuženom organu i zainteresovanim licima ukoliko ih ima. Dakle, ovdje se radi o povredi pravila postupka, koju regulatorno tijelo ne može ni uočiti, jer se najčešće upravni spor vodi bez rasprave. Međutim, u takvoj situaciji je javna institucija u težoj poziciji, budući da zainteresovano lice ne učestvuje u postupku, iako ima interes da ostane na snazi akt koji se osporava, tako da zainteresovanom licu nije omogućeno da pruži svoj doprinos u odbrani osporenog akta. Ovo je posebno važno, imajući u vidu da je zainteresovano lice u ovim upravnim stvarima, uglavnom elektroenergetski subjekt, koji može priložiti i dodatnu dokumentaciju i dokaze u upravnom sporu, u cilju odbrane akta, u zavisnosti od toga kako je tužba postavljena, a ti dokazi se uglavnom kod njege i nalaze. Ovo posebno ima značaj ukoliko se zakaže rasprava u upravnom sporu, pa u slučaju prigovora ovakve vrste, rasprava se mora odložiti, kako bi se otklonila ova bitna povreda pravila postupka. Ili ukoliko se u postupku ne prigovori, ovakva povreda pravila postupka je neoboriv argument za stavljanje van snage presude donesene u upravnom sporu. Dakle, u upravnom sporu je potrebno obratiti pažnju kako bi se, na osnovu tužbe i osporenog rješenja, moglo utvrditi ko su zainteresovana lica u upravnom sporu, kojim je potrebno na osnovu navedene odredbe Zakona o upravnim sporovima, omogućiti učešće u upravnom sporu. Zasižno na osnovu odredbe člana 24. stav 2 Zakona o upravnim sporovima, svim strankama koje su učestvovalе u upravnom postupku mora se omogućiti učešće u upravnom sporu, najprije kroz dostavljanje tužbe na odgovor, a onda i u drugim fazama postupka, ukoliko se pojave u konkretnom postupku (rasprave i sl.).

Činjenično stanje u upravnim stvarima

Jedna od najznačajnijih funkcija postupka, jeste da postupak, kao specijalni pravni metod, obezbijedi preduslove da se činjenično stanje u konkretnoj pravnoj stvari potpuno i pravilno utvrdi. Potpuno i pravilno utvrđeno činjenično stanje je jedan od osnovnih uslova za donošenje zakonite odluke i u upravnom postupku i u upravnom sporu. Dakle, esencijalne karakteristike činjeničnog stanja su potpunost i pravilnost. One su neraskidivo vezane i njihova kumulativnost se podrazumijeva.

Pravilnost činjeničnog stanja pokazuje da su dokazi na osnovu kojih je utvrđeno činjenično stanje, zakonito izvedeni, odnosno da su izvedeni u skladu sa procesnim pravilima. Za pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja potrebna je još

jedna izuzetno važna komponenta, koja predstavlja najveći stepen kreativnosti i stručnosti ovlašćenih službenih lica, a to je da se na osnovu izvedenih dokaza pravilno izvedu zaključci o postojanju ili nepostojanju određene relevantne činjenice. Relevantne (pravne) činjenice, su one činjenice za čije postojanje pravna norma vezuje nastanak određene pravne posljedice. Jasno je da u pravu i uopšte u društvenim i političkim odnosima ima puno apstrakcija, koje čak imaju i svoju suštinu, ali segment ocjene dokaza je najkonkretniji i slikovit izraz stanja u jednom pravnom sistemu. Ocjena dokaza se mora stručno i detaljno obrazložiti što predstavlja konkretnu ljudsku kreativnost, te se tu najkonkretnije i najegzaktnije pokazuje i otkriva, kao i u svakom drugom poslu, da li je posao dobro urađen ili nije. To je najvažnija aktivnost u postupku donošenja pojedinačnih akata, kao izraza najkonkretnijeg „spoja“ države i realnog života, posebno u današnje vrijeme, u kojem su svojstvene razne improvizacije, opstrukcije i zloupotrebe u primjeni propisa.

Potpunost činjeničnog stanja podrazumijeva da su činjenice potpuno utvrđene, što je takođe veoma važno za donošenje zakonite odluke. Potpunost činjeničnog stanja je veoma važno ne sa stanovišta „količine“ (kvantuma) utvrđenih činjenica, već sa stanovišta „kvaliteta“ činjenica. Potpunost činjeničnog stanja ima svoju granicu, a ta granica je kvalitativno važna, jer ne dopušta proizvoljnost, improvizaciju u pogledu uzimanja u obzir činjenica, prema subjektivnom osjećaju pravičnosti. Ova granica strogo i nepomirljivo odvaja pravnu struku od nestručnosti i laicizma u primjeni propisa, kojim današnji trenutak jako obiluje. To znači, da se za odlučivanje ne mogu uzimati u obzir bilo koje činjenice, jer tada ne bi bilo kraja utvrđivanju činjenica i činjeničnog stanja, te bi se odluke mogle s lakoćom obarati, po osnovu nepotpuno i nepravilno utvrđenog činjeničnog stanja, budući da bi se ono s lakoćom uvijek moglo dopunjavati. Granica potpunosti činjeničnog stanja je u funkciji i principa zakonitosti i principa pravne sigurnosti. Prema tome, na pitanje šta je granica potpunosti utvrđivanja činjeničnog stanja, treba konkretno i snažno odgovoriti, da tu granicu određuju materijalno pravni propisi, koji za određene činjenice vezuju nastanak određene posljedice, a te činjenice nazivamo pravne ili relevantne činjenice. Dakle, u konkretnim upravnim stvarima se moraju utvrđivati i za odlučivanje koristiti samo pravno relevantne činjenice, pa su one mjera potpunosti činjeničnog stanja.

Energetika je posebno uređena oblast, koju karakterišu i uređuju specifične pravne norme, koje su uzrokovane fizičkim, tehničkim i tehnološkim karakteristikama električne energije kao robe, koja se masovno plasira na tržište. S obzirom na ovo, u praksi se događa da se u upravnom sporu zanemare pravno relevantne činjenice, odnosno one se ne prepoznaju, pa se u pojedinim slučajevima odluke donose na bazi činjenica, koje nisu uopšte relevantne sa stanovišta posebnih materijalnih

propisa u oblasti energetike, već se inertno utvrđuju činjenice koje bi bile relevantne za rješavanje građanskih stvari u parničnom postupku, što u suštini predstavlja nezakonitost u upravnom sporu u odnosu na posebno uređenu oblast energetike.

Značaj zakonitog utvrđivanja činjeničnog stanja najbolje ćemo prikazati na primjeru neovlašćene potrošnje, koja je detaljno obrađena u posebnom radu.⁸ Nadležnost za rješavanje sporova u vezi sa neovlašćenom potrošnjom, na osnovu odredbe člana 32 Zakona o električnoj energiji, pripada regulatornom tijelu nadležnom za oblast energetike. Najkraće, neovlašćena potrošnja predstavlja, svako neovlašćeno preduzimanje radnji na elektrodistributivnoj mreži i priključku, s ciljem preuzimanja električne energije sa mreže, bez mjerenja ili u uslovima nepravilnog mjerenja. Neovlašćena potrošnja električne energije ujedno predstavlja i obilježja krivičnog djela koje se goni po službenoj dužnosti. Putem električnih instalacija, električna energija kao roba i kao civilizacijska blagodet je dostupna na privatnom posjedu i u privatnim objektima, gdje vlada privatna intima. Zbog toga je objektivno teško utvrditi, koje lice i kada je preduzimalo neovlašćene radnje na priključku, da bi se utvrdila krivična odgovornost, a time i osnov za imovinsku odgovornost. Imajući u vidu da u ovakvim slučajevima postoje dokazi o neovlašćenoj potrošnji električne energije, posebni propisi iz oblasti energetike su uredili kako se utvrđuje količina neovlašćeno preuzete električne energije sa mreže, ko je odgovoran za plaćanje te energije i u situaciji kada nije utvrđena krivična odgovornost. S obzirom na specifičnosti električne energije, kao robe koja se masovno plasira na tržište, količina preuzete električne energije se može pravilno utvrditi samo posebnim uređajem, koji mora biti ispravan, verifikovan od nadležne institucije i koji mora biti pravilno priključen na elektrodistributivnu mrežu. Ukoliko izostane ispravno mjerenje, nemoguće je u tehničkom smislu utvrditi stvarnu količinu preuzete električne energije, s obzirom na njene fizičke karakteristike. Zbog toga su posebnim propisima iz oblasti energetike precizno utvrđeni vidovi neovlašćene potrošnje, prema načinu na koji je izvedena, detaljno je propisan način obračuna preuzete električne energije za pojedine vidove neovlašćene potrošnje, te je propisan način utvrđivanja perioda neovlašćene potrošnje. To su dovoljni elementi za sačinjavanje obračuna neovlašćeno preuzete električne energije sa mreže. Imajući ovo u vidu, regulatorno tijelo za oblast energetike, u upravnom postupku je nadležno, da na osnovu dokazne podloge o zatečenom stanju na mreži, utvrdi da li je bilo ili nije neovlašćenog preuzimanja električne energije sa mreže, te da utvrdi da li je obračun neovlašćeno preuzete električne energije sa mreže, sačinjen u skladu sa propisima. Potrebno je istaći da nadležno regulatorno tijelo raspolaže stručnim znanjima iz tehničke,

⁸ M. Kovačina, „Neovlašćena potrošnja električne energije kao upravna stvar u oblasti energetike“, *Pravni život*, tom II, br. 10, Beograd, 2019, 349–365.

ekonomske i pravne struke, tako da je u potpunosti osposobljeno da rješava uskostručne stvari iz oblasti energetike. Sudu u upravnom sporu je ostalo samo da ocijeni zakonitost donesenog rješenja u konkretnoj upravnoj stvari.

Međutim, u tužbi u upravnom sporu se redovno prigovara da činjenično stanje nije pravilno i potpuno utvrđeno, te se navode nedostajuće činjenice, a koje nisu ni utvrđivane, niti su relevantne za odlučivanje, pa se na taj način pokušava upravni spor pretvoriti u parnicu. U samoj tužbi se stvari postavljaju kao da je u pitanju građanska parnica. Ponekad su u upravnom sporu ne prepoznaje suština propisa iz oblasti energetike, koji su uzrokovani tehničkim zakonitostima i inertno se razmatraju činjenice, koje nisu od značaja za odlučivanje. Na primjer, neovlašćena potrošnja je nesumnjivo utvrđena i pravilno je sačinjen obračun, te bi uslijed toga tužbu trebalo odbiti. Međutim, u upravnom sporu se prigovara da činjenično stanje nije potpuno utvrđeno, odnosno nije utvrđeno da li je stvarno preuzimana električna energija sa mreže i koliko se moglo preuzeti električne energije s obzirom na potrošače. Međutim, ove činjenice u ovakvim upravnim stvarima uopšte nisu relevantne, jer se one ne utvrđuju, niti ih je moguće utvrditi, jer je, kao što smo naprijed pojasnili, izostalo ispravno mjerenje i u toj situaciji stvarnu količinu neovlašćeno preuzete električne energije sa mreže je nemoguće utvrditi, pa se količina takve energije utvrđuje na osnovu propisa. Zbog toga, imperativni propisi ne dozvoljavaju da se utvrđuje stvarna količina preuzete električne energije, jer je to tehnički nemoguće, a u praksi bi se nepotrebno pojavljivale brojne manipulacije. S obzirom na ovo, poništavanje rješenja u upravnom sporu i vraćanje na ponovno odlučivanje, radi utvrđivanja činjenica koje nisu relevantne, shvatamo kao postupanje po navici iz građanskih stvari, te prilikom ponovnog odlučivanja, posvećuje se dodatna pažnja detaljnim obrazloženjima.

Naravno, za razliku od naprijed uočenih nedostataka, lijepo je osjetiti autoritet i snagu suda, kada u presudi utvrdi, da se na osnovu izvedenih dokaza nije mogla utvrditi odlučna činjenica na kojoj se čitav predmet zasnivao, te se samo kroz taj segment razotkrije nezakonitost akta u cjelini. Ovakvi primjeri jačaju i organe u sistemu uprave i sud koji time osnažuje autoritativnost i povjerenje u pravni sistem.

Javna ovlašćenja operatera distributivnog sistema

Operater distributivnog sistema je elektroenergetski subjekt koji djelatnost distribucije električne energije obavlja na određenom distributivnom području, na osnovu dozvole nadležnog regulatornog tijela za obavljanje ove djelatnosti. Na osnovu odredbe člana 49. stav 1 Zakona o električnoj energiji, operater distributivnog sistema je odgovoran za upravljanje, održavanje i razvoj distributivnog sistema

na određenom području. Slijedom ovih obaveza i odgovornosti, odredbom člana 47 Zakona o električnoj energiji je imperativno propisano, da u cilju nesmetanog funkcionisanja tržišta električne energije na teritoriji Republike Srpske, distributivna mreža mora biti dostupna svim korisnicima, na regulisan, transparentan i nediskriminišući način.

Najvažnije operativne aktivnosti distributera na elektrodistributivnoj mreži, prema vrsti poslova, možemo svrstati u: upravljanje mrežom, održavanje mreže, razvoj mreže, utvrđivanje energetske i tehničke uslova za priključenje novih objekata na mrežu i izmjene tih uslova kod postojećih krajnjih kupaca, te samo priključenje na mrežu novih krajnjih kupaca. Ovdje ćemo se zadržati na elektroenergetskim i tehničkim uslovima za priključenje novih objekata na mrežu i izmjene tih uslova kod postojećih krajnjih kupaca.

Elektroenergetske i tehničke uslove za priključenje objekata novih krajnjih kupaca, kao i izmjene elektroenergetskih i tehničkih uslova na objektima koji su priključeni na mrežu, utvrđuje operater distributivnog sistema, elektroenergetskom saglasnosti koja se donosi u formi rješenja, po pravilima upravnog postupka, a na osnovu zakonom povjerenih javnih ovlašćenja, utvrđenih odredbom člana 90. stav 5 Zakona o električnoj energiji. Na rješenje operatera distributivnog sistema o izdavanju elektroenergetske saglasnosti može se izjaviti žalba, nadležnom regulatornom tijelu, u roku od 15 dana od dana prijema rješenja na osnovu odredbe člana 93, stav 1 Zakona o električnoj energiji.

Operater distributivnog sistema i korisnik mreže zaključuju ugovor o priključenju, kojim se uređuje, izgradnja priključka, troškovi priključenja, nadzor nad izgradnjom priključka, način i rokovi priključenja, način plaćanja troškova i propisanih naknada itd., a koji se zaključuje nakon izdavanja rješenja o elektroenergetskoj saglasnosti. Odredbom člana 93, stav 1 Zakona o električnoj energiji propisana je jedna specifičnost, da se pored rješenja o elektroenergetskoj saglasnosti, žalba može podnijeti i na uslove ugovora o priključenju na mrežu. I o ovoj žalbi odlučuje nadležno regulatorno tijelo, kao vid kontrole zakonitosti u radu operatera distributivnog sistema i sprečavanja monopola u segmentu gdje se on konkretno može ispoljiti.

Ne ulazeći u šira razmatranja, važno je istaći da samo operater distributivnog sistema i njegovi ovlašćeni radnici mogu preduzimati radnje na elektrodistributivnoj mreži u smislu kontrole, te održavanja, izmjene i razvoja mreže. On je dužan sve radnje na mreži dokumentovati u smislu odredbe člana 62 Zakona o opštem upravnom postupku, a dokumentaciju je u vezi sa tim dužan trajno čuvati u smislu odredbe člana 22, stav 3 Opštih uslova za isporuku i snabdijevanje električnom energijom.⁹

⁹ Opšti uslovi za isporuku i snabdijevanje električnom energijom, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 13/22.

I po osnovu vršenja javnih ovlašćenja, svojstava opasne stvari i vršenja opasne djelatnosti, na operatoru distributivnog sistema je teret dokazivanja u postupcima, budući da samo on može preduzimati radnje na mreži.

Imajući ovo u vidu, na primjeru ćemo pokazati, kako se proizvoljnim i inertnim pristupom iz parničnog postupka, ozbiljno ugrozi zakonitost rješavanja u upravnoj stvari. Radilo se o postupku po žalbi na rješenje o izdavanju elektroenergetske saglasnosti i po žalbi na uslove priključenja iz ponuđenog ugovora o priključenju u istoj upravnoj stvari. Iako je to posebno obrazloženo u drugostepenom rješenju nadležnog regulatornog tijela, u upravnom sporu se olako prešlo preko činjenice da je operater distributivnog sistema suprotno odredbi člana 223, stav 1 Zakona o opštem upravnom postupku, propustio da drugostepenom organu dostavi cjelokupan spis te upravne stvari, čime je grubo povrijeđena ova odredba. Za rješenje ove upravne stvari bila je ključna činjenica, da li su ispunjeni propisani uslovi za izdavanje elektroenergetske saglasnosti i zaključenje novog ugovora o priključenju, a praktičan značaj i posljedica ove činjenice jesu da li je korisnik mreže dužan da plati naknade na priključenje, a to nisu mali iznosi. Dokaze o postojanju ove činjenice je dužan da obezbijedi, odnosno da trajno čuva, operater distributivnog sistema. Stranka je u postupku dostavila rješenja nadležnih organa iz oblasti građenja, na osnovu kojih se moglo zaključiti, da su tvrdnje stranke o stanju na mreži osnovane. U upravnom sporu se olako prešlo preko činjenice da operater distributivnog sistema nije uopšte dostavio uz žalbu spis predmeta, iako se sva potrebna dokumentacija morala nalaziti kod njega. Suprotno tome, pogrešno je izveden zaključak, kao da se radi o parničnom postupku, da stranka, kao korisnik mreže, nije podnijela dokaze za svoje tvrdnje o stanju na mreži. Dakle, u ovom slučaju je postupljeno protivno pravilima upravnog postupka, što je imalo za posledicu pogrešnu primjenu materijalnih propisa iz oblasti energetike.

ZAKLJUČAK

U ovom radu su izložene uočene nepravilnosti u upravnom sporu, koje se mogu u konkretnim slučajevima otkloniti upotrebom pravnih sredstava. Međutim, imajući u vidu njihov značaj, kao i potrebu da se daju određena pojašnjenja radi shvatljivosti i lakše primjene u praksi, smatrali smo za korisnim da se uočene pojave detaljnije obrade na jednom mjestu. I ovdje je vrijedno istaći, u cilju davanja skromnog doprinosa da postojeći pravni sistemi ostvare svoju svrhu, da u primjeni propisa mora vladati pravna egzaktnost, a to podrazumijeva racionalnu razložnost i predstavlja prirodno stanje i prirodnu težnju za vladavinom prava, a time i optimalno funkcionisanje pravne države.

MILAN KOVACINA
Chief of the Legal Department
Regulatory Commission for Energy of the Republic of Srpska

LEGAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTS WITHIN THE SCOPE OF THE ENERGY FIELD IN AN ADMINISTRATIVE DISPUTE

Summary

Legal control of administrative acts in an administrative dispute is an extremely important activity of the court in a legal system. It gains even greater importance nowadays, when technique and technology are rapidly advancing, thus resulting in a day by day expansion of administrative powers. This quite reasonably imposes the need to make the mechanism of judicial control of administrative acts as effective as possible, in order to permanently „maintain the administration“ within the scope of legality. Therefore, the court must exercise legal control in an administrative dispute with authority based on legal exactness. In order to insist on the principle of legality, one must understand the basic particularities of legal relations in the field of energy, caused by physical, technical and technological legalities, so that in an administrative dispute, the matter would not be resolved methodologically as a civil matter, which would result in a wrong application of material regulations in the field of energy. The aim of this work is to point out the „traps“ that have been observed in practice, and which can be avoided, by consistently embodying the principle of legality within the scope of the particularity of certain administrative matters, which would make this type of legal control more efficient and effective.

Key words: administrative disputes in the energy field, legal control in administrative disputes

Literatura

- Kovačina M., „Neovlašćena potrošnja električne energije kao upravna stvar u oblasti energetike“, *Pravni život*, tom II, br. 10, Beograd, 2019.
- Kovačina M., „Sporovi na tržištu električne energije“, *Zbornik radova 33. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Unifikacija prava i pravna sigurnost*, tom II, br. 10, Beograd, 2020.

STRUČNI RAD

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

SUDSKI POSTUPAK – PRAVDA I PRAVIČNOST – I tom *COURT PROCEEDINGS – JUSTICE AND FAIRNEES – Vol. I*

UVODNA REČ

INTRODUCTORY SPEECH

Pravo i univerzalne vrednosti – *Uvodna usmena reč akademika prof. dr Slobodana Perovića Osnivača Kopaoničke škole prirodnog prava održana na Osamnaestom susretu Kopaoničke škole prirodnog prava 13. decembra 2005. godine*

Law and Universal Values - *The Introductory Speech by the Academician prof. dr Slobodan Perović, the Founder of the Kopaonik School of Natural Law at the Eighteenth Meeting of the Kopaonik School of Natural Law held on 13 December 2005* 7

Prva katedra

First Department

PRAVO NA ŽIVOT

RIGHT TO LIFE

1. Život

Life

Ubistvo zdravstvenog radnika kao oblik teškog ubistva

Murder of a healthcare worker as a form of aggravated murder

– *prof. dr Đorđe Đorđević, redovni profesor Kriminalističko-policijskog univerziteta* 39

Ubistvo pri izvršenju razbojništva ili razbojničke krađe (čl. 114, st. 1, tač. 4 KZ) – Analitički prikaz zakonske konstrukcije Murder during commission of robbery or compound larceny (art. 114, par. 1, pt. 4 of CC) – analytical display of a legal construct – <i>prof. dr Nataša Delić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	53
Legislativni okvir privatnog obezbeđenja u Srbiji u funkciji zaštite univerzalnih vrednosti Legislative framework of private security in Serbia in the function of protecting universal values – <i>prof. dr Željko Nikač</i> , redovni profesor Kriminalističko-policijskog univerziteta, Beograd; <i>Branko Leštanin</i> , major policije, MUP Republike Srbije, Direkcija policije, PU Kraljevo	93
Količina opojne droge kao pravična granica kriminalne zone u srpskom i nemačkom krivičnom zakonodavstvu The quantity of drugs as a fair limit of the criminal zone in Serbian and German criminal legislation – <i>Gordana Krstić</i> , zamenik javnog tužioca u Drugom osnovnom javnom tužilaštvu u Beogradu	111
Pravo na život i naručena ubistva Right to life and contract killings – <i>Sretko Janković</i> , <i>magistar</i> , sudija Apelacionog suda u Beogradu	127
Lišenje života člana porodice koji je prethodno bio zlostavljan – nepreciznosti u postojećem zakonskom rešenju Deprivation of the life of a family member who was previously abused – inconsistencies and inaccuracies of the existing legal solution – <i>dr Marko Milović</i> , advokat iz Beograda	147
2. Zdravlje <i>Health</i>	
Pouke francuske presude „Perruche“ – podsećanje na prošlu raspravu Lessons from the French verdict “Perruche” – reminder of the past discussion – <i>dr Hajrija Mujović</i> , naučni savetnik Instituta društvenih nauka u Beogradu, Centar za pravna istraživanja	159

Psi vodiči između Zakona o dobrobiti životinja i Zakona o kretanju uz pomoć psa vodiča Republike Srbije Guide dogs between the animal welfare Law and the Law on movement using guide dogs of the Republic of Serbia – <i>prof. dr Nataša Stojanović</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu	179
Dokazivanje uzročne veze u slučaju grube greške u lečenju Nemačka regulativa i sudska praksa Proving causal relationship in the case of gross negligence in treatment German regulation and judicial practice – <i>dr Marta Sjeničić</i> , naučni savetnik Instituta društvenih nauka u Beogradu	195
Prava i dužnosti lekara kao zdravstvenih radnika Rights and duties of doctors as healthcare professionals – <i>prim. dr Ivana Stojanović</i> , specijalista patolog i citopatolog, Klinički centar Niš	211

3. Ekologija

Ecology

Primena međunarodnih ugovora i rešavanje sporova u oblasti zaštite životne sredine Implementation of international agreements and settlement of disputes in the field of environmental protection – <i>mr Gordana Petković</i> , direktor Agencije za ekološki konsalting ECOLIBRA u Beogradu	223
Uticaj mišljenja Evropske komisije u postupcima pokrenutim zbog povrede prava Evropske unije na sprovođenje pravnih tekovina u oblasti zaštite životne sredine u Srbiji Reasoned opinions of the European Commission in infringement procedures and their impact on the implementation of environmental <i>acquis</i> – <i>prof. dr Mirjana Drenovak-Ivanović</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Jean Monnet Chair in European Environmental Law	243
Pravda i pristup pravdi u pravu životne sredine Justice and access to justice in environmental law – <i>dr Dragoljub Todić</i> , naučni savetnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd	259

Ekocid kao peti zločin u Rimskom statutu Između mita i realnosti Ecocide as the fifth crime in the Rome Statute Between myth and reality – <i>Nikola Paunović</i> , treći sekretar u Ministarstvu spoljnih poslova Republike Srbije, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	273
--	-----

Pravna zaštita i učešće javnosti u izradi planskih dokumenata koji se odnose na životnu sredinu u Republici Srbiji Access to justice and public participation in the preparation of planning documents relating to the environment in the Republic of Serbia – <i>Tina Janjatović</i> , master prava, Ministarstvo zaštite životne sredine Republike Srbije, samostalni savetnik; <i>Mirko Popović</i> , programski direktor, Regulatorni institut za obnovljivu energiju i životnu sredinu, Beograd	289
---	-----

4. Sport

Sport

Pravo sportista na slobodu učestvovanja na međunarodnim takmičenjima Right of athletes to freedom of participation in international competitions – <i>prof. dr Edita Kastratović</i> , redovni profesor Fakulteta za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo, Beograd; <i>doc. dr Milan Dragić</i> , docent Fakulteta za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo, Beograd	303
---	-----

Je li moguće <i>lege artis (de lege lata)</i> utvrditi tko je najbolji tenisač svih vremena Is it possible <i>lege artis (de lege lata)</i> to determine who is the best tennis player of all time – <i>prof. dr Hrvoje Kačer</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Splitu; <i>dr Blanka Kačer</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Splitu	317
--	-----

Krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet doping sredstva – problemi u radu organa otkrivanja i sudska praksa Criminal offense – unauthorized production and putting on the market of doping agents - problems in the work of detection bodies and court practice – <i>dr Božidar Otašević</i> , docent Kriminalističko-policijskog univerziteta, Beograd; <i>prof. dr Nenad Đurđević</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, u penziji	331
--	-----

Bezbednosni aspekti sporta Security aspects of sports	
– <i>dr Vanda Božić</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union, Beograd; <i>dr Ratomir Antonović</i> , docent Fakulteta za pravo, bezbednost i menadžment „Konstantin Veliki“, Niš	351

*Druga katedra
Second Department*

PRAVO NA SLOBODU
RIGHT TO FREEDOM

1. Krivično-pravna i procesna zaštita ličnosti

Criminal-law and Procedural Protection of Personality

Krivičnopravne i ustavnopravne refleksije koncepta održivosti prava

Criminal law and constitutional law reflections of the concept of sustainability of law

– <i>prof. dr Milan Škulić</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda	371
--	-----

Neposredna primena međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava u krivičnom postupku

Direct implementation of international treaties and generally accepted rules of international law in criminal proceedings

– <i>dr Vanja Bajović</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	409
---	-----

Decade of the Istanbul Convention - practice and application in Bosnia and Herzegovina

Decenija Istanbulske konvencije – praksa i primjena u Bosni i Hercegovini

– <i>prof. dr Miodrag N. Simović</i> , potpredsednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, redovni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine; <i>dr Mile Šikman</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci	429
---	-----

Rizici potencijalne uloge veštačke inteligencije u postupku sudskog odlučivanja – savremeni izazovi za krivični postupak Risks of the potential role of artificial intelligence in the judicial decision-making procedure – modern challenges for criminal procedure – <i>dr Ivana Miljuš</i> , docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu . . .	451
Zaštita prava žrtava krivičnih djela u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i evropski standardi Protection of the rights of criminal victims in the criminal legislation of Montenegro and European standards – <i>prof. dr Velimir Rakočević</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore; <i>dr Aleksandra Jovanović</i> , savetnik u Višem državnom tužilaštvu, Podgorica	477
Prekršajnoppravna zaštita u oblasti javnih nabavki Misdemeanor regulation in the field of public procurement – <i>Ivana Radisavljević</i> , <i>master prava</i> , asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	495
Krivično djelo neovlaštena proizvodnja i stavljanje u promet opojne droge – krivičnopravni i krivičnoprocesni aspekt Criminal offense unauthorized production and supply and traffic of narcotic drugs – criminal law and criminal procedure aspect – <i>dr Sadrž Karović</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Travniku; <i>dr Suad Orlić</i> , vanredni profesor Univerziteta u Zenici	513
The Rubik's cube of the digital evidence in the cybercrime realm Rubikova kocka digitalnih dokaza u realmu sajber kriminala – <i>dr Andreja Mihailović</i> , saradnik u nastavi, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore; <i>Monica Nila Sari</i> , doktorand na Keio Univerzitetu, Tokio	529

2. Porodično-pravna zaštita ličnosti

Protection of Personality from the Aspect of Family Law

Porodično nasilje prema ženama

Domestic violence against women

– <i>prof. dr Olga Jović-Prlainović</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici	547
--	-----

Delimično lišenje roditeljskog prava u sudskoj praksi u Republici Srbiji Unconcionable exercise of parental responsibility in the decions of Serbian courts – <i>dr Uroš Novaković</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	565
Standardi biomedicinski potpomognute oplodnje u praksi Evropskog suda za ljudska prava Biomedical assisted reproduction standards in the case law of the European Court of Human Rgihts – <i>Jelena Jakanović</i> , student doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	589
Parental responsibility and a non-biological parent a case in mind: FC v MC and another [2021] EWHC 154 (Fam), [2021] All ER (D) 37 Feb Roditeljsko pravo i nebiološki roditelj Slučaj FC protiv MC i drugog [2021] EWHC 154 (Fam), [2021] All ER (D) 37 Feb – <i>Penny Booth</i> , predavač, Pravni fakultet Univerziteta Njukastlu	607
3. Upravno-pravna zaštita slobode	
<i>Administrative-Law Protection of Freedom</i>	
Razmatranje pojedinih aspekata pokretanja i prethodnog postupka upravnog spora u cilju unapređenja njegove delotvornosti i ekonomičnosti Consideration of certain aspects of the initiation and preliminary procedure of an administrative dispute in order to improve its effectiveness and economy – <i>prof. dr Dobrosav Milovanović</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	617
Prilog reformi stručnih ispita u upravi Contribution to the reform of professional examinations in administration – <i>prof. dr Zoran Lončar</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu	637
Disciplinska odgovornost državnih službenika u teoriji i praksi Disciplinary liability of civil servants in theory and practice – <i>Prof. dr Zorica Vukašinić Radojčić</i> , redovni profesor, Kriminalističko-policijski univerzitet; <i>mr Vesna Čogurić</i> , sudija, Upravni sud Republike Srbije	653
	721

<p>Pretpostavke za ostvarivanje prava romske nacionalne manjine u Republici Srbiji – postupci izdavanja javnih isprava i sticanja državljanstva</p> <p>Preconditions for the exercise of the rights of the Roma national minority in the Republic of Serbia – the process of issuing documents and obtaining citizenship</p> <p>– <i>Nataša Marković</i>, specijalista kriminalista, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, pomoćnik načelnika Uprave za upravne poslove</p>	669
<p>Specifičnosti upravnog postupka pretvaranja prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu</p> <p>Specificities of the administrative procedure for converting the right of use into the right of property on the building land</p> <p>– <i>dr Milica Torbica</i>, viši savetnik u Republičkom geodetskom zavodu</p>	683
<p>Pravna kontrola upravnih akata iz oblasti energetike u upravnom sporu</p> <p>Legal control of administrative acts within the scope of the energy field in an administrative dispute</p> <p>– <i>Milan Kovačina</i>, šef Sektora za pravne poslove u Regulatornoj komisiji za energetiku Republike Srpske</p>	699

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

342.721(082)

347.9(082)

КОПАОНИЧКА школа природног права Слободан Перовић (35 ; 2022 ; Копаоник)

Sudski postupak – pravda i pravičnost : zbornik radova 35. susreta Копаонишке школе природног права - Slobodan Perović, Копаоник, 13. – 17. decembar 2022 : међународна научна конференција. Tom 1 = Court proceedings – justice and fairness : collection of papers from the 35th Meeting of Копаоник school of natural law - Slobodan Perović, Копаоник, 13 - 17 December 2022 : international scientific conference. Vol. 1 / [glavni i odgovorni urednik, editor in chief Jelena S. Perović Vujačić]. - Beograd : Копаонишка школа природног права - Slobodan Perović, 2022 (Novi Sad : Futura). - 722 str. ; 24 cm

"Zbornik pred nama sadrži radove dostavljene za Trideset peti jubilarni Susret Копаонишке школе природног права – Slobodan Perović, pod stalnim naslovom 'Pravda i pravo – Posvećeno osnivaču Копаонишке школе природног права akademiku prof. dr Slobodanu Peroviću', sa општом temom ovogodišnjeg skupa 'Sudski postupak – pravda i pravičnost'." --> predgovor. - Na vrhu nasl. str.: Universitas Iuris naturalis Копаонici. - Tiraž 500. - Str. 3-4: Predgovor / Jelena S. Perović Vujačić. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz svaki rad. - Summaries ; Rezimeji.

ISBN 978-86-81956-12-0

ISBN 978-86-81956-11-3 (za izdavačku celinu)

а) Судски поступак -- Зборници б) Право на живот -- Зборници в) Право на слободу и безбедност личности -- Зборници

COBISS.SR-ID 80118025



**KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ**

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

KOPAONIKSCHOOL.ORG