МИНИСТАРСТВО ПРАВДЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ
МИНИСТАРСТВО ПРАВДЕ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ
ГРАД ПРИЈЕДОР
УНИВЕРЗИТЕТ У БАЊОЈ ЛУЦИ
СРПСКО УДРУЖЕЊЕ ЗА КРИВИЧНОПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ
ЈУ СЛУЖБЕНИ ГЛАСНИК РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО - DE LEGE LATA ET DE LEGE FERENDA

ОРГАНИЗАЦИОНИ ОДБОР:
Марко Павић, предсједник
Антон Касиповић
академик проф. др Станко Бејатовић
проф. др Станко Станић
академик проф. др Миодраг Симовић
проф. др Љубинко Митровић
Слободан Зец

Приједор
17-18. априла 2015. године

Рецензенти:
проф. др Станко Бејатовић
проф. др Миодраг Симовић
проф. др Љубинко Митровић

Издавачи:
Министарство правде Републике Српске
Министарство правде Републике Србије
Град Приједор
Универзитет у Бањој Луци
Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу Београд
ЈУ Службени гласник Републике Српске

За издаваче:
проф. др Станко Бејатовић
Драган Веселиновић

Коректура:
Славица Бајагић
Наталија Рајчевић

Техничко уређење:
Горан Зеленбаба

Штампа:
ЈУ Службени гласник Републике Српске

Тираж:
200 примјерака

Аутори:

академик проф. др Миодраг Симовић
академик проф. др Станко Бејатовић
проф. др Војислав Ђурђић
др Горан Илић
Александар Миладиновић
Мирослав Јањић
мр sc. Милорад Барашин
Горан Филипић
Иван Илић
др Јован Ћирић
доц. др Дарко Радуловић
доц. др Емир Ћоровић
доц. др Миодраг Букарица
Марина Перић
доц. др Младен Милошевић
проф. др Миомира Костић
доц. др Владимир Симовић
проф. др Драго Радуловић
проф. др Милан Шкулић
проф. др Миле Матијевић
доц. др Александар Фалаџић
доц. др Дарко Димовски
мр Милорад Марковић
Вељко Турањанин
проф. др Драган Јовашевић
проф. др Ивана Симовић Хибер
доц. др Вељко Икановић
доц. др Ведад Гурда
проф. др Љубинко Митровић
проф. др Божидар Бановић
доц. др Марина Симовић
доц. др Зоран Стевановић

С а д р ж а ј

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović, doc. dr Vladimir M. Simović: ODLUKE USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE O SAGLASNOSTI ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU S USTAVOM BOSNE I HERCEGOVINE I NAJNOVIJA PRAKSA OVOG SUDA U KRIVIČNIM STVARIMA....7

Проф. др Станко Бејатовић: КАЗНЕНА ПОЛИТИКА И РЕФОРМА КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ (ДОСЛЕДНОСТ ИЛИ НЕ)....37

Prof. dr Drago Radulović: NOVA REFORMA KRIVIČNOG PROCESNOG ZAKONODAVSTVA CRNE GORE PROGRESIVNA ILI REGRESIVNA REŠENJA....61

Др Војислав Ђурђић: УРЕЂЕЊЕ ПРЕТХОДНОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА СРБИЈЕ - de lege lata de lege ferenda-....75

Др Милан Шкулић: МОГУЋЕ ПРОМЕНЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА СРБИЈЕ....101

Др Горан Илић: УРЕЂЕЊЕ АДВОКАТСКЕ ПРОФЕСИЈЕ У ПЕРИОДУ 1945-1957. И САВРЕМЕНА АДВОКАТУРА СРБИЈЕ....129

Проф. др Миле Матијевић, Александар Миладиновић: SI FECISTI NEGA! - ПИСМО КРИВЦУ (ако си извршио кривично дјело, поричи)....137

Доц. др Александар Фалаџић и Мирослав Јањић: МЈЕРЕ ЗА ОБЕЗБЈЕЂЕЊЕ ПРИСУСТВА ОСУМЊИЧЕНОГ, ОДНОСНО ОПТУЖЕНОГ КАО ПРЕДУСЛОВ ЕФИКАСНОГ ВОЂЕЊА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА....145

Др Дарко Димовски: ПОСТПЕНАЛНА ПОМОЋ КАО ОБЛИК ТРЕТМАНА....155

Mp sc. Милорад Барашин: НАЧИН РЈЕШАВАЊА ПРИГОВОРА/ ПРИТУЖБИ НА ОДЛУКЕ ТУЖИЛАЦА У КОНТЕКСТУ УНУТРАШЊЕГ ФУНКЦИОНИСАЊА ТУЖИЛАШТАВА....175

Mr Milorad Marković: PRAVA BRANIOCA KAO SUBJEKTA KRIVIČNOG POSTUPKA....183

Горан Филипић: ДОКАЗНА ВРИЈЕДНОСТ УВИЂАЈА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ....197

Вељко Турањанин: УЗИМАЊЕ УЗОРАКА КАО РАДЊА ДОКАЗИВАЊА ПРЕМА ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ....215

Иван Илић: ПРЕКОРАЧЕЊЕ ОПТУЖБЕ - ТУМАЧЕЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ....231

Проф. др Драган Јовашевић: ПОСЕБНЕ КРИВИЧНОПРАВНЕ МЕРЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ....241

Dr Jovan Ćirić: ZABRANE, KAZNE I AUTORITET PRAVA....259

Prof. dr Ivana Simović Hiber: NOVE ZAKONODAVNE TENDENCIJE I TEHNIKE (I VLADAVINA PRAVA) 273

Doc.dr Darko Radulović: POGLED NA REFORMU OPŠTEG DIJELA KRIVIČNOG ZAKONIKA CRNE GORE....285

Доц. др Вељко Икановић: КРИВИЧНОПРАВНИ ОДГОВОР НА МРЖЊУ И ПРЕДРАСУДЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ 297

Doc. dr Emir Ćorović: KRITIČKI OSVRT NA ZAKONSKU REGULATIVU MERA BEZBEDNOSTI OBAVEZNOG LEČENJA NARKOMANA I ALKOHOLIČARA U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE SA PREDLOGOM DE LEGE FERENDA....311

Doc. dr sc. Vedad Gurda: UVJETNI OTPUST KAO ALTERNATIVA SANKCIJAMA INSTITUCIONALNOG TIPA U KRIVIČNOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE....323

Doc. dr Miodrag Bukarica: IZUZIMANJE DRŽAVE I OSTALIH PRAVNIH LICA OD ODGOVORNOSTI I OGRANIČENJA U PRIMJENI SANKCIJA 341

Prof. dr Ljubinko Mitrović, Marina Perić: PRIMJENA ALTERNATIVNIH MJERA I KRIVIČNIH SANKCIJA PREMA MALOLJETNICIMA NA PRIMJERU BIJELJINSKE REGIJE 351

Prof. dr Božidar Banović, doc. dr Mladen Milošević: KRIVIČNO PRAVO KAO INSTRUMENT ZAŠTITE MALOLETNIH LICA U OBRAZOVNOVASPITNIM USTANOVAMA....363

Doc. dr Marina M. Simović: KRIVIČNE SANKCIJE PREMA MALOLJETNICIMA I NJIHOVO IZVRŠENJE U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE....377

Проф. др Миомира Костић, Александар Михајловић: ПОЛОЖАЈ СТАРИЈИХ ОСУЂЕНИКА У ПЕНИТЕНЦИЈАРНИМ УСТАНОВАМА 399

Dr Zoran Stevanović, мр sc. Jasmina Igrački: IZVRŠNO KRIVIČNO PRAVO U SRBIJI: OD NORME DO PRAKSE 417

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović,
potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, dopisni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka i član Evropske akademije nauka i umjetnosti
Doc. dr Vladimir M. Simović, tužilac Tužilaštva Bosne i Hercegovine i docent Fakulteta za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci

ODLUKE USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE O SAGLASNOSTI ZAKONA O KRIVIČNOM POSTUPKU S USTAVOM BOSNE I HERCEGOVINE I NAJNOVIJA PRAKSA OVOG SUDA U KRIVIČNIM STVARIMA

Sažetak

U radu se razmatra značenje, sadržaj i pravni efekat nedavne odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine kojom je odlučeno o saglasnosti s Ustavom Bosne i Hercegovine jedne odredbe Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine. U drugom dijelu rada daje se, između ostalog, prikaz najnovije prakse Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u pogledu prava na ličnu slobodu i bezbjednost (postojanje osnovane sumnje kao opšteg uslova za određivanje pritvora i standarda u pogledu posebnih pritvorskih razloga koje nameće član 5 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda), prava na pravično suđenje (utvrđivanje osnovanosti krivične optužbe protiv apelanta u vezi s izvršenjem krivičnih djela zločina protiv čovječnosti i ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika i pretpostavka nevinosti) i prava na imovinu (naknada štete zbog neosnovanog lišavanja slobode). I ovim, kao i u drugim odlukama, posebno onim u kojim je utvrđivao povredu ustavnih prava apelanata, Ustavni sud Bosne i Hercegovine daje značajan doprinos konstitucionalizaciji krivičnog procesnog prava u Bosni i Hercegovini.

Ključne riječi: Ustavni sud Bosne i Hercegovine, krivični postupak, Ustav Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, pravo na ličnu slobodu i bezbjednost, pravo na pravično suđenje.

1. Uvodno

Odredbom člana VI/3c) Ustava Bosne i Hercegovine eksplicitno je utvrđeno da bilo koji sud u Bosni i Hercegovini može proslijediti Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine[1] pitanje "da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka zavisi, kompatibilan sa ovim ustavom, sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda[2] i njenim protokolima ili sa zakonima Bosne i Hercegovine […]". U praksi Ustavnog suda ranije se postavilo pitanje da li neusklađenost odredaba nekog osporenog entitetskog zakona sa zakonom Bosne i Hercegovine vodi inkompatibilnosti sa Ustavom Bosne i Hercegovine, a sljedstveno tome i sa principom vladavine prava iz člana I/2 Ustava Bosne i Hercegovine.[3]

U odgovoru na to pitanje Ustavni sud je usvojio stav da se "zakoni Bosne i Hercegovine koje je usvojila Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine smatraju [...] `odlukama institucija Bosne i Hercegovine` iz člana III/3b) Ustava Bosne i Hercegovine, te donošenje zakona od entitetā ili drugih administrativnih jedinica u Bosni i Hercegovini, suprotno proceduri koju propisuju državni zakoni, može dovesti u pitanje poštovanje odredaba člana III/3b) Ustava Bosne i Hercegovine, prema kojima su entiteti i druge administrativne jedinice u Bosni i Hercegovini dužni da se pridržavaju, između ostalog, (i) odluka institucija Bosne i Hercegovine. Kada bi se smatralo suprotno, osim što bi se u potpunosti doveo u pitanje autoritet institucija Bosne i Hercegovine, doveo bi se u pitanje i princip iz člana I/2 Ustava Bosne i Hercegovine prema kome će: `Bosna i Hercegovina biti demokratska država koja će funkcionisati prema slovu zakona...`[4]. U tom slučaju s pravom bi se moglo postaviti pitanje svrhe državnih zakona (npr. zakona u oblasti privatizacije, zatim, rada osiguravajućih društava, indirektnog oporezivanja i sl.) ako bi entiteti ili druge administrativne jedinice Bosne i Hercegovine mogli donositi zakone kojima se krše ili izbjegavaju obaveze koje se entitetima ili drugim administrativnim jedinicama Bosne i Hercegovine nalažu odredbama državnih zakona, tj. zakona donesenih na nivou institucija Bosne i Hercegovine. Dakle, entiteti (ili druge administrativne jedinice Bosne i Hercegovine) moraju poštovati obaveze koje im se nalažu putem zakona koje su donijele institucije Bosne i Hercegovine. Činjenica da te obaveze nisu ispoštovane, može dovesti do kršenja odredaba Ustava Bosne i Hercegovine".[5]

---

[1] U daljnjem tekstu: Ustavni sud.

[2] U daljnjem tekstu: Evropska konvencija.

[3] O granicama ovlašćenja ustavnog suda vidi Omejec, Jasna (2003). Granice ovlašćenja Ustavnog suda u postupku ocjene saglasnosti zakona s Ustavom. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, (6), 1423−1456.

[4] Vidjeti Krapac, Davor (2011). Konstitucionalizacija krivičnog procesnog prava u Republici Hrvatskoj. Poseban otisak iz: Okrugli sto: Dvadeseta godišnjica Ustava Republike Hrvatske, Zagreb: Hrvatska akademija nauka i umjetnosti, 169−212.

[5] Vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U 2/11 od 27. maja 2011. godine, tačka 52, objavljena u "Službenom glasniku BiH" broj 99/11.

2. Ustavnost člana 330 stav 1 tačka b) Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine sa Ustavom Bosne i Hercegovine

U predmetu broj U 22/14 od 4. decembra 2014. godine, rješavajući zahtjev jednog od sudija Opštinskog suda u Gračanici, Ustavni sud je zaključio da je odredba člana 330 stav 1 tačka b) Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine[6] u skladu sa odredbom člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije (i ne predstavlja kršenje principa nepristrasnosti i nezavisnosti u smislu prava na pravično suđenje), zato što propisivanje ovlašćenja žalbenom sudu da u postupku po propisanom pravnom lijeku, nakon ukidanja prvostepene odluke zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, predmet vrati prvostepenom sudu uz upute kako da se otklone uočeni propusti.[7]

Podnosilac zahtjeva je naveo da je odredbom člana 330 stav 1 tačka b) ZKPFBiH propisana mogućnost da drugostepeni sud ukine prvostepenu odluku "ako je potrebno izvesti nove dokaze ili ponoviti već izvedene dokaze u prvostepenom postupku usljed kojih je činjenično stanje pogrešno ili nepotpuno utvrđeno". Prema ocjeni podnosioca zahtjeva, nije moguće postupiti po navedenoj odredbi, a da se ne naruši načelo nepristrasnosti. Naime, podnosilac navodi da "nepotpuno utvrđeno činjenično stanje do kojeg je došlo propustima stranaka trebalo bi dovesti do odluke na štetu stranke koja je propustila da koristi prava koja joj pripadaju u postupku. Propust suda prilikom odbijanja prijedloga stranaka je bitna povreda ili prava na odbranu, ako je u pitanju prijedlog odbrane ili povreda zakona, ako je u pitanju prijedlog tužioca. U praksi drugostepenih sudova presude se najčešće ukidaju na osnovu člana 330 stav 1 tačka b) ZKPFBiH, u rješenjima navodi `u ponovnom postupku prvostepeni sud će ponoviti već izvedene, a po potrebi provesti i nove dokaze, pa će ocjenom svih provedenih dokaza pojedinačno i u vezi sa drugim dokazima donijeti pravilnu i na zakonu osnovanu odluku` […]. Dakle, naređuje se izvođenje dokaza koje su predložile stranke i po potrebi novi dokazi, bez ukazivanja kojih. Postavlja se pitanje šta ako stranke odustanu od prijedloga dokaza koji je izveden u prvostepenom postupku, da li je sud nepristrasan ako ga izvede suprotno volji jedne strane i da li je sud nepristrasan ako izvede nove dokaze po vlastitoj odluci - bez prijedloga stranaka. Zaključak koji se može izvesti jeste da je odredba člana 330 stav 1 tačka b) [ZKPFBiH] u suprotnosti sa načelom nepristrasnosti kao osnov za ukidanje odluka". Podnosilac zahtjeva je, takođe, tražio da Ustavni sud ispita da li je odredba člana 330 stav 1 tačka b) ZKPFBiH u skladu sa čl. 11 st. 2 i 3, 14 stav 1 i 276 st. 1 i 2 istog zakona. U vezi s tim, podnosilac zahtjeva ističe da "nepristrasan sud ne može izvoditi dokaze u prvostepenom postupku radi ispravljanja grešaka stranaka prilikom utvrđivanja činjeničnog stanja, niti može sam narediti izvođenje nekog dokaza kojim bi se utvrđivale odlučne činjenice od kojih zavisi da li je činjenično stanje potpuno i pravilno utvrđeno".

---

[6] "Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine" br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14. U daljem tekstu: ZKPFBiH.

[7] Vidi Đurđević, Z. (2012). Odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske o saglasnosti Zakona o krivičnom postupku s Ustavom. Zagreb: Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 19, (2), 409−438.

U konkretnom slučaju podnosilac zahtjeva nije postavio pitanje usklađenosti osporene odredbe ZKPFBiH sa "zakonom Bosne i Hercegovine", pa posljedično i sa Ustavom Bosne i Hercegovine, već je tražio da Ustavni sud ispita usklađenost odredbe osporenog člana ZKPFBiH sa drugim članovima tog istog zakona. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud zaključuje da u takvom slučaju nema nadležnost da odlučuje zbog čega zahtjev u tom dijelu nije dopustiv na osnovu odredaba člana 19 stav 1 tačka a) Pravila Ustavnog suda[8].

U vezi sa dijelom zahtjeva koji se odnosio na ispitivanje usklađenosti osporenog člana 330 stav 1 tačka b) ZKPFBiH sa pravom na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije, Ustavni sud ukazuje da je zahtjev podnio Opštinski sud u Gračanici[9], što znači da je zahtjev podnijelo ovlašćeno lice iz člana VI/3c) Ustava Bosne i Hercegovine.[10] Imajući u vidu odredbe člana VI/3c) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 17 Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud smatra da je zahtjev u ovom dijelu dopustiv, zato što ga je podnio ovlašćeni subjekt, te da ne postoji nijedan formalni razlog iz člana 17 Pravila Ustavnog suda zbog kojeg ovaj dio zahtjeva ne bi bio dopustiv.

Međutim, u konkretnom slučaju podnosilac zahtjeva nije postavio pitanje usklađenosti osporene odredbe ZKPFBiH sa "zakonom Bosne i Hercegovine", pa posljedično i sa Ustavom Bosne i Hercegovine, već je tražio da Ustavni sud ispita usklađenost odredbe osporenog člana ZKPFBiH sa drugim članovima tog istog zakona. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud zaključuje da u takvom slučaju nema nadležnost da odlučuje zbog čega zahtjev u tom dijelu nije dopustiv na osnovu odredaba člana 19 stav 1 tačka a) Pravila Ustavnog suda.

U dijelu odluke Ustavnog suda koja se odnosi na meritum, ukazuje se da (kako su Evropski sud za ljudska prava[11] i Ustavni sud u svojoj jurisprudenciji konzistentno ukazivali) pravo na pravično suđenje iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije između ostalog, svakome garantuje pravo da o njegovim građanskim pravima i obavezama i o krivičnoj optužbi odluči nezavisan i nepristrasan "tribunal", odnosno sud. Podnosilac zahtjeva, kako je već rečeno, smatra da osporeni član ZKPFBiH narušava princip nepristrasnosti zbog mogućnosti drugostepenog suda da ukine presudu u krivičnom postupku usljed pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja i da je vrati prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje - uz davanje uputa o tome kako otkloniti uočene propuste.

Ustavni sud podsjeća da "nepristranost" podrazumijeva da sud ne smije biti opterećen ličnim predrasudama u vezi sa odlukom koju donosi, niti smije biti pod uticajem vanjskih informacija ili pod bilo kojim drugim pritiskom, već svoje mišljenje mora temeljiti isključivo na onom što je izneseno na suđenju. Prilikom odlučivanja da li je neki sud bio pristrasan, mora se napraviti distinkcija između subjektivne i objektivne pristrasnosti. Subjektivna nepristrasnost se odnosi na lični odnos sudije,

[8] "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 22/14 i 57/14.

[9] Sudija Opštinskog suda u Gračanici H.Š.

[10] Vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj U 5/10 od 26. novembra 2010. godine, tač. 7−14, objavljena u "Službenom glasniku Bosne i Hercegovine" broj 37/11.

[11] U daljnjem tekstu: Evropskii sud.

odnosno članova vijeća i ona se pretpostavlja dok se ne dokaže suprotno.[12] Zaključiti da je neki sudija pristrasan zbog opterećenosti predrasudama, moguće je samo kada to postane sasvim jasno na osnovu njegovog stava tokom postupka ili iz sadržaja presude. S druge strane, objektivna nepristrasnost se odnosi na dokazivanje da postoje činjenice koje mogu dovesti u sumnju sudijsku nepristrasnost. Ustavni sud i Evropski sud u svojim odlukama kontinuirano su naglašavali da u tom pogledu "čak i dojam može imati izvjesnu važnost. Ono što je ovdje važno jeste povjerenje koje sudovi u demokratskom društvu moraju ulijevati javnosti i, najviše od svega, kada su u pitanju krivični postupci, koje moraju ulijevati samom okrivljenom. To podrazumijeva da pri odlučivanju da li postoji u nekom konkretnom predmetu opravdan razlog za strah da određeni sudija nije nepristrasan, stav okrivljenog je važan, ali ne i odlučujući. Ono što je odlučujuće jeste da li se takav strah može smatrati objektivno opravdanim".[13] Ustavni sud podsjeća i na činjenicu da je zakonom predviđen i institut izuzeća sudije koje stranke mogu koristiti kao dodatni mehanizam u zaštiti od eventualne pristrasnosti sudije.

U konkretnom slučaju odredbom člana 330 stav 1 tačka b) je propisano da žalbeni sud, ako utvrdi da je činjenično stanje nepotpuno ili pogrešno utvrđeno, te da je potrebno izvesti nove dokaze, može ili ukinuti prvostepenu presudu i vratiti predmet na ponovno odlučivanje prvostepenom sudu ili odrediti održavanje pretresa pred drugostepenim sudom "kada postoje opravdani razlozi da se predmet ne vrati prvostepenom sudu na ponovno suđenje". Ukoliko žalbeni sud ocijeni da je predmet potrebno vratiti prvostepenom sudu na ponovno suđenje iz navedenog razloga, onda, prema članu 331 stav 3 ZKPFBiH, mora navesti u čemu se sastoje nedostaci u utvrđivanju činjeničnog stanja, odnosno zašto su novi dokazi i činjenice važni i od uticaja za donošenje pravilne odluke.

Dakle, cilj osporene odredbe jeste uklanjanje propusta pri utvrđivanju činjeničnog stanja koji budu uočeni u žalbenom postupku - na jedan od načina propisanih zakonom. Imajući u vidu principe nepristrasnosti koji su navedeni, Ustavni sud smatra da argumenti podnosioca zahtjeva o tome da se osporenom odredbom narušava princip nepristrasnosti - ni na koji način ne pokreću pitanje "nepristrasnog suda" u smislu člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine, odnosno člana 6 stav 1 Evropske konvencije. Ovakva odredba ne može ni na koji način dovesti u pitanje ni utisak o nepristrasnosti, već, naprotiv, učvršćuje povjerenje javnosti u to da će propusti koje eventualno počini prvostepeni sud moći biti ispravljeni korišćenjem propisanog djelotvornog pravnog lijeka.

Takođe, Ustavni sud smatra da je potrebno ukazati da ne može prihvatiti argumente podnosioca zahtjeva da je upitna nepristrasnost suda ako izvede dokaze "suprotno volji jedne strane" ili "ako izvede dokaze po vlastitoj odluci bez prijedloga stranaka". Naime, odredbom člana 261 stav 2 tačka e) eksplicitno je propisano da će se u krivičnom postupku izvesti i dokazi čije je izvođenje naredio sudija,

[12] Vidi, Evropski sud, Hauschildt protiv Danske, stav 47.

[13] Vidi, Evropski sud, Fey protiv Austrije, presuda od 24. februara 1993. godine, stav 30 i Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1789/06 od 12. septembra 2006 godine, st. 48−54, objavljena na web-stranici Ustavnog suda www.ccbh.ba.

odnosno vijeće. Iako dokazna inicijativa u krivičnom postupku jeste primarno prenesena na stranke, sud, ipak, ima ovlašćenje da i sam predloži izvođenje dokaza, što je važno pravilo s obzirom na sveukupne ciljeve krivičnog postupka, zaštitu prava optuženog i poštovanje načela zakonitosti iz člana 2 ZKPFBiH. Ovakva odredba omogućava sudu da u dokaznom postupku utvrdi sve procesno i pravno važne i relevantne činjenice koje se odnose na učinioca krivičnog djela, bitne elemente krivičnog djela, krivicu i činjenice odlučne za odmjeravanje krivičnopravne sankcije. Bez takve mogućnosti, ako stranke u postupku, tužilaštvo i odbrana, ne bi predložili dokaze bez kojih bi neki od ovih elemenata bilo nemoguće utvrditi, optuženi ne bi mogao snositi štetne posljedice, jer ga štiti princip in dubio pro reo koji je propisan u članu 3 ZKPFBiH. Dakle, neprihvatljiv je i argument podnosioca da "nepotpuno utvrđeno činjenično stanje do kojeg je došlo propustima stranaka, trebalo bi dovesti do odluke na štetu stranke koja je propustila da koristi prava koja joj pripadaju u postupku". Osim toga, kako i sam podnosilac zahtjeva ističe, u ovakvim slučajevima žalbeni sud najčešće prvostepenom sudu naloži da u ponovnom postupku "ponovi već izvedene, a po potrebi provede i nove dokaze, pa da ocjenom svih provedenih dokaza pojedinačno i u vezi sa drugim dokazima donese pravilnu i odluku osnovanu na zakonu". Dakle, žalbeni sud ne sugeriše kakav zaključak iz provedenih dokaza treba izvući, već ukazuje na koji način da se upotpuni činjenično stanje - kako bi se donijela odluka zasnovana na zakonu. Stoga, ovakva formulacija ni na koji način ne dovodi u pitanje princip nepristrasnosti u smislu člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

Iako podnosilac zahtjeva nije eksplicitno naveo, iz njegove argumentacije se može zaključiti da smatra da ova odredba omogućava i neku vrstu neprimjerenog uticaja na prvostepeni sud, pa Ustavni sud smatra da podnosilac zahtjeva postavlja i pitanje "nezavisnosti suda". U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da prilikom odlučivanja da li je neki sud nezavisan treba, između ostalog, razmatrati postojanje garancija protiv vanjskog pritiska i pitanje da li sud ostavlja utisak nezavisnosti.[14] Iz ovoga slijedi da, između ostalog, sud mora funkcionisati nezavisno od izvršne vlasti i svoje odluke zasnivati na svom slobodnom mišljenju, činjenicama i odgovarajućoj pravnoj osnovi. U konkretnom slučaju ne radi se ni o kakvom uticaju na sud izvan sudske vlasti, već o uputama koje žalbeni sud daje u skladu sa zakonom sa ciljem otklanjanja pogrešaka koje uoči, razmatrajući žalbu protiv prvostepene presude. To, svakako, nije suprotno principu nezavisnosti, jer taj princip podrazumijeva da sudske odluke neće ocjenjivati ili mijenjati bilo ko van žalbenog postupka koji je propisan zakonom.[15] S obzirom na to da je osporenom odredbom propisano postupanje drugostepenog suda u postupku po propisanom pravnom lijeku, Ustavni sud smatra da argumenti podnosioca zahtjeva ne pokreću ni pitanje "nezavisnosti suda" u smislu člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine, odnosno člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

[14] Vidi, Evropski sud, Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 28. juna 1984. godine, stav 78.

[15] Vidi, Preporuka Komiteta ministara Vijeća Evrope broj R(94)12 od 13. oktobra 1994. godine, princip 1/2i).

3. Pravo na ličnu slobodu i bezbjednost (Odluka o dopustivosti i meritumu Ustavnog suda, broj AP 4309/14 od 18. decembra 2014. godine)

U ovom predmetu apelanti su pobijali rješenja Suda BiH tvrdeći da su im tim rješenjima prekršena prava iz člana II/3d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5 stav 1 tačka c) i stav 3 Evropske konvencije i člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 2 Evropske konvencije.

3.1. Osnovana sumnja i dostavljanje dokaza na osnovu kojih je utvrđeno postojanje osnovane sumnje

Evropski sud je istakao da standardi koje nameće član 5 stav 1 tačka c) Evropske konvencije predviđaju da je postojanje osnovane sumnje da je lice lišeno slobode počinilo krivično djelo koje mu se stavlja na teret - conditio sine qua non za određivanje ili produženje pritvora. Međutim, to nakon određenog vremena nije dovoljno, već se mora procijeniti da li za pritvor postoje relevantni i dovoljni razlozi.[16] Prema daljnjem stavu Evropskog suda, opravdanost pritvora zavisi i od okolnosti konkretnog slučaja koje moraju biti takve da upućuju na postojanje opšteg (javnog) interesa koji je tako važan i značajan da, usprkos presumpciji nevinosti, preteže nad principom poštovanja slobode pojedinca. Takođe je navedeno da ovi standardi ne pretpostavljaju da policija, u vrijeme hapšenja, ima dovoljno dokaza koji su potrebni da bi se mogla podići optužnica. Upravo je cilj ispitivanja osumnjičene osobe, koja je pritvorena po osnovu navedenog člana, da se unaprijedi daljnja istraga tako da potvrde ili odbace konkretne sumnje na kojima se zasnivalo hapšenje. Stoga, kako je ukazao Evropski sud, činjenice koje izazivaju sumnju i koje mogu biti dovoljne u vrijeme lišavanja slobode, ne trebaju biti istog nivoa kao one koje su neophodne za odluku u narednim fazama postupka, npr. za podizanje optužnice.[17] Međutim, što se tiče pritvora, Evropski sud je istakao da član 5 stav 1 tačka c) zahtijeva da postoji "osnovana" a ne "iskrena" ili bona fide sumnja.[18] Ustavni sud podsjeća i da poštovanje člana 5 stav 3 Evropske konvencije zahtijeva da sudska vlast preispita sva pitanja u vezi s pritvorom, te da odluku o pritvoru donese pozivajući se na objektivne kriterije predviđene zakonom.

U pogledu navoda apelanata da im prije određivanja pritvora nisu dostavljeni dokazi koje je Tužilaštvo BiH dostavilo Sudu BiH, Ustavni sud primjećuje da je odredbom člana 47 stav 1 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine[19] regulisano kao opšte pravilo da branilac osumnjičenog u toku istrage ima pravo

[16] Vidi, Evropski sud, Trzaska protiv Poljske, presuda od 11. jula 2000. godine, aplikacija broj 25792/94, stav 63.

[17] Vidi Evropski sud, O'Harra protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 16. oktobra 2001. godine, aplikacija broj 37555/97, tačka 36.

[18] Ibid, Fox, Campbell i Hartley, tačka 31.

[19] "Službeni glasnik BiH" br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 i 93/09. U daljem tekstu: ZKPBiH.

pristupa samo onim spisima i dokazima koji su u korist osumnjičenog, ali mu se i to pravo može uskratiti ako je riječ o spisima i predmetima čije bi otkrivanje moglo dovesti u opasnost cilj istrage, dok mu je potpuno slobodan pristup spisima i dokazima omogućen nakon podnošenja optužnice, kako je regulisano u stavu 3 ovog člana. Ustavni sud, dalje, zapaža da je stavom 2 istog člana propisano da će izuzetno od stava 1 ovog člana tužilac (istovremeno s prijedlogom za određivanje pritvora) sudiji za prethodni postupak, odnosno sudiji za prethodno saslušanje dostaviti i dokaze bitne za procjenu zakonitosti pritvora -radi obavještavanja branioca. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud zapaža da iz obrazloženja osporenih odluka proizlazi da je Sud BiH, nakon što je izvršio uvid u dokaze koje je dostavilo Tužilaštvo BiH uz prijedlog, a koje je decidirano naveo u obrazloženju rješenja, postupio u skladu s predmetnim odredbama ZKPBiH, te da su apelanti i njihovi branioci, iako im dokazi nisu bili dostavljeni, suprotno apelacionim navodima, bili upoznati, u mjeri neophodnoj za osporavanje odluke o određivanju pritvora, sa sadržajem dokaza na kojima je ta odluka zasnovana. Naime, iz stanja spisa proizlazi da je Sud BiH povodom prijedloga Tužilaštva za određivanje pritvora apelantima održao ročište na kojem su apelanti i njihovi branioci bili upoznati s dokazima na kojima je ta odluka zasnovana, budući da je tužilac prilikom obrazlaganja prijedloga za pritvor obrazložio i sadržinu dokaza u mjeri u kojoj je to bilo dovoljno da se ciljevi istrage ne dovedu u opasnost. Nadalje, Ustavni sud zapaža da je ove navode apelanata Sud BiH razmotrio i u žalbenom postupku, u smislu garancija člana 5 stav 4 Evropske konvencije i dao razloge zašto je odluka o određivanju pritvora u konkretnom slučaju zakonita, odnosno zašto apelantovi navodi ne mogu dovesti do drugačijeg rješenja konkretne pravne stvari.

S obzirom na izneseno, te odredbu člana 47 stav 1 prema kojoj se braniocu može uskratiti razmatranje spisa i razgledanje predmeta ako je riječ o spisima i predmetima čije bi otkrivanje moglo dovesti u opasnost cilj istrage, Ustavni sud u okolnostima konkretnog slučaja ne nalazi nikakvu proizvoljnost u postupanju Suda BiH budući da je iz obrazloženja osporenih odluka evidentno da je, u smislu stava 2 navedenog člana, Tužilaštvo BiH sudiji za prethodno saslušanje dostavilo i dokaze bitne za procjenu zakonitosti pritvora i radi obavještavanja branioca. S druge strane, Ustavni sud zapaža da iz navoda apelacije proizlazi da apelanti praktično traže da im se omogući uvid u sve dokaze koji se tiču merituma spora, što ulazi u okvir garancija iz člana 6 Evropske konvencije, a koji apelantima, u smislu odredbe člana 47 stav 3 ZKPBiH, trebaju biti dostupni nakon podnošenja optužnice. Uz to, Ustavni sud ukazuje da u predmetu broj AP 591/11 nije našao povredu člana 5 stav 4 Evropske konvencije u vezi s primjenom odredbe člana 47 ZKPBiH u situaciji kada su apelanti bili upoznati sa sadržajem dokaza na osnovu kojih im je produžen pritvor.[20] Imajući u vidu navedeno, te podržavajući vlastitu praksu u citiranom predmetu, Ustavni sud zaključuje da u konkretnom slučaju činjenice u odnosu na koje se podnosi apelacija očigledno ne predstavljaju kršenje prava apelanata na slobodu i bezbjednost ličnosti iz člana II/3d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5 Evropske konvencije.

[20] Vidi Ustavni sud, Odluka AP 591/11 od 7. aprila 2011. godine, dostupna na web-stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba.

Ustavni sud dalje zapaža da u konkretnom slučaju iz osporenog rješenja kojim je apelantima određen pritvor proizlazi da je Sud BiH o određivanju pritvora apelantima odlučio nakon održanog ročišta na kojem su saslušani apelanti i drugi osumnjičeni, kao i njihovi branioci. Nadalje, Ustavni sud primjećuje da je Sud BiH, suprotno apelacionim navodima, ispitao postojanje osnovane sumnje kao opšteg uslova za određivanje pritvora prilikom donošenja osporenih rješenja, te je jasno prezentirao dokaze koje je dostavilo Tužilaštvo BiH (uz prijedlog za određivanje pritvora) na osnovu kojih je Sud BiH utvrdio postojanje osnovane sumnje. Ustavni sud smatra, suprotno apelacionim navodima, da je u osporenim rješenjima Sud BiH dao vrlo jasno obrazloženje na osnovu kojih dokaza je izveo zaključak o postojanju osnovane sumnje da su apelanti počinili inkriminisane radnje koje su im stavljene na teret, kao opšteg uslova iz člana 132 stav 1 ZKPBiH za određivanje pritvora, a koje Ustavni sud ne smatra proizvoljnim. Stoga Ustavni sud smatra da rješenje Suda BiH nije u suprotnosti s odredbama ZKPBiH i Evropske konvencije i da sadrži razloge u pogledu postojanja opšteg uslova za određivanje pritvora iz člana 132 stav 1 ZKPBiH.

3.2. Posebni pritvorski razlozi iz člana 132 stav 1 tač. a), b) i c) ZKPBiH

U skladu sa zakonom, mjera pritvora može biti određena samo kada je, uz postojanje osnovane sumnje da je krivično djelo počinjeno, ispunjen i jedan od posebnih razloga za određivanje pritvora propisan zakonom. U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da je u konkretnom slučaju Sud BiH utvrdio da je, pored postojanja osnovane sumnje kao opšte pretpostavke za izricanje mjere pritvora apelantima, ispunjen i drugi kumulativni uslov, odnosno da u konkretnom slučaju postoje posebni pritvorski razlozi iz člana 132 stav 1 tač. a), b) i c) ZKPBiH.

3.2.1. Poseban pritvorski razlog iz člana 132 stav 1 tačka a) ZKPBiH

U pogledu opasnosti od bjekstva iz člana 132 stav 1 tačka a) ZKPBiH, Sud BiH je posebno cijenio da se predmetna istraga vodi zbog teških krivičnih djela za koja su zaprijećene visoke zatvorske kazne, da apelanti posjeduju državljanstvo Republike Hrvatske koja ne izručuje svoje državljane organima gonjenja drugih država, da apelanti žive u blizini granice sa Republikom Hrvatskom, kao i da su vršenjem krivičnih djela (kako se osnovano sumnja) pribavili značajnu imovinsku korist koja će im omogućiti boravak van države BiH. Ustavni sud zapaža da je u obrazloženju postojanja navedenog pritvorskog razloga Sud BiH uopšteno i paušalno u odnosu na sve apelante, bez bilo kakve konkretizacije razloga u odnosu na pojedine apelante, zaključio da opasnost od bjekstva (kao poseban pritvorski razlog) postoji u odnosu na sve apelante. Uprkos žalbenim navodima apelanata da zbog njihovih konkretnih ličnih okolnosti ne postoji takva opasnost, te da se isti cilj može postići i blažim mje-

rama zabrane propisanih zakonom, Sud BiH je smatrao opravdanim da se apelantima pritvor odredi i prema članu 132 stav 1 tačka a) ZKPBiH.

U vezi s navedenim Ustavni sud zapaža da je Evropski sud u predmetu Stögmüller protiv Austrije (u pogledu određivanja pritvora zbog opasnosti od bjekstva) istakao. "Kao drugo, tražilo se opravdanje za nastavak pritvora Stögmüllera, oslanjajući se na rizik od njegovog bjekstva. U tom pogledu, navodi se da je Stögmüller mogao očekivati težu kaznu naročito nakon produžetka (...) preliminarne istrage u pogledu drugih djela, te da su mu njegova pilotska dozvola i očev avion omogućavali da u inostranstvo ode bilo kada. Mora se primijetiti, u tom kontekstu, da do opasnosti od njegovog bjekstva ne dolazi samo zato jer je moguće ili mu je lako preći preko granice (u svakom slučaju, bilo bi dovoljno u tu svrhu da se od njega traži da preda pasoš); mora postojati čitav niz okolnosti, posebno, teška kazna koja se očekuje ili posebno gnušanje optuženog na pritvor ili nedostatak dobro uspostavljenih veza u zemlji, koje bi mogli biti razlog da se pretpostavi da bi posljedice i opasnosti leta bile manje zlo za njega od samog nastavka izdržavanja pritvora. Ali, njegovo ponašanje jasno pokazuje da to nije bila njegova situacija".[21]

U predmetu Letellier protiv Francuske Evropski sud je u pogledu opasnosti od bjekstva cijenio da je podnositeljka predstavke majka maloljetne djece i direktor kompanije koja predstavlja njen jedini izvor prihoda. U odluci je navedeno: "Kako opasnost od bjekstva nije bila očigledna, od samog početka date odluke su sadržavale neadekvatne navode o razlozima utoliko što nisu pomenute okolnosti podobne za utvrđenje takve opasnosti".[22]

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud zaključuje da je u odnosu na citirani pritvorski razlog Sud BiH u obrazloženju osporenih rješenja nije ponudio relevantne i dovoljne razloge u odnosu na apelante pojedinačno, za zaključak zasnovan na činjenicama koje mogu pokazati da se zaista radi o riziku bjekstva apelanata i da je pritvor neophodno odrediti i po tom zakonskom osnovu. Stoga, Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju prekršeno pravo apelanata na zakonit pritvor zagarantovan članom 5 stav 1 tačka c) i stav 3 Evropske konvencije u odnosu na pritvorski razlog opasnost od bjekstva.

3.2.2. Poseban pritvorski razlog iz člana 132 stav 1 tačka b) ZKPBiH

Sud BiH je utvrdio da postoji koluzijska opasnost kao pritvorski osnov iz člana 132 stav 1 tačka b) ZKPBiH. S tim u vezi, Ustavni sud zapaža da je Sud BiH ukazao da se u konkretnom slučaju radi o obimnoj i složenoj istrazi koja obuhvata veći broj osumnjičenih, da se radi o njihovoj međusobnoj povezanosti, da je potrebno saslušati veći broj svjedoka, da određeni broj saučesnika i svjedoka tek treba da budu

[21] Vidi Evropski sud, Stögmüller protiv Austrije, presuda od 10. novembra 1969. godine, aplikacija broj 1601/62, tačka 15.

[22] Vidi Evropski sud, Letellier protiv Francuske, presuda od 26. juna 1991. godine, aplikacija broj 12369/86, tačka 41.

pronađeni i ispitani, kao i da treba pribaviti materijalne dokaze, među kojim su i oni za koje odbrana apelanata tvrdi da su uništeni, a Tužilaštvo BiH ima saznanja da su sakriveni. Ustavni sud smatra da je Sud BiH argumentovano obrazložio razloge iz kojih proizlazi da postoje naročite okolnosti koje ukazuju da bi apelanti boravkom na slobodi mogli ometati istragu uticanjem na svjedoke i saučesnike i ometanjem prikupljanja materijalnih dokaza. U navedenim zaključcima Suda BiH u pogledu navedenog posebnog pritvorskog razloga, s obzirom na činjenice konkretnog predmeta, Ustavni sud ne nalazi nikakvu proizvoljnost, te smatra da okolnosti konkretnog slučaja upućuju na postojanje važnog i značajnog opšteg interesa koji preteže nad načelom poštovanja prava na slobodu pojedinca.

Stoga, Ustavni sud zaključuje da su apelanti i drugi osumnjičeni u konkretnom slučaju lišeni slobode u postupku propisanom zakonom kada postoji opravdana sumnja da su izvršili krivično djelo i kada je ispunjen poseban pritvorski razlog propisan članom 132 stav 1 tačka b) ZKPBiH. Međutim, Ustavni sud naglašava da pritvor određen prema navedenom zakonskom osnovu ne može neograničeno dugo trajati, odnosno prikupljanje dokazne građe mora biti završeno u razumnom vremenu.

3.2.3. Poseban pritvorski razlog iz člana 132 stav 1 tačka c) ZKPBiH

Prema članu 132 stav 1 tačka c) ZKP BiH, pritvor se može odrediti pod uslovom da postoji osnovana sumnja da je određeno lice učinilo krivično djelo ako naročite okolnosti opravdavaju bojazan da će ponoviti krivično djelo ili da će dovršiti pokušano krivično djelo ili da će učiniti krivično djelo kojim prijeti, a za ta krivična djela može se izreći kazna zatvora tri godine ili teža kazna. U vezi s navedenim pritvorskim razlogom, Ustavni sud zapaža da je Sud BiH utvrdio da je u konkretnom slučaju ispunjen objektivni uslov koji se tiče visine zaprijećene kazne (kazna zatvora od tri godine ili teža kazna), kao i da postoje naročite okolnosti koje opravdavaju određivanje pritvora i prema članu 132 stav 1 tačka c) ZKPBiH. Kao naročite okolnosti Sud BiH je u konkretnom slučaju smatrao prirodu djela, brojnost radnji izvršenja, kontinuiranost u njihovom preduzimanju, te dugi vremenski period u kojem su one preduzimane planski i organizovano, po jedinstvenom obrascu, mrežu kontakata i čvrstu povezanost apelanata (kako međusobno tako i sa članovima grupe). Sud BiH je, takođe, utvrdio da neka od pravnih lica po navedenom ustaljenom obrascu i dalje posluju, a što sve zajedno po mišljenju Suda BiH ukazuje na opasnost da će apelanti, ako budu pušteni na slobodu, ponoviti krivična djela zbog kojih se vodi predmetna istraga.

Ustavni sud zapaža da Sud BiH, utvrđujući naročite okolnosti u konkretnom slučaju, nije ponudio relevantne i dovoljne razloge koji mogu objektivno opravdati zaključak da će apelanti puštanjem na slobodu nastaviti sa vršenjem krivičnih djela. Takođe, Ustavni sud zapaža da Sud BiH nije naveo razloge zašto je smatrao neosnovanim zahtjev apelanata za određivanje blažih mjera zabrane. Ustavni sud zapaža da se u konkretnom slučaju prije radi o gomilanju razloga za određivanje pritvora nego

o argumentovanim razlozima za određivanje pritvora prema navedenom zakonskom osnovu. Sud BiH je svojim naknadnim radnjama (rješenjima o ukidanju pritvora) potvrdio da je u konkretnom slučaju opravdano određivanje mjera zabrane apelantima. Imajući u vidu navedeno Ustavni sud zaključuje da je povrijeđeno pravo apelanata na zakonit pritvor zagarantovan članom 5 stav 1 tačka c) i stav 3 Evropske konvencije koji je određen na temelju člana 132 stav 1 tačka c) ZKP BiH.[23]

3.3. Pretpostavka nevinosti

Apelanti navode i povredu prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 2 Evropske konvencije. S tim u vezi, Ustavni sud zapaža da je Evropski sud u predmetu Peša protiv Hrvatske izrazio slijedeći stav: "Sud ponavlja da je pretpostavka nevinosti upisana u stavu 2 člana 6 jedan od elemenata poštenog krivičnog suđenja koje se traži u stavu 1 (…). U svom relevantnom aspektu član 6 stav 2 ima za cilj spriječiti podrivanje poštenog suđenja izjavama koje prejudiciraju, a date su u bliskoj vezi s postupkom (…). Njime se zabranjuje preuranjeno izražavanje od strane samog suda mišljenja da je osoba "optužena za kazneno djelo" kriva prije nego joj je to dokazano prema zakonu (…) ali također obuhvata i izjave državnih dužnosnika koje ohrabruju javnost da vjeruje da je osumnjičeni kriv i prejudiciraju ocjenu činjenica od strane nadležne sudske vlasti (…)".[24]

Za razliku od člana 6 stav 1 Evropske konvencije, povreda pretpostavke nevinosti se ne ocjenjuje na osnovu postupka u cjelini već kao zaseban procesni nedostatak. Pri tome se naglasak stavlja na frazu o kojoj je riječ kumulativnom analizom sljedećih triju elemenata: a) procesna faza i kontekst u kome je izjava data, b) njena tačna formulacija i c) njeno značenje[25] Izjave kojima se izražava sumnja u vrijeme pretpretresne istrage - ne predstavljaju kršenje pretpostavke nevinosti. Čak i formulacije koje sadrže vrlo eksplicitne izraze kao što je "krivica" i "dokazana" ne moraju predstavljati kršenje člana 6 stav 2 ako u određenom kontekstu, posebno ukoliko nisu bile namijenjene medijima ili javnosti, mogu razumno da znače ukazivanje na nešto drugo – na primjer, kada takva izjava samo ukazuje na to da je tužilac uvjeren da ima dovoljno dokaza na osnovu kojih je moguće preći iz faze istrage u fazu suđenja.[26]

Povredu navedenog prava apelanti vide u činjenici da iz leksičko-sintaksičke konstrukcije citiranih fraza - dijelova rečenica proizlazi zaključak da je Sud BiH uvjeren i to van razumne sumnje da su apelanti počinili krivična djela koja su im stavljena na teret. Ustavni sud zapaža da su apelanti u prilog svojih tvrdnji u apelaciji citirali određene fraze. U odnosu na citirani navod ("nego i sami osumnjičena

[23] Detaljnije Ivičević Karas, Elizabeta (2008). Radnje i mjere procesne prinude radi pribavljanja predmeta za potrebe krivičnog postupka. Zagreb. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, (2), 939−971.
[24] Vidi, Evropski sud, Peša protiv Hrvatske, presuda od 8. aprila 2010. godine, aplikacija broj 40523/08, stav 138.
[25] Vidi, Evropski sud, Daktaras protiv Litvanije, presuda od 10. oktobra 2000. godine, aplikacija broj 42095/98.
[26] Op. cit. Daktaras protiv Litvanije, tač. 41−45.

Š. i G., ali i ostali osumnjičeni koji su u dogovoru i po uputama organizatora, obavljali kriminalne aktivnosti") Ustavni sud uočava da je taj navod sadržan u rečenici koja glasi: "Osumnjičena Š.M. je vlasnica knjigovodstvene firme `Kora fin`, koja je vodila knjigovodstvo za sva pravna lica uključena u vršenje kriminalnih radnji obuhvaćenih predmetnom istragom, a u kojem pravnom licu je bio zaposlen i G.M., te se može osnovano pretpostaviti da im je dostupna određena finansijska dokumentacija za čije uništenje interes imaju ne samo organizatori grupe, članovi porodice I.-L., koji su kako se osnovano sumnja stvarni vlasnici pravnih lica čije poslovanje je predmet ove istrage, nego i sami osumnjičena Š. i G., ali i ostali osumnjičeni koji su u dogovoru i po uputama organizatora, obavljali kriminalne aktivnosti". U odnosu na ostale citirane dijelove rečenica Ustavni sud je izvršio uvid u cjelovite rečenice i odjeljke osporenih rješenja u kojima su sadržane citirane fraze.

U vezi s iznesenim, Ustavni sud primjećuje da je tačna konstatacija apelanata da postoje citirane fraze (kao dijelovi rečenice) u rješenju o određivanju mjere pritvora. Međutim, Ustavni sud, takođe, zapaža da je sud u osporenim rješenjima obrazlagao osnovanu sumnju da su apelanti počinili krivična djela, kao preduslov za određivanje mjere pritvora. Sud nigdje u rješenjima nije naveo bilo kakvu tvrdnju vezanu za apelante a da prije iste nije postojala odrednica "osumnjičeni" i "osnovana sumnja da je ..." ili "kako se osnovano sumnja", iz čega Ustavni sud zaključuje da navedenim izražavanjem Sud BiH nije prejudicirao krivicu apelanata na bilo koji način. Pored toga, Ustavni sud je cijenio i da se konkretni postupak nalazi u fazi istrage, da su citirane fraze sadržane u kontekstu rješenja kojima se utvrđuje osnovana sumnja da su apelanti kao osumnjičeni počinili krivična djela, kao i da osporena rješenja nisu namijenjena medijima i javnosti. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra navode apelanata o povredi prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 2 Evropske konvencije neosnovanim.[27]

4. Pravo na pravično suđenje (Odluka Ustavnog suda o dopustivosti i meritumu, broj AP 3280/13 od 7. oktobra 2014. godine)

U konkretnom slučaju postupak se odnosio na utvrđivanje osnovanosti krivične optužbe protiv apelanta u vezi s izvršenjem krivičnih djela zločina protiv čovječnosti i ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika, pa je član 6 Evropske konvencije svakako primjenjiv. Stoga je Ustavni sud morao preispitati da li je postupak pred redovnim sudovima bio pravičan onako kako zahtijeva član 6 Evropske konvencije.

U vezi s apelantovim navodima kojim suštinski ukazuje na pogrešno utvrđeno činjenično stanje, te pogrešnu primjenu prava, kako materijalnog tako i procesnog, Ustavni sud podsjeća na to da, prema praksi Evropskog suda i Ustavnog suda, zadatak ovih sudova nije da preispituju zaključke redovnih sudova u pogledu činjeničnog

[27] Vidi, Ustavni sud, Odluka AP 580/07 od 24. juna 2009. godine, dostupna na web-stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba.

stanja i primjene materijalnog i procesnog prava.[28] Naime, Ustavni sud nije nadležan da supstituira redovne sudove u procjeni činjenica i dokaza, već je, uopšteno, zadatak redovnih sudova da ocijene činjenice i dokaze koje su izveli.[29] Zadatak Ustavnog suda je da ispita da li su, eventualno, povrijeđena ili zanemarena ustavna prava (pravo na pravično suđenje, pravo na pristup sudu, pravo na djelotvoran pravni lijek i dr.), te da li je primjena zakona bila, eventualno, proizvoljna ili diskriminacijska.

Ustavni sud će se, dakle, izuzetno upustiti u ispitivanje načina na koji su nadležni sudovi utvrđivali činjenice i na tako utvrđene činjenice primijenili pozitivnopravne propise, kada je očigledno da je u određenom postupku došlo do proizvoljnog postupanja redovnog suda kako u postupku utvrđivanja činjenica tako i primjene relevantnih pozitivnopravnih propisa.[30] U kontekstu navedenog, Ustavni sud podsjeća i na to da je u više svojih odluka istakao da očigledna proizvoljnost u primjeni relevantnih propisa nikada ne može voditi ka pravičnom postupku.[31] Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud će u konkretnom slučaju, s obzirom na pitanja koja se apelacijom postavljaju, ispitati da li su osporene odluke zasnovane na pogrešno utvrđenom činjeničnom stanju, odnosno na proizvoljnoj primjeni prava.

Ustavni sud podsjeća na to da je van njegove nadležnosti procjenjivanje kvaliteta zaključaka redovnih sudova u pogledu ocjene dokaza, ukoliko se ova ocjena ne doima očigledno proizvoljnom. Isto tako, Ustavni sud se neće miješati u način na koji su redovni sudovi usvojili dokaze kao dokaznu građu. Ustavni sud se neće miješati u situaciju kada redovni sudovi povjeruju dokazima jedne strane u postupku na osnovu slobodne sudijske ocjene. To je isključivo uloga redovnih sudova, čak i kada su izjave svjedoka na javnoj raspravi i pod zakletvom suprotne jedna drugoj.[32]

U vezi s apelantovim navodima kojim osporava način na koji je optužnica izmijenjena ukazujući, prije svega, na formalni propust Tužilaštva BiH koje na novom aktu nije jasno naznačilo da se radi o izmijenjenoj optužnici, dovodeći apelanta u nedoumicu o postojanju dva optužna akta, da ranija optužnica nije stavljena van snage, a da nova optužnica nije formalno potvrđena, da apelant u takvoj situaciji nije znao od čega se brani, ukazujući i na njenu nerazumljivost, Ustavni sud primjećuje da je identične prigovore apelant iznosio tokom postupka, te da su se oba vijeća Suda BiH bavila ovim pitanjem. Ustavni sud podsjeća na to da je pitanje izmjene optužnice regulisano odredbom člana 275 ZKPBiH. Citirana odredba omogućava tužiocu da izmijeni optužnicu ukoliko ocijeni da se činjenično stanje u optužnici izmijenilo, bez preciziranja na koji se to način radi. Dakle, iz citirane odredbe proizlazi da je neophodno da se izmjena optužnice izvrši na glavnom pretresu, uz mogućnost da se pretres odgodi zbog pripreme odbrane, te uz jasnu naznaku da se ta nova optužnica

[28] Vidi Evropski sud, Pronina protiv Rusije, odluka o dopustivosti od 30. juna 2005. godine, apelacija broj 65167/01.
[29] Vidi Evropski sud, Thomas protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 10. maja 2005. godine, apelacija broj 19354/02.
[30] Vidi Ustavni sud, Odluka broj AP 311/04 od 22. aprila 2005. godine, stav 26.
[31] Vidi Ustavni sud, Odluka broj AP 1293/05 od 12. septembra 2006. godine, tačka 25 i dalje.
[32] Vidi Evropski sud, Doorson protiv Holandije, presuda od 6. marta 1996. godine, objavljena u Izvještajima broj 1996−II, stav 78.

ne potvrđuje. Imajući u vidu sadržaj citirane odredbe, Ustavni sud ne može prihvatiti opravdanim apelantove navode o propustima Tužilaštva BiH prilikom izmjene optužnice u formalnom smislu, a posebno uzme li se u obzir da je Sud BiH postupao prema izmijenjenoj optužnici, da je izmijenjena optužnica dostavljena apelantu i njegovom braniocu, da je apelant imao mogućnost da se u vezi s navodima izmijenjene optužnice izjasni, što je u konkretnom slučaju i učinio, ali na način da svoje prigovore nije konkretizovao da bi ih Sud BiH mogao razmotriti, što apelant u apelaciji i ne dovodi u sumnju. Stoga se i apelantovo pozivanje na nerazumljivost optužnice u kontekstu kršenja člana 148 ZKPBiH, u okolnostima kada apelant ni u apelaciji ove navode nije konkretizovao, niti potkrijepio relevantnim dokazima, čini neosnovanim. Štaviše, upravo je Tužilaštvo BiH, a ne apelant, u prilogu odgovora na apelaciju dostavilo, prema apelantovim tvrdnjama, sporne optužnice, kako bi opovrgnulo apelantove navode usmjerene ka navodnom formalnom propustu prilikom izrade izmijenjene optužnice, odnosno njene nerazumljivosti, što samo po sebi dovoljno govori o neosnovanosti ovih apelantovih navoda.

Ustavni sud primjećuje da je prilikom odlučivanja Sud BiH koristio standarde i praksu iz predmeta Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju i vlastitu praksu, koja je iscrpno elaborirana u obrazloženjima presuda. Prije svega, uočljivo je da su za pitanje postojanja širokog i sistematičnog napada usmjerenog protiv civilnog stanovništva na području Autonomne regije Krajina, te u tom smislu provođenja strateškog plana rukovodstva bosanskih Srba, korištene i rješenjem prihvaćene utvrđene činjenice u predmetu Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju Tužilac protiv Radoslava Brđanina[33], što je u skladu s članom 4 Zakona o ustupanju predmeta od strane Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju Tužilaštvu Bosne i Hercegovine i korištenju dokaza pribavljenih od Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u postupcima pred sudovima u Bosni i Hercegovini.[34]

Ustavni sud podsjeća na to da je slično činjenično i pravno pitanje s aspekta primjene materijalnog prava razmatrao u predmetu broj AP 2789/08[35] u kojoj Ustavni sud nije našao proizvoljnost Suda BiH u primjeni Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine[36] u odnosu na krivično djelo zločina protiv čovječnosti ni sa aspekta garancija člana 6 stav 1 Evropske konvencije, niti s aspekta člana 7 Evropske konvencije. Naime, Ustavni sud je u citiranoj odluci prilikom odlučivanja imao u vidu praksu Evropskog suda iz predmeta Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine[37], kao i Šimšić protiv Bosne i Hercegovine[38] (koju je Sud BiH u konkretnom slučaju također imao u vidu prilikom odlučivanja). U citiranoj odluci je, između ostalog, naglašeno da je Evropski sud u odluci Šimšić protiv Bosne i Hercegovine smatrao irelevantnom činjenicu da zločini protiv čovječnosti nisu predstavljali krivično djelo prema

[33] Broj IT-99-36-T od 1. septembra 2001. godine.
[34] "Službeni glasnik BiH" br. 61/04, 46/06, 53/06 i 76/06.
[35] Vidi Ustavni sud, Odluka broj AP 2789/08 od 28. marta 2014. godine, dostupna na www.ustavnisud.ba.
[36] "Službeni glasnik BiH" br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10 i 47/14.
[37] Apelacije br. 2312/08 i 34179/08, 18. juli 2013. godine.
[38] (Dec.), broj 51552/10, 10. april 2012. godine.

domaćem zakonu tokom rata 1992−1995, s obzirom na to da su ta djela u vrijeme njihovog počinjenja predstavljala krivično djelo prema međunarodnom pravu.

U vezi s apelantovim prigovorima koji se tiču primjene koncepta udruženog zločinačkog poduhvata (UZP), Ustavni sud zapaža je apelaciono vijeće Suda BiH ovom pitanju takođe posvetilo značajnu pažnju, te se u vezi s apelantovim identičnim prigovorima iznesenim u apelaciji detaljno izjasnilo u obrazloženju presude. Naime, apelaciono vijeće je, između ostalog, pojasnilo da UZP predstavlja oblik učešća u izvršenju krivičnog djela, a ne krivično djelo, koji je inkorporiran u odredbe člana 180 Krivičnog zakona BiH, koji je proistekao iz člana 7 stav 1 Statuta Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, pri čemu je običajni status navedenog člana potvrđen u brojnim suđenjima za ratne zločine, počevši od onih iz Drugog svjetskog rata pa nadalje. Apelaciono vijeće je još pojasnilo da je član 7 stav 1 dio Statuta Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju koji predstavlja međunarodni propis, jer je izgrađen u skladu s ovlašćenjima Ujedinjenih nacija. Osim toga, iz obrazloženja proizlazi da je UZP bio dio međunarodnog običajnog prava, te da je u dosadašnjoj praksi Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, kao i praksi Suda BiH, utvrđeno da je krivica za UZP bila dio međunarodnog običajnog prava u vrijeme počinjenja krivičnih djela koja su se desila u periodu april 1992. godine – oktobar 1994. godine. Imajući u vidu okolnosti konkretnog slučaja i dato obrazloženje Suda BiH u kontekstu apelantovih prigovora, koji nisu potkrijepljeni niti jednim relevantnim argumentom, Ustavni sud u datim obrazloženjima zasnovanim na dosadašnjoj praksi Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju i Suda BiH ne vidi bilo kakvu proizvoljnost, te apelantove paušalne prigovore o tome smatra neosnovanim.

Ustavni sud ukazuje na to da pitanje primjene materijalnog prava zavisi od okolnosti svakog predmeta pojedinačno. Te okolnosti zavise od visine izrečene kazne i zaprijećene kazne, odnosno od raspona propisanih kazni prema zakonu koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja krivičnog djela i zakonu na osnovu kojeg je izrečena kazna (Krivični zakon SFRJ[39], odnosno Krivični zakon BiH). U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća na to da je krivično djelo ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika bilo definirano u oba zakona (Krivični zakon SFRJ i Krivični zakon BiH) na identičan način, ali da je raspon zaprijećene kazne različit. Budući da je apelantu u konkretnom slučaju za krivično djelo ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika izrečena kazna zatvora u trajanju od 10 godina, koja prema Krivičnom zakonu BiH predstavlja zakonski minimum zaprijećene kazne za to krivično djelo, Ustavni sud smatra da je i u ovom slučaju od posebne važnosti bilo da se utvrdi koji je zakon blaži (Krivični zakon SFRJ ili Krivični zakon BiH), odnosno povoljniji u pogledu propisane minimalne kazne. Osim toga, Ustavni sud zapaža da je u konkretnom slučaju apelant proglašen krivim da je za radnje precizirane u izreci presude počinio dva krivična djela, te da mu je primjenom relevantnih odredaba o sticaju krivičnog djela iz Krivičnog zakona BiH izrečena jedinstvena kazna zatvora u trajanju od 18 godina zatvora. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud naglašava da je apelaciono vijeće prilikom

[39] "Službeni list SFRJ" br. 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 i 45/90.

primjene materijalnog prava i utvrđivanja blažeg zakona trebalo da vodi računa i o odredbama o sticaju krivičnih djela, te da uporedi član 53 stav 2 tačka b) Krivičnog zakona BiH i član 48 stav 2 tačka 3) Krivičnog zakona SFRJ, kako bi dodatno i sa tog aspekta utvrdilo koji je zakon blaži za apelanta, što je apelaciono vijeće u konkretnom slučaju propustilo učiniti.

U vezi s datim obrazloženjem, Ustavni sud podsjeća na odredbu člana 4 stav 2 Krivičnog zakona BiH koja obavezuje Sud BiH da prilikom odlučivanja primijeni zakon koji je blaži za učinioca, pa stoga dato obrazloženje apelacionog vijeća suštinski ne korespondira s citiranom odredbom. Stoga, Ustavni sud smatra da je apelaciono vijeće, shodno citiranom članu, prilikom primjene materijalnog prava, trebalo eksplicitno da utvrdi koji je zakon blaži za apelanta, u konkretnom slučaju s aspekta zakonskog minimuma zaprijećene kazne, te u pogledu relevantnih odredaba o sticaju krivičnih djela, pa u skladu s nespornim utvrđenjem primijeniti blaži zakon. Ustavni sud zapaža da je izostao ovakav pristup apelacionog vijeća, pri čemu je, u vezi s primjenom materijalnog prava iz člana 175 tač. a) i b) Krivičnog zakona BiH, dato obrazloženje koje ne zadovoljava standarde iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

5. Pravo na pravično suđenje – pretpostavka nevinosti (Odluka Ustavnog suda o dopustivosti i meritumu, broj AP 4319/14 od 18. decembra 2014. godine)

Apelant je naveo da mu je povrijeđeno pravo na pravo na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 Evropske konvencije, te da je došlo do kršenja člana 18 Evropske konvencije u vezi sa čl. 6 i 17 Evropske konvencije. Tvrdi da su tokom samog postupka istrage i podizanja optužnice, te nakon potvrđivanja optužnice protiv apelanta, brojni zvaničnici dali ogroman broj izjava za javnost, kojima su opštu javnost u Bosni i Hercegovini, ali i šire, informisali o svojim stavovima o apelantovom predmetu. Apelant navodi da ono što je mnogo bitnije jeste da je javnost, koja je na taj način upoznata sa viđenjem dokaza i situacije, pa i pravnih propisa koji se tiču događaja za koji se apelant tereti, uključila i sudije koje trebaju nepristrasno suditi u apelantovom predmetu.

U vezi s navedenim, apelant se poziva, između ostalih, na presudu Evropskog suda u predmetu Allenet de Ribemont protiv Francuske u kojoj je navedeno "Sud primjećuje da je u ovom slučaju jedan od najviših rangiranih zvaničnika francuske policije govorio o g. Alenet de Ribemontu bez ikakvih kvalifikacija ili rezervi, kao o podstrekaču ubistva i stoga kao o saučesniku u ubistvu… Ovo je jasno bilo izjašnjenje o krivici podnosioca predstavke koja je, kao prvo, ohrabrila javnost da vjeruje da je kriv i, drugo, prejudicirala ocjenu činjenica od strane kompetentnih sudskih vlasti. Stoga je došlo do kršenja člana 6 stav 2".[40] Apelant se dalje poziva na presudu Evropskog suda u predmetu Peša protiv Hrvatske u kojoj je navedeno da "Sud smatra da su ove izjave od strane javnih funkcionera predstavljale izjavu o krivici

[40] Presuda od 10. februara 1995. godine, stav 41.

podnosioca predstavke i prejudicirale ocjenu činjenica od strane sudske vlasti. S obzirom na to da su funkcioneri o kojima je riječ bili na visokim položajima, oni su trebali postupati s posebnim oprezom u svom izboru riječi za opisivanje krivičnog postupka protiv podnosioca predstavke koji je u toku. Međutim, s obzirom na sadržaj njihovih izjava, kako je to podvučeno u prednjem tekstu, Sud nalazi da su njihove izjave sigurno ohrabrile javnost da vjeruje da je podnosilac zahtjeva kriv prije nego mu je krivica dokazana u skladu sa zakonom. U skladu sa navedenim, Sud nalazi da je došlo do povrede prava podnosioca predstavke da se smatra nevinim. Stoga je došlo do povrede člana 6 stav 2 Konvencije".[41]

Imajući u vidu navedeno, apelant smatra da je usljed izjava zvaničnika, uključujući i glavnog tužioca Tužilaštva BiH, cjelokupna javnost u Bosni i Hercegovini izvrgnuta konstantnom ubjeđivanju u činjenicu da je apelant osoba koja je izvršila krivično djelo, te da, s obzirom na utisak koji se stvara u javnosti u odnosu na njega, više ne može imati pravično suđenje. Na kraju, apelant smatra da je obrazac političkog i medijskog progona, čiji je dio i optužnica Tužilaštva BiH, imala druge, a ne pravne motive. Naime, apelant smatra da je optužnica, koja je potvrđena protiv njega, pripremljena u svrhu odmazde, jer je Državna agencija za istrage i zaštitu, na čijem je čelu apelant, lišila slobode visoko pozicioniranog zvaničnika SDA Š.M., kao i u svrhu sprječavanja drugih istraga koje provodi Državna agencija za istrage i zaštitu.

5.1. Dopustivost u odnosu na član 6 st. 1 i 3 Evropske konvencije

U pogledu apelantovih navoda o kršenju prava iz člana 6 st. 1 i 3 Evropske konvencije, Ustavni sud ukazuje da je krivični postupak protiv apelanta u toku pred Sudom BiH. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da će apelant imati mogućnost da svoje navode u vezi prava koja garantuju st. 1 i 3 člana 6 Evropske konvencije ističe u predmetnom sudskom postupku, te u eventualno podnesenoj apelaciji protiv odluka Suda BiH, ukoliko budu nepovoljne za apelanta. S obzirom na to, Ustavni sud zaključuje da je predmetna apelacija u odnosu na navode o kršenju prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 st. 1 i 3 Evropske konvencije preuranjena.[42]

5.2. Dopustivost u odnosu na član 6 stav 2 Evropske konvencije

U pogledu apelantovih navoda o kršenju člana 6 stav 2 Evropske konvencije, Ustavni sud ukazuje da se član 6 stav 2 Evropske konvencije ne primjenjuje samo na krivične postupke u njihovoj cijelosti, već i na pretpretresni postupak i na vrijeme po okončanju krivičnog postupka, i to bez obzira na fazu postupka, pa čak bez obzira

[41] Presuda od 8. aprila 2010. godine, st. 150 i 151.

[42] Vidi, mutatis mutandis, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti, broj AP 580/07 od 24. juna 2009. godine, tač. 19 i 20, dostupna na web-stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba.

i na njihov ishod.[43] Pri tom, Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud u svojoj praksi ispitivao dopustivost predstavki u kojima su podnosioci predstavki tvrdili da je usljed izjava javnih zvaničnika, koje su date u toku krivičnog postupka protiv podnosioca predstavke ili prije nego je podnosilac predstavke uhapšen i formalno optužen za krivično djelo, te koje su objavljene u medijima, došlo do kršenja njihovog prava na pretpostavku nevinosti.

Tako je Evropski sud u presudi Peša protiv Hrvatske, prilikom ispitivanja dopustivosti predstavke u odnosu na član 6 stav 2 Evropske konvencije, kada je Vlada tvrdila da su prigovori podnosioca predstavke na temelju člana 6 stav 2 Evropske konvencije preuranjeni, jer je krivični postupak protiv podnosioca predstavke još uvijek u toku i on može istaknuti iste prigovore koristeći razna pravna sredstva predviđena domaćim pravom, ukazao da se pravna sredstva, koja su dostupna podnosiocu predstavke u kontekstu krivičnog postupka protiv njega, mogu koristiti u odnosu na presude i druge odluke donesene u tom postupku, a ne u odnosu na izjave koje su dali javni zvaničnici u medijima, pa je predstavku u odnosu na član 6 stav 2 Evropske konvencije proglasio dopustivom.[44] Također, Ustavni sud ukazuje da je Evropski sud u predmetu Ilgar Mammadov protiv Azerbejdžana zaključio da je član 6 stav 2 Evropske konvencije primjenjiv u odnosu na zajedničku izjavu za štampu Ureda Tužilaštva i Ministarstva unutrašnjih poslova koja je objavljena prije nego što je podnosilac predstavke uhapšen i formalno optužen za krivična djela, budući da je jasno da su navodi u izjavi u direktnoj vezi sa krivičnom istragom pokrenutom protiv podnosioca predstavke i drugih lica u vezi sa Ismayilli događajima.[45] Dovodeći u vezu navedeno sa konkretnim predmetom, Ustavni sud zaključuje da je predmetna apelacija u odnosu na člana 6 stav 2 Evropske konvencije dopustiva.

5.3. Meritum

Ustavni sud, prije svega, ukazuje da član 6 stav 2 Evropske konvencije garantuje da se "svako ko je optužen za krivično djelo smatra nevinim dok se njegova krivica po zakonu ne dokaže". Ustavni sud ukazuje da nisu samo sudovi, već i ostali državni organi obavezni da poštuju načelo pretpostavke nevinosti. U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud u predmetu Allenet de Ribemont protiv Francuske, na koji predmet se pozvao i apelant, ukazao da je jedan visoki policijski zvaničnik na konferenciji za štampu, održanoj dok je podnosilac predstavke bio u policijskom pritvoru, ukazao na njega kao na podstrekača ubistva. Evropski sud je smatrao da član 6 stav 2 Evropske konvencije nije važio samo za sudove, već i za druge javne

[43] Vidi Evropski sud, Minelli protiv Švajcarske, presuda od 25. marta 1983. godine, Serija A broj 62, st. 25−41; Ustavni sud, inter alia, Odluka o dopustivosti, broj AP 580/07 od 24. juna 2009. godine i Odluka o dopustivosti, broj AP 3715/09 od 11. februara 2010. godine; dostupne na web-stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba.

[44] Vidi Evropski sud, Peša protiv Hrvatske, predstavka broj 40523/08, presuda od 8. aprila 2010. godine, stav 132.

[45] Vidi Evropski sud, Ilgar Mammadov protiv Azerbejdžana, predstavka broj 15172/13, presuda od 22. maja 2014. godine, stav 121.

vlasti, i to od trenutka kad je podnosilac predstavke bio "optužen za krivično djelo". Izjava o krivici koju je dao policajac bez ikakvih kvalifikacija ili rezervi - podstakla je javnost da povjeruje da je podnosilac predstavke kriv i prije nego što je nadležni sud procijenio sve činjenice. Utvrđeno je da je time prekršeno načelo pretpostavke nevinosti i da to nije moglo biti ispravljeno činjenicom da je sudija kasnije oslobodio podnosioca predstavke zbog nedostatka dokaza.[46]

Ustavni sud dalje podsjeća da je Evropski sud u predmetu Matijašević protiv Srbije ukazao da će pretpostavka nevinosti po članu 6 stav 2 Evropske konvencije biti povrijeđena ako sudska odluka ili, čak, izjava zvaničnika koja se odnosi na lice koje je optuženo za krivično djelo, odražava mišljenje da je krivo prije nego što se njegova krivica dokaže po zakonu. Dovoljno je da, u odsustvu zvanične odluke, postoji određeno mišljenje koje ukazuje da sud ili zvaničnik u pitanju smatra optuženog krivim.[47] Pri tom, Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud ukazao da "javni zvaničnik" ne mora biti već izabrani predstavnik ili službenik državnih organa u predmetnom vremenu. Taj pojam može obuhvatiti i lica koja imaju poznat i priznat položaj u javnosti, bilo da su na nekom važnom javnom položaju ili da su imali takav položaj ili da se kandiduju za dužnost izabranog predstavnika.[48]

Ustavni sud dalje podsjeća da je Evropski sud u presudi Peša protiv Hrvatske, na koju se pozvao i apelant, u st. 138−141 ukazao na osnovne principe prava na pretpostavku nevinosti iz člana 6 stav 2 Evropske konvencije. Naime, Evropski sud je ukazao, između ostalog, da član 6 stav 2 Evropske konvencije u svom relevantnom aspektu ima za cilj spriječiti podrivanje pravičnog suđenja izjavama koje prejudiciraju, a koje su date u bliskoj vezi sa postupkom. Njime se zabranjuje preuranjeno izražavanje od strane samoga suda mišljenja da je osoba "optužena za krivično djelo" kriva prije nego joj je to dokazano prema zakonu, ali takođe obuhvata i izjave državnih zvaničnika koje ohrabruju javnost da vjeruje da je osumnjičeni kriv i prejudiciraju ocjenu činjenica od strane nadležne sudske vlasti.[49] Evropski sud je dalje ukazao da sloboda izražavanja, zajemčena članom 10 Evropske konvencije, uključuje slobodu primati i davati informacije. Stoga, član 6 stav 2 ne može spriječiti vlasti da informišu javnost o krivičnim istragama koje su u toku, ali traži da to čine uz svu potrebnu diskreciju i oprez, ako će biti poštovana pretpostavka nevinosti.[50]

Takođe, Evropski sud je ukazao da se treba učiniti temeljno razlikovanje između izjave da je neko tek osumnjičen za počinjenje krivičnog djela i jasne izjave, dok nema pravnosnažne osude, da je pojedinac počinio krivično djelo o kojemu

[46] Vidi Evropski sud, Allenet de Ribemont protiv Francuske, predstavka broj 15175/89, presuda od 10. februara 1995. godine.

[47] Vidi Evropski sud, Matijašević protiv Srbije, predstavka broj 23037/04, presuda od 19. septembra 2006. godine, stav 45.

[48] Vidi Evropski sud, Kouzmin protiv Rusije, predstavka broj 58939/00, presuda od 18. marta 2010. godine, st. 59−69.

[49] Vidi citirani predmet Allenet de Ribemont, stav 41 i predmete Daktaras protiv Litvanije, broj 42095/98, st. 41−43, ECHR 2000−X i Butkevičius protiv Litvanije, broj 48297/99, stav 49., ECHR 2002−II.

[50] Vidi citirani predmet Allenet de Ribemont, stav 38 i predmet Karakaş i Yeşilırmak protiv Turske, broj 43925/98, stav 50, od 28. juna 2005. godine.

je riječ. Evropski sud je naveo da je dosljedno naglašavao važnost biranja riječi od strane javnih zvaničnika u njihovim izjavama prije nego je nekoj osobi suđeno i ta osoba oglašena krivom za neko određeno krivično djelo.[51] Takođe je naglasio važnost poštovanja pretpostavke nevinosti tokom konferencije za štampu od strane državnih zvaničnika.[52] Evropski sud je ukazao da, ipak, pitanje predstavlja li neka izjava javnog dužnosnika povredu načela pretpostavke nevinosti - mora biti utvrđeno u kontekstu konkretnih okolnosti u kojima je data pobijana izjava.[53] Evropski sud je ukazao da u svakom slučaju izražena mišljenja ne mogu predstavljati izjave od strane javnog zvaničnika o tome da je podnosilac predstavke kriv, što bi ohrabrilo javnost da vjeruje da je on kriv i prejudiciralo ocjenu činjenica od strane nadležne sudske vlasti.[54]

Ustavni sud zapaža da je Evropski sud, primjenjujući navedene principe na predmet podnosioca predstavke (Peša protiv Hrvatske), zaključio da su izjave koje su date od strane javnih zvaničnika (direktora policije, glavnog državnog tužioca, predsjednika Vlade i predsjednika Republike) predstavljale izjavu o krivici podnosioca predstavke i prejudicirale ocjenu činjenica od strane nadležne sudske vlasti. Evropski sud je naveo da budući da su zvaničnici o kojima je riječ bili na visokim položajima, oni su trebali postupati s posebnim oprezom u svom izboru riječi za opisivanje krivičnog postupka protiv podnosioca predstavke koji je u toku. Međutim, s obzirom na sadržaj njihovih izjava, kako je to naglašeno u prednjem tekstu, Evropski sud je zaključio da su njihove izjave sigurno ohrabrile javnost da vjeruje da je podnosilac predstavke kriv prije nego mu je krivica dokazana u skladu sa zakonom. U skladu sa navedenim, Evropski sud je zaključio da je došlo do povrede prava podnosioca predstavke da se smatra nevinim, te je stoga došlo do povrede člana 6 stav 2 Evropske konvencije.[55]

Takođe, Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud u citiranoj presudi Ilgar Mammadov protiv Azerbejdžana ukazao da u tom predmetu osporeni navodi nisu dati unutar okvira krivičnog postupka, nego kao dio zajedničke izjave za štampu Tužilaštva i Ministarstva unutrašnjih poslova namijenjene javnosti. Evropski sud je naveo da je uzeo u obzir podnesak Vlade da je svrha osporene izjave da informiše javnost o koracima koje su preduzeli vlasti u vezi sa Ismayilli događajima, a naročito da je njihova namjera da istraže umiješanost podnosioca predstavke u te događaje. Međutim, po mišljenju Evropskog suda, izjava, uzeta u cjelini, nije data s neophodnom diskrecijom i pažnjom. Naime, iako su vlasti na kraju relevantnog stava naveli da će radnje podnosioca predstavke "biti detaljno istražene i biti pravno okvalifikovane", ta izjava je negirana prethodnom jasnom izjavom, u istoj rečenici, da su te radnje podnosioca predstavke bile "nezakonite". Nadalje, navodeći u istom stavu da

[51] Vidi citirani predmet Daktaras i predmete Böhmer protiv Njemačke, broj 37568/97, st. 54 i 56, od 3. oktobra 2002. godine i Nešťák protiv Slovačke, broj 65559/01, st. 88 i 89, od 27. februara 2007. godine.
[52] Vidi citirani predmet Butkevičius, st. 50−52 i predmete Lavents protiv Letonije, broj 58442/00, stav 122, od 28. novembra 2002. godine i Y.B. i drugi protiv Turske, br. 48173/99 i 48319/99, st. 49 i 51, od 28. oktobra 2004. godine.
[53] Vidi predmet Adolf protiv Austrije, 26. marta 1982. godine, st. 36−41, Serija A broj 49.
[54] Vidi citirani predmet Butkevičius, stav 53.
[55] Stavovi 150 i 151 presude Peša protiv Hrvatske.

je "utvrđeno da je…(podnosilac predstavke) ….apelovao na lokalne stanovnike… kao što su pozivi da se odupiru policiji, da ne poštuju službena lica i blokiraju ceste", Evropski sud je ukazao da su time vlasti u suštini prejudicirale ocjenu činjenica od strane suda. Evropski sud je zaključio da je, kao takva, osporena izjava samo mogla uvjeriti javnost da je podnosilac predstavke kriv prije nego što je i dokazana njegova krivica prema zakonu, te da je stoga došlo do povrede člana 6 stav 2 Evropske konvencije.[56]

Imajući u vidu navedenu praksu Evropskog suda, Ustavni sud je u konkretnom slučaju, primjenjujući osnovne principe prava na pretpostavku nevinosti iz člana 6 stav 2 Evropske konvencije, ispitao da li je usljed izjava javnih zvaničnika, na koje apelant ukazuje u predmetnoj apelaciji, došlo do kršenja apelantovog prava garantovanog članom 6 stav 2 Evropske konvencije. Ustavni sud zapaža da su nakon događaja od 7. februara 2014. godine u Sarajevu (kada je zapaljena zgrada Predsjedništva Bosne i Hercegovine, a povodom kojeg događaja se trenutno vodi krivični postupka protiv apelanta pred Sudom BiH zbog krivičnog djela – nesavjestan rad u službi iz člana 224 stav 2 u vezi sa stavom 1 Krivičnog zakona BiH), pojedini javni zvaničnici davali izjave u medijima koje se su odnosile na apelanta.

Ustavni sud, prije svega, ukazuje da je apelant u prilogu apelacije dostavio video snimke i fotokopije novinskih članaka na koje je ukazao u predmetnoj apelaciji, te u koje je Ustavni sud, prilikom razmatranja apelacionih navoda, izvršio uvid. U konkretnom slučaju, Ustavni sud zapaža da je direktor Federalne uprave policije, u centralnom dnevniku "Face" televizije od 16. februara 2014. godine, na pitanje novinara: "Smatrate da je G.Z. odgovoran?", odgovorio: "Apsolutno, apsolutno. Čak ja mislim da tu ima i krivične odgovornosti". U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je, u smislu prakse Evropskog suda, potrebno da se, čak i prije nego je pokrenut krivični postupak protiv određene osobe, ne daju nikakvi javni navodi koji bi se mogli tumačiti kao da, po mišljenju određenih važnih javnih zvaničnika, potvrđuju krivicu tog lica.[57] Međutim, iz navedene izjave direktora Federalne uprave policije proizlazi da je apelant "krivično odgovoran" u vezi predmetnog događaja, iako u tom trenutku nije bio ni pokrenut krivični postupak protiv apelanta, čime je prejudicirao ocjenu činjenica u vezi predmetnog događaja od strane nadležne sudske vlasti.

Ustavni sud dalje zapaža da je sedmični magazin "Dani" (27. februara 2014. godine) objavio izjavu Š.M., poslanika u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine, u kojoj je, između ostalog, navedeno: "Ukoliko bude pravde u BiH, Z. će završiti u zatvoru." Ustavni sud ukazuje da iz navedene izjave proizlazi da je davalac izjave siguran da je apelant kriv, te da će kao takav završiti u zatvoru "ukoliko bude pravde". Po mišljenju Ustavnog suda, ova izjava nesumnjivo predstavlja izjavu o apelantovoj "krivici" u vezi predmetnog događaja, koja je prejudicirala ocjenu "apelantove krivične odgovornosti" od strane nadležne sudske vlasti.

Takođe, Ustavni sud zapaža da je dnevni list "Oslobođenje" 27. avgusta 2014. godine objavio tekst u vezi B.I., člana Predsjedništva Bosne i Hercegovine: "Go-

[56] Stavovi 127 i 128 presude Ilgar Mammadov protiv Azerbejdžana.
[57] Vidi, mutatis mutandis, citirani predmet Butkevičius, stav 51.

voreći o potrebnom jačanju državnih institucija, naveo je da Državna agencija za istrage i zaštitu (SIPA), odnosno njen čelnik G.Z., nije adekvatno reagovao kad je prilikom građanskog bunta u februaru gorjela zgrada državnog Predsjedništva. - Mi ćemo njega poslati vjerovatno u zatvor, kao što smo smijenili "ministra za (ne)sigurnost" - rekao je." U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da iz navedenog proizlazi da davalac izjave smatra da apelant "nije adekvatno reagovao" u predmetnoj situaciji, iako o tome tek treba da odluči nadležni sud u krivičnom postupku koji se vodi protiv apelanta, čime je prejudicirao ocjenu činjenica od strane nadležnog suda. Također, Ustavni sud ukazuje da iz izjave "Mi ćemo njega poslati vjerovatno u zatvor kao što smo smijenili `ministra za (ne)sigurnost` ", proizlazi da je apelant "vjerovatno kriv", što opet predstavlja prejudiciranje ocjene u pogledu apelantove "krivične odgovornosti" od strane nadležnog suda.

Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da su navedene izjave direktora Federalne uprave policije, Š.M. - poslanika u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine i B.I. - člana Predsjedništva Bosne i Hercegovine predstavljale izjavu o apelantovoj "krivici", te da su kao takve prejudicirale ocjenu činjenica od strane nadležne sudske vlasti. Ustavni sud, podržavajući praksu Evropskog suda povodom tog pitanja, smatra da su navedeni javni zvaničnici, prilikom davanja svojih izjava, trebali postupati s posebnim oprezom u svom izboru riječi za opisivanje apelantove krivice u vezi predmetnog događaja. Međutim, s obzirom na sadržaj njihovih izjava, Ustavni sud smatra da su te izjave, kako to osnovano navodi i apelant, ohrabrile javnost da vjeruje da je apelant kriv prije nego što je i dokazana njegova krivica u skladu sa zakonom. Stoga, Ustavni sud smatra da je, usljed izjava navedenih javnih zvaničnika, došlo do povrede apelantovog prava iz člana 6 stav 2 Evropske konvencije.

S obzirom na zaključak Ustavnog suda u pogledu kršenja apelantovog prava iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 2 Evropske konvencije, Ustavni sud smatra za potrebno ukazati da je Sud BiH, pred kojim se vodi predmetni krivični postupak protiv apelanta, dužan da sa posebnom pažnjom vodi predmetni postupak kako bi se u daljnjem postupku utvrđivanja "krivične optužbe" - u potpunosti obezbijedilo poštovanje ovog apelantovog prava.

U smislu člana 74 Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud može u odluci kojom usvaja apelaciju odrediti naknadu nematerijalne štete, koja se, u smislu stava 2 navedenog člana, određuje na osnovu pravednosti, uzimajući u obzir standarde koji proizilaze iz prakse Ustavnog suda. Međutim, određivanje naknade nematerijalne štete zbog utvrđene povrede određenih ustavnih prava predstavlja izuzetak, a ne pravilo, te imajući u vidu da Ustavni sud za razliku od postupka pred redovnim sudovima naknadu nematerijalne štete određuje u posebnim slučajevima kršenja zagarantovanih ljudskih prava i osnovnih sloboda, Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju za apelanta adekvatna satisfakcija utvrđivanje kršenja ustavnog prava, i to u fazi kada krivični postupak protiv apelanta još uvijek traje, odnosno nije okončan, čime je blagovremeno ukazano na kršenje apelantovog prava na pretpostavku nevinosti, te spriječene eventualne negativne posljedice kršenja navedenog prava.

6. Pravo na imovinu (naknada štete zbog neosnovanog lišavanja slobode)

Prilikom razmatranja da li je došlo do povrede apelantovog prava na imovinu, Ustavni sud najprije mora utvrditi je li apelant titular prava koja spadaju u obim zaštite člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. U konkretnom slučaju (AP 941/10 od 16. maja 2013. godine) predmet spora bilo je utvrđivanje naknade štete apelantu radi neosnovanog lišavanja slobode.

U vezi s tim, Ustavni sud ističe da je Evropski sud naveo u više navrata da koncept "imovine" u članu 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju ima autonomno značenje, koje nesumnjivo nije ograničeno na vlasništvo na fizičkim stvarima: određena druga prava i interesi koji čine imovinu svakako se mogu smatrati "imovinskim pravima" i na taj način "imovinom" u smislu ove odredbe.[58] Takođe, prema postojećem običajnom pravu, "posjed" može biti postojeći posjed ili vrijedna imovina, uključujući i odštetne zahtjeve u pogledu kojih podnosilac tužbe može obrazložiti da ima bar "legitimno očekivanje" da će ono biti realizovano.[59] Stoga, Ustavni sud u okolnostima konkretnog slučaja smatra da pravo na naknadu štete radi neosnovanog lišavanja slobode, za koje apelant tvrdi da mu je osporenom presudom uskraćeno, predstavlja njegovo legitimno očekivanje da mu se u smislu relevantnih odredaba ZKFBiH nadoknadi štete prouzrokovana dužim boravkom u zatvoru, te stoga predstavlja imovinu u smislu značenja odredaba Evropske konvencije i uživa zaštitu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Ustavni sud podsjeća na svoje ranije odluke i jurisprudenciju Evropskog suda kojima je utvrđeno da član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju sadrži tri različita pravila. Prvo pravilo, koje se nalazi u prvoj rečenici prvog stava, jeste opšte prirode i izražava načelo mirnog uživanja u imovini. Drugo pravilo, sadržano u drugoj rečenici istog stava, određuje da se lišavanje imovine može desiti pod određenim uslovima. Treće pravilo, sadržano u stavu dva istog člana, dopušta da države potpisnice imaju pravo, između ostalog, da kontrolišu korištenje imovine u skladu s opštim interesom. Sva tri navedena pravila nisu nepovezana i u međusobnoj kontradikciji, a drugo i treće pravilo se odnose na određene slučajeve miješanja države u pravo na mirno uživanje imovine.[60]

Nakon što je utvrdio da je apelant titular prava koje je zaštićeno članom II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i članom 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju,

[58] Vidi Evropski sud, Iatridis protiv Grčke, presuda od 25. marta 1999, Izvještaji o presudama i odlukama 1999−II, strana 96, tačka 54.

[59] Vidi Evropski sud, Jantner protiv Slovačke, presuda od 4. marta 2003. godine, aplikacija broj 39050/97, stav 27; Pressos Compania Naviera S.A. i drugi protiv Belgije, presuda od 20. novembra 1995. godine, serija A broj 332, str. 19−24.

[60] Vidi Evropski sud, Holy Monasteries protiv Grčke, presuda od 9. decembra 1994. godine, serija A, broj 301−A, str. 29, stav 51.

Ustavni sud je trebao utvrditi da li je došlo do miješanja u apelantovu imovinu, te pod koje se pravilo takvo miješanje može podvesti. U konkretnom slučaju Ustavni sud smatra da osporena presuda Vrhovnog suda, Federacije BiH kojom je odbijen apelantov zahtjev za naknadu štete zbog neosnovanog lišavanja slobode, nesumnjivo predstavlja miješanje u apelantovu imovinu, a takvo miješanje može se podvesti pod prvo pravilo koje izražava princip mirnog uživanja imovine.

Ustavni sud je morao, kao sljedeće, ispitati da li je lišavanje apelanta prava na naknadu štete (utvrđeno je da apelant nema prava na naknadu štete, jer nije bio neosnovano lišen slobode) bilo opravdano. To može biti slučaj samo ako je lišavanje imovine (a) predviđeno zakonom, (b) u javnom interesu i (c) u skladu s načelom proporcionalnosti.

Apelant tvrdi da mu je povrijeđeno pravo na imovinu zbog toga što je Vrhovni sud pogrešno primijenio materijalno pravo kada je odbio njegov tužbeni zahtjev za naknadu štete. Naime, apelant smatra da je na njegov slučaj trebalo primijeniti odredbu člana 527 stav 1 tačka 2 ZKFBiH i da navedenom odredbom nije propisan uslov koji je naveden u osporenoj presudi (prekvalifikacija krivičnog djela u ponovnom postupku i osuda na kraću kaznu zatvora).

Imajući u vidu navedene principe, Ustavni sud u konkretnom slučaju, prije svega, konstatuje da je u toku postupka utvrđeno, što je i obrazloženo presudom redovnog suda, da je apelant pravnosnažnom presudom osuđen na kaznu zatvora u trajanju od pet godina, te da je nakon ponavljanja krivičnog postupka u drugom stepenu izvršena prekvalifikacija krivičnog djela i apelant osuđen na kaznu zatvora u kraćem trajanju, tj. u trajanju od dvije godine. Zatim, u postupku je nesporno utvrđeno da se apelant nalazio na izdržavanju kazne zatvora u periodu od 2. jula 1996. do 2. avgusta 2000. godine. Na osnovu navedenog, Opštinski sud je zaključio da je apelant bio lišen slobode dvije godine i mjesec dana (760 dana) duže nego što je osuđen presudom donesenom u ponovnom postupku i stoga mu pripada pravo na naknadu štete u skladu s članom 527 stav 1 tačka 2 ZKFBiH. Navedeni zaključak prvostepenog suda potvrdio je i Kantonalni sud, te je svojom presudom snizio iznos naknade štete koja je apelantu dosuđena. Nasuprot tome, Vrhovni sud je preinačio obje presude nižestepenih sudova, smatrajući da je pogrešno primijenjeno materijalno pravo - član 541 Zakona o krivičnom postupku Republike BiH[61], odnosno član 527 ZKFBiH. Razloge za navedeno Vrhovni sud vidi u tome što u konkretnom slučaju nije bilo neosnovanog lišavanja slobode jer je apelant u spornom periodu bio lišen slobode na osnovu pravnosnažne presude. Dalje, Vrhovni sud se pozvao na stav sudske prakse prema kojoj se smatra da u situaciji kakva je konkretna (u postupku po vanrednom pravnom lijeku - ponavljanje postupka dođe do prekvalifikacije krivičnog djela na blaže i osude na kaznu zatvora u kraćem trajanju), osuđeno lice nema pravo na naknadu štete i da zapravo u tom slučaju nema neosnovanog lišavanja slobode.

Međutim, Ustavni sud, suprotno stavu iznesenom u obrazloženju presude Vrhovnog suda, zapaža da je odredbom člana 523 ZKFBiH (kao i člana 541 Zakona

[61] Zakon o krivičnom postupku ("Službeni list SFRJ" br. 4/77, 13/85, 36/77, 26/86, 74/87, 57/89 i 3/90), preuzet kao zakon Republike Bosne i Hercegovine - Uredbom sa zakonskom snagom o preuzimanju Zakona o krivičnom postupku ("Službeni list SRBiH" br. 2/92, 6/92, 9/92, 13/94 i 33/95).

o krivičnom postupku Republike BiH) propisano pravo na naknadu štete zbog neopravdane osude, te je odredbom člana 527 stav 1 tačka 2 ZKFBiH (kao i člana 545 stav 1 tačka 2 Zakona o krivičnom postupku Republike BiH) propisano da pravo na naknadu štete pripada i osobi koja je izdržavala kaznu lišavanja slobode, a povodom ponavljanja krivičnog postupka ili zahtjeva za zaštitu zakonitosti izrečena joj je kazna lišavanja slobode u kraćem trajanju od kazne koju je izdržala […]. Dakle, odredba člana 527 stav 1 tačka 2 ZKFBiH se odnosi na situaciju u kojoj je ponovljen postupak po vanrednom pravnom lijeku i u ponovnom postupku donesena osuđujuća presuda i izrečena kazna zatvora u kraćem trajanju. Ustavni sud zapaža da jezičkim tumačenjem navedene odredbe proizlazi da osnov za naknadu štete po ovoj zakonskoj odredbi nije neopravdana osuda, nego okolnost da se radi o situaciji u kojoj je, dakle, lice i u ponovnom postupku proglašeno krivim i izrečena mu je kazna lišavanja slobode, ali je to lice po presudi donesenoj u prethodnom (prvobitnom) postupku bilo duže lišeno slobode u odnosu na kaznu lišavanja slobode koja je izrečena u ponovnom postupku. Pri tom, zakonodavac nije postavio bilo kakav uslov koji bi se odnosio na razloge zbog kojih je izrečena kazna lišavanja slobode u kraćem trajanju (u smislu prekvalifikacije djela ili ispunjavanja eventualno nekih drugih uslova).

Dovodeći u vezu navedenu odredbu u kontekst činjenica konkretnog predmeta, Ustavni sud podsjeća da je u postupcima pred redovnim sudovima nesporno utvrđeno da je apelantu u ponovnom postupku izrečena kazna zatvora u kraćem trajanju i da je u zatvoru proveo dvije godine i mjesec dana (760 dana) duže od onog lišavanja slobode na koje je u konačnici osuđen presudom Vrhovnog suda donesenom u ponovnom postupku. Međutim, u osporenoj presudi Vrhovni sud je zaključio da se na apelantov slučaj ne može primijeniti odredba člana 527 ZKFBiH zbog toga što u konkretnom slučaju nije bilo neosnovanog lišavanja slobode, s obzirom da je u ponovnom postupku izvršena prekvalifikacija krivičnog djela i apelant osuđen na kaznu zatvora u kraćem trajanju. Ustavni sud zapaža da se Vrhovni sud, obrazlažući svoju odluku o odbijanju apelantovog zahtjeva za naknadu štete, pozvao na stanovište sudske prakse, pri čemu ovaj svoj stav nije temeljio na bilo kojoj drugoj odredbi ZKFBiH. Stoga, iako je tumačenje i primjena zakonskih odredaba, u principu, stvar redovnih sudova, Ustavni sud smatra da, u okolnostima konkretnog slučaja, Vrhovni sud ne može svojim tumačenjem ići preko nečega što zakon izričito propisuje (pravo na naknadu štete i osobama koje su bile na izdržavanju kazne lišavanja slobode, a u ponovnom postupku izrečena im je kazna lišavanja slobode u kraćem trajanju od kazne koju je izdržala).

Stoga, Ustavni sud zaključuje da je u konkretnom slučaju Vrhovni sud proizvoljno primijenio materijalno pravo, konkretno odredbu člana 527 stav 1 tačka 2 ZKFBiH kada je odbio apelantov tužbeni zahtjev za naknadu štete. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da osporena odluka Vrhovnog suda ne zadovoljava standard zakonitog miješanja u apelantovo pravo na imovinu. Zbog navedenog, Ustavni sud smatra da je povrijeđeno apelantovo pravo na imovinu iz člana II/3k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

7. Zaključak

Odluke Ustavnog suda i u krivičnopravnoj materiji imaju veliki značaj u prilagođavanju standarda nacionalnog krivičnog procesnog modela s Ustavom Bosne i Hercegovine i Evropskom konvencijom. Tim odluka se dodatno normativno konsoliduje krivični postupak i izgrađuje jedinstvena sudska i tužilačka praksa. Dalje zakonodavne reforme biće uslovljene i praksom Evropskog suda i novim međunarodnim obavezama Bosne i Hercegovine.

LITERATURA

1. Ademović, N., Marko, J., Marković, G. (2012). Ustavno pravo Bosne i Hercegovine. Sarajevo: Fondacija Konrad Adenauer, Predstavništvo u Bosni i Hercegovini.
2. Akhil. R. A. (1997). The Constitution and Criminal Procedure: First principles. Yale University Press.
3. Banović, D., Muharemović, S., Kapo, Dž. (2014). Jačanje kapaciteta Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Kako poboljšati primjenu i izvršavanje odluka? Sarajevo: Centre for Political Studies - Centar za političke studije.
4. Batistić - Kos, V. (2012). Pozitivne obaveze prema Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Zagreb: Narodne novine.
5. Bayer, V. (1972). Jugoslovensko krivično procesno pravo, knjiga druga: Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku. Zagreb: "Školska knjiga".
6. Dimitrijević, V, Paunović, M. u saradnji sa Đerić, V. (1997). Ljudska prava. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.
7. Đurđević, Z. (2011). Uvod. U: Zbirka zakona iz kaznenog procesnog prava, Pravni fakultet Univerziteta u Zagrebu, XVIII.
8. Emanuel, S. L.(2007). Criminal Evidence. Aspen: Aspen Publishers Aspen.
9. Harris, D., O'Boyle, M., Colin, W. (2009). Law of the European Convention on Human Rights. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths.
10. Jacobs, White, R. and Ovey, C. (2010). The European Convention on human rights. Oxford: Oxford University Press, Fifth edition.
11. Krapac, D. (2010). Krivično procesno pravo, Institucije, knjiga I, četvrto izdanje. Zagreb: "Narodne novine".
12. Nowak, M. (2005). UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary. Kehl am Rein: NP Engel.
13. Omejec, J. (2002). Pravni učinci ustavnosudske kontrole zakona i drugih papira. U: I. Crnić, N. Filipović, Ustav kao jemac načela pravne države, Zagreb: Organizator

14. Pfeiffer, G. (2003). Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung. München: C. H. Beck.
15. Roxin, C. (2006). Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4, München: C.H. Beck.
16. Tomašević, G., Krapac, D., Glušić, S. (2005). Krivično procesno pravo. Zagreb: Narodne novine d.d.
17. Škulić, M. (2010). Krivično procesno pravo, drugo izdanje. Beograd: Pravni fakultet i "Službeni glasnik".
18. Wierda, M. (2003). International Criminal Evidence: New Directions, The Law and Practice of International Courts nad Tribunals, Vol. 3.

Academician Miodrag N. Simović, Vice-President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka, Corresponding Member of the Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina, Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences and Member of the European Academy of Sciences and Arts
Assistant Professor Vladimir M. Simović, Prosecutor of the Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina and Faculty for Security and Protection Independent University in Banja Luka

DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA ON COMPLIANCE BETWEEN LAW ON CRIMINAL PROCEEDINGS AND CONSTITUTION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND THE LATEST PRACTICE OF THE COURT IN CRIMINAL MATTERS

Summary

The paper analyses meaning, content and legal effect of recent decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina that settled a compliance of a provision of the Law on Criminal proceedings of Federation of Bosnia and Hercegovina with the Constitution of Bosnia and Herzegovina. Second part of the paper gives, among other things, overview of the latest practice of Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in regards to rights to personal liberty and security (existence of a reasonable doubt as a general condition when determining confinement and standards in respect to distinct confinement reasons prescribed by Article 5 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms), right to a fair trial (establishing grounds for criminal accusation against the appellant in regards to committing criminal acts crime against humanity and war crime against war prisoners and assumption of innocence) and right to a property (restitution of damages due to a groundless deprivation of liberty). In these, as well as in the other decisions,

especially in those where violation of constitutional rights of appellants were being decided, Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina gives a significant contribution in constitutionalisation of Criminal process law in Bosnia and Herzegovina.

Keywords: the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the criminal proceedings, the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the right to liberty and security, the right to a fair trial.

Проф. др Станко Бејатовић[1]

КАЗНЕНА ПОЛИТИКА И РЕФОРМА КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ (ДОСЛЕДНОСТ ИЛИ НЕ)

Резиме

Две групе питања чине садржај рада. Прва је посвећена анализи основних карактеристика законодавне казнене политика у досадашњем процесу реформе српског кривичног процесног законодавства. Основни закључак ове анализе је "лутање" законодавца у изналажењу решења која би била у функцији прокламованих циљева реформе и одсуство јасне политике законодавца у раду на тако дугом процесну реформе српског кривичног процесног законодавства, што само по себи и те како утиче и на ефикасност борбе против криминалитета схваћене у њеном квалитативном и квантитативном значењу као кључном циљу реформе. Друга група питања посвећена је стручно-критичкој анализи појединих резултата досадашње казнене политике на реформи српског кривичног процесног законодавства као разлога неопходности наставка рада на реформи. Међу не малим бројем питања анализираних у оквире ове групе посебно се истичу она која се тичу: Начела суђења у разумном року; Начела истине, односно проблематике доказивања у кривичном поступку уопште; Ширења могућности употребе начела опортунитета кривичног гоњења; Промене процесног положаја кључних процесних субјеката; Промене концепта истраге; Ширења могућности закључења споразум о признању кривичног дела као репрезентативне форме поједностављеног поступања у кривичним стварима; Унакрсног испитивања; Видова испитивања сведока на главном претресу; Завршних речи ; Ширења поља примене одредаба о скраћеном кривичном поступку; Захтева за заштиту законитости (посебног његових титулара) и сл.

Кључне речи: *Казнена политика, реформа, кривично процесно законодавство, Србија, ЗКП, начела кривичног поступка, суд, тужилац, окривљени,*

[1] *Редовни проф.Правног факултета у Крагујевцу и председник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу*

унакрсно испитивање, концепт истраге, правни лекови, скраћени кривични поступак, споразум о признању кривичног дела, завршне речи, опортунитет.

1. Казнена политика и досадашњи процес реформе српског кривичног процесног законодавства (Основне карактеристике)

Процес реформе српског кривичног процесног законодавства започет је доношењем Законика о кривичном поступку СРЈ из 2001. год.[2] Ступањем на снагу овог законског текста (29. март 2002.год[3].) престао је да важи Закон о кривичном поступку СФРЈ из 1977. год.,[4] а последњи резултат досадашњег преко десет година дугог процеса реформе је Законик о кривичном поступку из 2011.год.[5]. Према ставу главних креатора овог законског пројекта доношењем овог законског текста процес реформе српског кривичног процесног законодавства је завршен[6]. Подсећања ради истакнимо Законик је донесен у септембру месецу 2011. год., почео је, после више одлагања, са применом октобра месеца 2013. год[7]. Изузетак су поступци за кривична дела организованог криминала или ратних злочина који се воде пред посебним одељењима надлежног суда у којима је примена овог законског текста почела 15. јануара 2012. год[8]. Међутим, у међувремену (и пре почетка његове целовите примене) Законик је четири пута мења. Уз све ово, у међувремену (септембра месеца 2012. год.) покренут је и званичан поступак на изради Закона о изменама и допунама ЗКП и његов Нацрт смо добили већ крајем 2012. год. са изузетно обимним предлогом измена и допуна[9]. Међутим, од истих се одустало. Надајмо се не дефинитивно. Све ово само по себи више него јасно говори не само о актуелности, сложености процеса реформе кривичног процесног законодавства Србије већ и о" лутању" закондавца у изналажењу решења која су у функцији основног циља реформе као целине, односно више него јасно говори и о непостојању јасне законодавне политике када је реч о овом законском пројекту[10]. Обзиром на све ово мора се, по ко зна који пут, поставити и питање: Да ли је доношењем ЗКП 2011. год. процес реформе српског

[2] "Сл.лист СРЈ", бр. 70/2001,68 /2002 и "Сл.гласник РС", бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2007 и 20/2009

[3] Бејатовић,С.-Радуловић,Д.,Законик о кривичном поступку (Са објашњењима, упуствима за практичну примену и регистром појмова), Култура, Београд, 2002.год., стр.364.

[4] "Сл.лист СФРЈ", бр. 4/77, 14/85, 74/87, 57/89 и 3/90 и "Сл.лист СРЈ", бр.27/92 и 24/94

[5] "Сл.гласник РС", бр.72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013 и 55/2014

[6] Илић,Г., Кривично процесно законодавство Републике Србије и стандарди Европске уније, Збор. "Кривично законодавство и стандарди Европске уније", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу,Београд, 2010, стр. 23-41

[7] Види: Збор. "Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена", Српско удружење за кривичноправну теорију и пораксу, Београд, 2013.год.

[8] Чл. 608.ЗКП

[9] Види: Радна верзија Закона о изменама и допунама ЗКП из 2011. год., Министарство правде и државне управе, Београд, 2013.

[10] Шкулић, М-Илић,Г., Реформа у стилу "Један корак напред – два корака назад", Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012.

кривичног процесног законодавства завршен[11] или је пак ЗКП из 2011.год. само још један (овог пута мање успешан) корак тако дугог процеса реформе? Само један по ставу аутора, и не само аутора, неуспешан корак на путу који води остварењу главног циља реформе постављеном,сасвим исправно, већ у раду на изради текста ЗКП из 2001.год. То је, пре свега, стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак али да то није на уштрб међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права субјеката кривичног поступка[12]. Управо полазећи од овог циља својственог, сасвим оправдано, свим законодавним интервенцијама дугогодишњег процеса реформе бројне су новине које карактеришу процес реформе, и оне се тичу пре свега сталног ширења поља могућности примене поједностављених форми поступања у кривичним стварима који посебно долази до изражаја у Закону о изменама и допунама ЗКП из септембру 2009. год[13]., када је у кривични поступак Србије по први пут уведен и један потпуно нови, до тада непостојећи процесноправни институт - споразум о признању кривице као доминантна форма поједностављеног поступања у кривичним стварима. Овакав тренд је настављен и ЗКП из 2011. год. Међутим, за разлику од решења присутних пре његовог доношења, Законик питања поједностављених форми, и не само поједностављених форми поступања, регулише у концептуалном смислу, на знатно другачији начин. Обзиром на такав његов приступ у регулисању проблематике кривичног поступка слободно се може констатовати да ЗКП из 2011. год. представља радикалан раскид са досадашњом кривичнопроцесном традицијом Србије. Истина Законик садржи и нека од раније устаљена кривичнопроцесна решења али њихова нормативна разрада је знатно другачија. Међу бројним новинама оваквог карактера посебно се истичу оне које се тичу девалвације начела истине, потпуне адверзијалне конструкције главног претреса, значајног минимизирања улоге кривичног суда и процесног положаја окривљеног.[14] Једном речју овим и не само овим, новинама ЗКП из 2011. год., може се слободно рећи раскида са традиционално присутним решењима у српском, и не само српском, кривичном процесном законодавству већ и у законодавству највећег броја земаља које припада континенталном правном систему.[15]

---

[11] Види:Збор. "Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет", Српско удружење за кривичноправну теорију и пораксу, Београд, 2014.год.

[12] Бејатовић, С., Тужилачка истрага као обележје реформи кривичног роцесног законодавства земаља региона (Криминално-политички разлози озакоњења, стање и перспективе), Збор. "Тужилачка истрага (Регинална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)", Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2014, стр. 11-33

[13] Шкулић.М., Оптужење и мере обезбеђења присуства окривљеног и несметаног вођења кривичног поступка, Збор.: "Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет", Српско удружење за кривичнправну теорију и праксу", Београд, 2014.год. стр.143.176.

[14] Шкулић, М-Илић, Г. Реформа у стилу један корак напред-два корака назад, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012.

[15] Види: Збор. "*Савремене тендемције кривиног процесног права у Србији и регионална кривинопроцесна законодавств*а", ОЕБС- Мисија у Србији; Београд, 2012.

Уз изнесено, још су три изразите специфичности политике законодавца када је реч о процесу реформе српског кривичног процесног законодавства. То су: *Прво,* веома честе интервенције у законским текстовима који чине кривичнопроцесно законодавство Србије, а пре свега и најчешће интервенције у ЗКП као основном законском тексту ове гране права. Посматрано са аспекта овог законика интервенције су, у појединим годинама, присутне и по неколико пута годишње[16]. Оправданост овако честих интервенција озбиљно се може ставити под знак питања.[17] Ово тим пре што кривичнопроцесно законодавство, по својој природи, припада конзервативним гранама права. Ако се овоме дода и чињеница доношења законских текстова који су престајали да важе и пре почетка примене онда изнесена констатација још више добија на својој актуелности. Најбољи пример негативности овакве једне праксе је Законик о кривичном поступку Републике Србије из 2006. год. који је престао да важи и пре почетка његове целовите примене.[18] *Друго,* појава не малог броја нових законских текстова којима се на посебан начин регулише значајан број питања која су пре почетка рада на реформи била регулисана у оквиру норми ЗКП као скоро јединог законског текста из корпуса кривичног процесног законодавства Србије схваћеног у ужем смислу речи. Примера ради то су: Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима, Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, Закон о сарадњи са међународним кривичним судом, Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела, Закон о надлежности државних органа у поступку за ратне злочине, Закон о надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала. *Треће,* у кривичном поступку, посматрано као целини, уведени си и посебни поступци и специјализовани органи за поједине врсте кривичних дела (случај пре свега са кривичним делима организованог криминала, ратних злочина и високотехнолошког криминала).[19]

Када је реч о циљевима реформе као целине два су, сасвим оправдано, кључна. Први је стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак с тим да то не иде на уштрб националним законодавством и релевантним

[16] Бејатовић,С.,Споразуми јавног тужиоца и окривљеног и нови ЗКП РС, Ревија за криминологију и кривично право, 2012, бр.1-2,стр. 69.

[17] Види зборник "Законодавни поступак и казнено законодавство," Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

[18] Види: Грубач, М., Критика "Новог" Законика о кривичном поступку, Ревија за криминологију и кривично право, 2006, бр.2, стр. 7; Лазин, Ђ., Заштита људских слобода и права према новом Законику о кривичном поступку, Зборник "Примена Новог Законика о кривичном поступку", Удружење за кривично право Србије, Београд, 2007. стр. 31; Ревија за криминологију и кривично право,/2006, бр. 2 (у целости посвећен овој проблематици);

[19] Види: Шкулић,М., Нацрт Закона о државним органима у поступку за кривична дела организованог криминала, Зборник "Ново кривично законодавство Србије", Удружење за кривично право Сдбије, Београд, 2005.,стр.217-256; Важић,С., Измене и допуне Закона о ратним злочинима, Зборник " Ново кривично законодавство Србије", Удружење за кривично право Сдбије, Београд, 2005, стр. 257-264.

међународним актима загарантованих слобода и права човека и грађанина уопште. Други је усклађивање кривичног процесног законодавства Србије са решењима присутним у савременом компаративном кривичном процесном законодавству и тенденцијама присутним у савременој кривичноправној науци уопште. Полазећи од овако постављених циљева већ Законик о кривичном поступку из 2001. год. уводи не мали број изузетно значајних новина којима се ствара нормативна основа за ефикаснији кривични поступак и усаглашава кривичнопроцесно законодавство Србије са решењима и тенденцијама савремене кривичноправне науке. У првом реду то су: Проширивање могућности примене начела опортунитета кривичног гоњења и на пунолетне учиниоце кривичних дела, и то на два начина (могућношћу одлагања кривичног гоњења и могућношћу одбацивања кривичне пријаве у случају стварног кајања); Увођење могућности изрицања кривичних санкција без главног претреса, и то такође на два начина (у поступку за кажњавање пре главног претреса и у поступку за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије) ; Проширивање функционалне надлежности судије појединца; Проширивање могућности вођења скраћеног кривичног поступка и за кривична дела за која је предвиђена казна затвора до три године; Ограничавање укупног трајања притвора; Одређивање рока за вештачење и прописивање последица пропуштања одређеног рока; Одређивање процесног тренутка до којег се лице које ужива право имунитета може позвати на имунитет; Ограничење броја бранилаца једног окривљеног лица; Установа кривичног гоњења по предлогу оштећеног лица; Нове мере према субјектима који својим понашањем онемогућавају или отежавају одржавање главног претреса; Одређивање рока за повраћај привремено одузетих предмета и сл.[20]

Тренд нових решења у кривичном процесном законодавству Србије започет доношењем Законика о кривичном поступку из 2001. год. у циљу стварања нормативне основе за ефикаснији кривични поступак и његовог усаглашавања са решењима присутним у компаративном кривичном процесном законодавству настављен је његовим изменама и допунама из маја месеца 2004. год., односно изменама и допунама из августа месеца 2009. год. које доносе најзначајније новине управо по питању стварања нормативне основе за још ефикасније деловање кривичног правосуђа, и то превасходно путем озакоњења споразума о признању кривице као једне од доминантних форми поједностављеног поступања у кривичним стварима.[21] Међутим, и поред свих ових новина које карактеришу кривично процесно законодавство Србије од започињања његове реформе 2001. год. и свим каснијим изменама и допунама ЗКП из 2001. год. није се стало. Насупрот. Пришло се раду на изради новог ЗКП . Рад на том законском пројекту је окончан усвајањем новог ЗКП 2011. год. Међутим ни ту

[20] Види: Бејатовић, С., Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка, Основне карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2000, стр. 145-155.

[21] Бејатовић,С., Измене и доппуне ЗКП и поједностављене форме поступања у кривичним стварима, Ревија за криминологију и кривично право,2009, бр.2, стр. 21-40.

није крај. Пре почетка његове целовите примене (1.октобар 2013.год.) Законик је четири пута мењан, а у међувремену израђен је и Нацрт његових изузетно обимних измена и допуна крајем 2012. год., али се од истих одустало[22]. Но, пре приказа неких од новина које доноси ЗКП из 2011.год., треба још једном истаћи да оне говоре не само о "лутању" законодавца у изналажењу решења која би била у функцији прокламованих циљева реформе већ и одсуству јасне политике законодавца у раду на тако дугом процесну реформе српског кривичног процесног законодавства, што само по себи и те како утиче и на ефикасност борбе против криминалитета схваћене у њеном квалитативном и квантитативном значењу као кључном циљу реформе.

2. Поједини резултати досадашње казнене политике на реформи српског кривичног процесног законодавства као разлог неопходности наставка рада реформе

Као што је то већ констатовано ЗКП РС из 2011. год. донео је низ новина не само у односу на његов претходник (ЗКП из 2001. год. и његове измене и допуне) већ и у односу на традиционално присутна решења у кривичном процесном законодавству Србије утемељена ЗКП из 1976.год. Међу не малим бројем наводимо само оне које саме по себи говоре о одсутности адекватне законодавне политике у раду на изради овог законског пројекта а тиме и указују на став аутора, и не само аутора, да овај законски текст не сме да представља крај реформе српског кривичног процесног законодавства. Насупрот, он је само један неуспешан корак у преко десет година дугом раду на реформи, корак који у не малом отежава успешан ход правосуђа на путу чији је циљ ефикасна борба против криминалитета. Међу решењима овог законског текста који, по ставу аутора, оправдавају овакву једну констатацију, посебно се истичу следећа његова решења:

2.1. Начело суђења у разумном року.

Једно од изричито предвиђених начела које је, сасвим оправдано, донео процес реформе, тачније речено нови Законик, је и начело суђења у разумном року. Његова суштина се огледа у обавези суда да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка, а случају кривичног поступка против окривљеног који је у притвору поступак је хитан (чл. 14. ст. 1 и 2). У циљу што потпуније практичне реализације овог начела Законик је предвидео и мере за спречавање одуговлачења поступка - мере за спречавање злоупотребе права од стране субјека-

[22] Бејатовић,С.,Непосредно оптужење као инструмент државне реакције на криминалитет, Збор.: "Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет", Српско удружење за кривичнправну теорију и праксу", Београд, 2014.год.стр.253-269.

та кривичног поступка[23]. У складу са овим браниоцу, оштећеном, законском заступнику, пуномоћнику, оштећеном као тужиоцу или приватном тужиоцу који предузима радње очигледно усмерене на одуговлачење поступка, веће ће изрећи опомену. О изреченој мери опомене адвокату председник већа обавестиће надлежну адвокатску комору уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама (чл. 374. ст. 1 и 3). У случају неблаговременог или неодговарајућег поступања јавног тужиоца или лица које га замењује, а којим се проузрокује одуговлачење поступка, председник већа ће известити надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама (чл. 374. ст. 2).

Поред ЗКП, Законом о изменама и допунама Закона о уређењу судова из новембра месеца 2013. год.[24] предвиђени су додатни инструменти практичне реализације заштите права на суђење у разумном року. Према истом, странка у судском поступку која сматра да јој је повређено право на суђење у разумном року, може непосредно вишем суду поднети захтев за заштиту права на суђење у разумном року и истим тражити и накнаду за повреду права на суђење у разумном року. Захтев се подноси непосредно вишем суду и поступак одлучивања по истом је хитан. Ако непосредно виши суд утврди да је захтев подносиоца основан, може одредити примерену накнаду за повреду права на суђење у разумном року и одредити рок у коме ће нижи суд окончати поступак у коме је учињена повреда права на суђење у разумном року. Досуђена накнада исплатиће се из буџетских средстава Републике Србије опредељених за рад судова у року од три месеца од дана подношења захтева странке за исплату (чл. 8а - 8в. ЗУС).

2.2. Доказивање и казнена политика законодавца.

Једна од значајнијих новина коју доноси Законик тиче се доказивања . Оно своје подлогу налази пре свега у чл. 15.[25] Овом, и не само овом одредбом Законика знатно је измењена улога учесника кривичног поступка у доказивању. Она је сада стављена у руке тужиоца а улога суда у том поступку је више него минимизирана. Извођење доказа *ex officio* је само изузетна могућност. Терет доказивања оптужбе је на тужиоцу, а суд изводи доказе на предлог странака. Само изузетно суду се даје могућност утицаја на поступак доказивана, и ту своју могућност он по правилу реализује посредно - давањем налога странци. Наиме, суд може дати налог странци да предложи допунске доказе или изузетно сам одредити да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања

[23] О појму злоупотребе права од стране субјеката поступка види: Ђурђић,В., *Кривично процесно законодавство као нормативна предпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима,* Збор,. "Кривично законодавство,организација правосуђа и ефикасност поступаа у кривичним стварима", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009 .год., стр. 9-39.
[24] "Сл.гласник РС", бр.101/2013. год.
[25] Одредбе поред којих не стоји назив законског текста тичу ЗКП РС из 2011.год.

свестрано расправио. Суд може доказ извести једино ако то предложи странка, што суд странци може сугерисати, али је практично не може ,,принудити,, на такав доказни предлог. И ако суд нареди извођење одређених доказа, то подразумева да ће доказе извести одређена странка, а не сам суд, јер се суд не може доказно активирати ако странка то није предложила. Уз то, није прописана било каква процесна консеквенца за одбијање странке да испуни налог суда.

У контексту ове проблематике посебну пажњу заслужује и питање *девалвација начела истине.* Када је реч о овој новини онда пре свега треба истаћи чињеницу садржану у ставу "да би се постигао основни циљ кривичног поступка, који мора да осигура да „нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка " (чл. 1. ст. 1. Законика), у кривичном поступку мора да се утврди истина о томе да ли је окривљени кривично одговоран за одређено кривично дело или не. Друштвени интерес, због кога се иначе и води кривични поступак, захтева да се утврди потпуна и неоспорна истина о чињеницама које чине основу кривичне одговорности окривљеног, јер кажњен сме бити само онај окривљени чија је кривична одговорност потпуно и неоспорно утврђена. На овом темељу засновано је и право државе на кажњавање - *тзв. ius puniendi.* Своје право на кажњавање држава реализује само у случајевима када се са сигурношћу утврди одговорност конкретног лица за извршење кривичног дела које му се ставља на терет. Судска одлука као крајњи резултат кривичног поступка мора да почива на истини.[26]

Истина до које се долази у кривичном поступку треба да представља веран одраз кривичног догађаја у свести судије преко којег држава оживотворује своје право на кажњавање. Истина која се утврђује у кривичном поступку није апсолутна истина која искључује могућност супротног. Истина до које се долази у кривичном поступку, иако представља највећи степен извесности до кога се средствима кривичног поступка може доћи, само је релативна истина која не искључује могућност доказивања супротног. У кривичном поступку, у извесном броју случајева, долази до каснијег утврђивања истине која је супротна истини утврђеној у претходним стадијумима кривичном поступку. Уз сво ово, ова истина је у извесном смислу истовремено и субјективна, јер исти материјал може да остави различите утиске на оне који га цене и доведе до различитих оцена разних судова.[27] У којој ће мери одраз кривичног догађаја у свести суда бити веран кривичном догађају који се десио, зависи од квалитета и квантитета доказа. Формирање одраза кривичног догађаја у свести судије врши се у кривичном поступку постепено и зависно од прикупљених и изведених доказа путем којих субјективна истина треба што је могуће више да се приближи објективној. Тек таква истина је материјална, реална, стварна истина, будући да под њом подразумевамо највећи степен извесности до које судија може до-

[26] Захтев за добијање истине о чињеницама у кривичном поступку у најпотпунијој могућој мери назива се начелом утврђива-ња истине (*материјалне, реалне, стварне*).

[27] Васиљевић,Т. / Грубач, М.,Коментар Закона о кривичном поступку, Београд, 1990, стр. 19.

ћи у кривичном поступку. Уз ово, неопходност утврђивања потпуније истине у кривичном поступку, више него у било ком другом поступку, јавља се из више разлога. Прво, у кривичном поступку се одлучује о примени кривичних санкција које претпостављају извршење кривичног дела и постојање кривице. Посматрано са аспекта друштвеног интереса, изрицање кривичних санкција без сигурног утврђивања извршења кривичног дела и кривце било би бесмислено, а посматрано са аспекта окривљеног, неоправдано и представљало би насиље. Други разлог лежи у карактеру последица кривичне пресуде. Наиме, казна је најтежа форма правних санкција, а уз то и санкција која се не може у неким случајевима поправити. Осим тога, чињеница проглашења једног лица кривично одговорним повлачи најтежи суд моралног неодобравања, умањује социјалну вредност осуђеног и изазива тешке последице које га прате и после издржане казне. Обзиром на све ово, утврђивање истине у кривичном поступку мора да буде приоритетан задатак органа поступка - пре свега суда. Међутим и поред неопходности утврђивања истине у кривичном поступку, и поред тога што начело утврђивања истине у кривичном поступку представља једно од кључних - основних начела кривичног поступка европског континенталног правног система којем по свим објективним критеријумима треба да припада и наш кривичноправни систем оно је, на жалост, најблаже речено, девалвирано ако не и протерано из кривичног поступка Законик из 2011. год.[28]

Не упуштајући се у даљњу анализу одредаба које потврђују изнесени став о протеривању истине из кривичног поступка Србије[29] истичемо само још две следеће ствари: Прво, протеривањем начела истине из кривичног поступка и ослобађањем суда од одговорности за прикупљање и извођење доказа, кривични поступак постаје сличан парничном поступку у којем странке имају право диспозиције и аналогно томе сносе и одговорност за утврђивање истине, што је у потпуној противречности са доминирајућим схватањем континентално правне доктрине о природи и циљу кривичног поступка. Према истој због јавноправног карактера кривичног поступка и јавног интереса да се гони учинилац кривичног дела у кривичном поступку мора да важи начело судског истраживања истине, и сходно томе у односу на разјашњење предмета поступка суд не може да буде везан активношћу странака већ он "истражује истину"извођењем доказа по службеној дужности који су од важности за судско одлучивање.[30] Сходно овом, у немачком *StPO*, као репрезентативном представнику континенталног кривичноправног система изричито је прописано да је у циљу утврђивања истине суд обавезан (по службеној дужности) да изводи

---

[28] Ђурђић ,В.,*Изградња новог модела кривичног поступка Србије на реформисаним начелима кривичног поступка,* Збор. "Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012. год., стр.74-78.

[29] Види: Шкулић, М.,*Главни претрес у новим Законику о кривичном попступку Србије*, Збор. "Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012..,стр.88-124

[30] Claus Roxin und B. S.C. Hunemann, *Strafwerfahrensrecht,* 16. Auflage, Verlag "C.H. Beck", Munchen, 2009.,seit. 78.

доказе у погледу свих чињеница које су битне за доношење одлуке[31]. Друго, избацивање одговорности суда за прикупљање и извођење доказа па тиме и за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања довело је и до не малог броја нелогичности других законских решења. Нпр. како објаснити да у ситуацији када суд нема одговорност за извођење и прибављање доказа а тиме ни обавезу да утврђује истину у кривичном поступку, постоји могућност побијања његове пресуде жалбом због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, тј. због недостатака насталих превасходно радњама кривичнопроцесних странака (чл. 437. тач. 3). Другим речима: Како повезати право странака на побијање судске одлуке због недостатака за које су једино оне одговорне?

2.3. Промене процесног положаја кључних процесних субјеката.

Промењена архитектоника кривичног поступка као једног од битнијих обележја новог ЗКП утицала је и на промену статуса (права и обавеза процесних субјеката - пре свега суда, тужиоца, окривљеног, браниоца, полиције и оштећеног). Тако нпр. када је реч о суду истрага није више у надлежности суда. Или, ту је и његова потпуно другачија улога у поступку доказивања и др. Затим, измењена улога у његовом поступању у случају извршења кривичног дела на главном претресу, у поступку испитивања оптужнице, у фази припремања главног претреса, у начину настављања одложеног главног претреса, у реализацији поједностављених форми поступања у кривичним стварима, у изради изречене пресуде (пре свега њеног образложења које може да изостане или да буде само делимично), издвојеном мишљењу приликом изрицања пресуде, начину обавештавања учесника кривичног поступка, у поступку по правник лековима и сл.[32]

Када је реч о јавном тужиоцу онда пре свега ту су три особености Законика везане за овај кривичнопроцесни субјект. Прво, код кривичних дела за која се гони по службеној дужности јавни тужилац је тај који спроводи истрагу. Друго, сужавањем улоге суда у поступку доказивања тежиште је пренето на тужиоца. Тужилац је тај који има примарну улогу у обезбеђењу доказа (терет доказивања оптужбе је на њему, а суд изводи доказе само на предлог странака). Треће, проширене су могућности примене поједностављених форми поступања од стране јавног тужиоца.

Код оштећеног као процесног субјекта кључна новина је немогућност стицања својства супсидијарног тужиоца у свим случајевима непредузимања кривичног гоњења односно одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења, као и измењени начин његовог утицаја на одлуку јавног тужиоца о коришћењу начела опортунитета кривичног гоњења.

---

[31] Par. 244. StPO

[32] Бејатовић,С., *Кнцепт истраге и нови ЗКП*, Збор. "Нова решења у казненом законодавству Србије и њихва практична примена", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр.131-144

Слично осталим процесним субјектима и не мали број питања стручне одбране решено је на другачији начин од њихове решености у претходном ЗКП. Ту је пре свега ширење подручја обавезне одбране (доња граница прописане казне као критеријум обавезне одбране сада је осам година) затвора. Исто тако окривљени мора имати браниоца и приликом примене мере забране напуштања стана и приликом скривљеног одсуства са главног претреса. Даље, нпр. бранилац има право да непосредно пре првог саслушања прочита кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака, а након првог саслушања да разматра списе и разгледа предмете који служе као доказ и сл.[33]

Када је реч о полицији као субјекту поступка према новом Законику може се пре свега закључити да су и у овом законском тексту традиционалне оперативно-тактичке мере и радње из ранијег преткривичног, а сада предистражног поступка и даље у надлежности полиције. Но, поред овог, полиција је овлашћена да самостално предузима поједине доказне радње у предистражном поступку чији се резултати, као доказ, могу користити у кривичном поступку, а у истрази, фактички било коју доказну радњу коју јој повери тужилац. Посматрано са аспекта односа полиције и тужиоца може се закључити да је тужилац апсолутно доминантни субјекат претходног поступка, а полиција активан сарадник јавног тужиоца све до подизања оптужнице, али функционално потпуно подређена тужиоцу. Овлашћења полиције иако наизглед слична у односу на претходни ЗКП, прецизирана су, донекле проширена, али у знатно већој мери подвргнута надзору и контроли тужиоца.

2.4. Стално ширење могућности употребе начела опортунитета кривичног гоњења.

У раду на реформи кривичног процесног законодавства Србије посебна пажња била је, сасвим оправдано, посвећена нормирању начела опортунитета кривичног гоњења и код пунолетних учинилаца кривичних дела. Није мали број питања о којима се у стручној јавности водила дискусија око начина њиховог решавања. Међу не малим бројем питања посебно су се истицала она која се тичу могућег обима његове примене, контроле одлуке јавног тужиоца о примени начела, услова под којима може да дође до одлагања кривичног гоњења и права оштећеног лица у примени начела сл.[34]. Међутим, и поред актуелности ових питања ни једна стручна расправа (а њих је било више) није доводила нити доводи под знак питања његову криминално-политичку оправданост. Насупрот. За веома кратко време након озакоњења могућности његове примене и

[33] Тинтор,Ј., *Бранилац и нова решења у ЗКП*, Збор. "Нова решења у казненом законодавству Србије и њихва практична примена", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр.145-171

[34] Види: Бејатовић, С., *Начело опортунитета кривичног гоњења у немачком кривичном процесном праву*, Збор. "Опортунитет кривичног гоњења", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу , Београд , 2009. , стр.125-144. Киурски,Ј., *Опортунитет кривичног гоњења и досадашња искуства у његовој примени*, Збор. "Нова решења у кривичном процесном законодавству - Теоретски и практични аспект", Српско удружењ за кривичноправну теорију и праксу, Броград, 2011.

код пунолетних учинилаца кривичних дела 2001.год[35]. начело је показало своју пуну криминално-политичку оправданост и све интервенције су ишле у правцу изналажења решења за његову што адекватнију примену уз предвиђање механизама контроле исправности његове примене у конкретним случајевима.

Посматрано са аспекта нормативне разраде неколико је новина, када је реч о начелу опортунитета кривичног гоњења код пунолетних учинилаца кривичних дела, у новом ЗКП. Међу њима најзначајније су следеће: *Прво***,** и нови ЗКП задржава више видова начела опортунитета кривичног гоњења, што је у зависности од основа који представљају могућност његове примене. То су: Одлагање кривичног гоњења као посебан-доминантан вид начела опортунитета; Одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности; Условно одлагање кривичног гоњења као могући елеменат споразума о признању кривичног дела; *Друго,* дошло је до ширења могућности примене начела опортунитета кривичног гоњења тако што је дата могућност јавном тужиоцу да „ одложи кривично гоњење за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година" (чл. 283. став 1), и то без контроле суда и неовисно од пристанка оштећеног; *Треће,* смањен је број могућих обавеза под којима може да дође до одлагања кривичног гоњења, а садржина једне обавезе је промењена.; *Четврто*, за примену одлагања кривичног гоњења Законик не тражи сагласност суда. У вези са оваквим решењем новог Законика треба имати у виду и следеће. Изостављање сагласности- ангажовања суда у примени начела опортунитета је оправдано, али је неопходна контрола одлуке јавног тужиоца у његовој примени и треба је обезбедити. Нпр. могућности преиспитивања такве одлуке од стране непосредно вишег или највишег јавног тужиоца, што је иначе углавном и присутно решење у компаративном кривичном процесном законодавству. Да ли овакву или неку другу адекватну контролу одлуке јавног тужиоца о кршењу овог вида начела опортунитета кривичног гоњења обезбеђује нови ЗКП? Засигурно не; *Пето*, за одлагање кривичног гоњења више се не тражи пристанак оштећеног, што је био случај раније; *Шесто,* Законником је решено питање форме одлуке о одлагању кривичног гоњења. То је наредба, у којој се, поред осталог, мора одредити и рок у којем осумњичени мора извршити преузете обавезе (члан 283. став 2.новог ЗКП); *Седмо,* продужен је рок у којем "осумњичени мора извршити преузете обавезе"у слачи у одлагања кривичног гоњења као посебног вида начела опортунитета кривичног гоњења и он сада може да износи и "годину дана "; *Осмо,* предвиђен јер начин контроле извршења наложених обавеза тако што је прописано да „Надзор над извршењем обавеза обавља повереник из органа управе надлежног за послове извршења кривичних санкција, у складу са прописом који доноси министар надлежан за послове правосуђа."

[35] Бејатовић,С.,*Опортунитет кривичног гоњења и нови ЗКП*, Збор. "Актуелна питања кривичног законодавства-Нормативни и практични аспект", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.год.,стр.125-141.

2.5. Промена концепта истраге.

Једно од питања којем је у раду на реформи кривичног процесног законодавства Србије посвећена посебна питања је концепт истраге. Наиме, у току целог рада на реформи једно од најактуелнијих питања је питање концепта истраге. И теорија и пракса скоро да су сагласни да од начина решавања овог питања зависи, у не малом степену, питање ефикасности не само истраге већ и ефикасности кривичног поступка као целине[36] као једног од кључних циљева реформе уопште. Управо захваљујући таквом приступу једна од круцијалнијих особености процеса реформе кривичног процесног законодавства Србије је напуштање судског конца истраге у ЗКП из 2011.год. и озакоњење новог (*по ставу законодавца*) тужилачког концепта истраге.

У вези са залагањем стручне јавности Србије за промену концепта истраге присутно је и схватање да тужилачки концепт истраге није безрезервно у функцији која се од њега очекује. И код тужилачког концепта истраге отворена су бројна питања и од начина њиховог решавања зависи и остварења циљева тужилачког концепта истраге. Међу питањима овог карактера посебан значај имају она која се тичу: Органа који треба да спроводе истрагу; Овлашћења активних субјеката истраге, односно у ком обиму иста треба дати појединим субјектима истраге? Затим, ту је и питање: Да ли су судски органи који спроводе истрагу довољно стручни из области криминалистике чије знање у овом поступку највише долази до изражаја? Потом, како и на који начин заштити слободе и права окривљеног лица у току истраге? Или, који систем- модел тужилачке истраге је најприкладнији посматрано са аспекта како њене ефикасности тако и ефикасности кривичног поступка као целине, али да то не иде на уштрб међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права субјеката истраге? и др.[37] У оквиру ових, и не само ових, питања питање ефикасности истраге је једно од њених актуелнијих питања уопште из разлога што је добро познато и још више неспорно да је ефикасно спроведена истрага један од веома битних фактора ефикасности кривичног поступка као целине. Само у случајевима нормирања тужилачког концепта истраге на начелима својственим њему он је у функцији очекиваног. У противном тога нема. Обзиром на ово поставља се као кључно питање: Како нормативно разрадити тужилачки концепт истраге да би он био у функцији остваривања циља који се очекује од њега, а то је ефикасност уз пуно поштовање међународ-

---

[36] Радуловић, Д., *Концепција истраге у кривичном поступку у светлу новог кривичног процесног законодавства*, Збор. *"Савремене тендемције кривиног процесног права у Србији и регионална кривинопроцесна законодавства"*, ОЕБС- Мисија у Србији; Београд, 2012., стр. 11-23.

[37] Види: Бејатовић, С., *Тужилачки концепт истраге као једно од обележја савременог кривичног процесног законодавства земаља бивше СФРЈ и у Србији*, Збор. „Право земаља у региону", Институт за упоредно право, Београд, 2010, стр. 242-265.; Радуловић, Д., *Концепција истраге у кривичном поступку у светлу* новог кривичног процесног законодавства , Збор. "Савремене тендемције кривиног процесног права у Србији и регионална кривинопроцесна законодавства", ОЕБС- Мисија у Србији; Београд, 2012., стр. 11-23.

ним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права окривљеног и других учесника истражног поступка? Постизање овако постављеног циља могуће је под условом да је тужилачки концепт истраге нормативно разрађен уз пуно поштовање следећих принципа. То су: Јавни тужилац као једини овлашћени субјекат покретања истражног поступка; Основана сумња као материјални услов покретања истраге; Прецизирање услова под којима полиција може да се појави у својству активног субјекта истраге, као и врсте истражних радњи које она може предузети у таквом својству; Предвиђање конкретних механизама који обезбеђују адекватну сарадњу јавног тужиоца и полиције у истрази; Тачно и прецизно прописивање услова под којим и код којих доказних радњи као активни субјекат њиховог предузимања може да се појави суд; Предвиђање инструмената за законито и ефикасно спровођење истраге као и начина поступања јавног тужиоца након окончања истраге и последица непридржавања тако предвиђених норми ; Заштита основних права оштећеног лица која произилазе из кривичног дела за које се спроводи истрага; Предвиђање механизама обезбеђења прикупљања доказа како на штету тако и у корист лица против којег се спроводи истрага.

Обзиром на изнесено као кључно поставља се питање: Да ли је концепт истраге у ЗКП РС из 2011. год. разрађен у складу са жељеним степеном његове нормативне разраде, односно у складу са залагањем већинског дела стручне јавности Србија а и шире. Иоле озбиљнија анализа одредаба Законика о новом концепту истраге говори да не. Говори да је Србија ЗКП из 2011.год.добила не тужилачки концепт истраге већ концепт паралелне истраге. Илустрације ради наводимо само неколико примера. *Прво* могућност покретања истраге дозвољена је и против непознатог учиниоца; *Друго, з*а покретање истраге довољан је најнижи степен сумње – основ сумње, тј. исти онај степен сумње који се тражи и за поступање полиције у предистражном поступку; *Треће,* једно од најдискутабилнијих решења ове фазе поступка у новом ЗКП је његов чл. 301. став 1. по којем осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе и материјал у корист одбране. *Четврто,* иако је истрага у начелу тужилачка, може да дође до укључивања полиције у предузимању појединих доказних радњи, под условом да јој то јавни тужилац повери (чл. 299. ст. 4. ЗКП); *Пето,* поред полиције у истрагу може да се укључи и судија за претходни поступак уколико јавни тужилац одбије предлог осумњиченог и његовог браниоца за предузимање доказне радње или ако о предлогу не одлучи у року од осам дана од дана подношења предлога. У том случају осумњичени и његов бранилац могу поднети предлог судији за претходни поступак и ако предлог усвоји, судија за претходни поступак налаже јавном тужиоцу да предузме доказну радњу у корист одбране и одређује му рок зато (члан 302. ЗКП); *Шесто,* предвиђена је могућност да се у одређеним случајевима за предузимање одређених доказних радњи укључи и суд у смислу што он сам не предузима доказну радњу, него налаже јавном тужиоцу да предузме доказну радњу (чл. 302. ст. 1-3. ЗКП). Сходно оваквом решењу може се закључити да јавном тужиоцу као руководи-

оцу не само предистражног поступка, него и истраге неко други (суд) налаже да предузме доказну радњу и то у корист одбране. Решење више него дискутабилно[38].Ова и не само ова решења новог концепта истраге предмет су,чини се сасвим оправдане, не мале критике стручне јавности Србије и као таква могу оправдано довести у питање функционисање новог концепта истраге и складу са очекиваним. Међу њима посебан значај имају следеће:

*Прво, ј*едан од општеприхваћених ставова како теорије тако и праксе када је реч о покретању кривичног поступка, је и став да он мора бити условљен испуњењем материјалног услова конкретизованог у постојању чињеница и околности конкретног кривичног догађаја које основано упућују на закључак, указују на то да је одређено-конкретно лице извршилац кривичног дела које му се ставља на терет – тј. постојањем основане, а не само основа сумње. Покретање и вођење кривичног поступка не може се заснивати на претпоставкама. Мора бити засновано на стварним – конкретним подацима. Питање је: Да ли је само на основу основа суме (као што је то случај сада) или и само на основу индиција могуће покретање кривичног поступка обзиром на све његове импликације? Наше је, и не само наше, мишљење да не. Ако се овом дода и чињеница да се у смислу одредбе чл. 7. тач. 1. кривични поступак сматра покренутим доношењем наредбе о спровођењу истраге питање постаје још актуелније, односно изнесени став још оправданији;

Друго, према чл. 295. ст. 1.тач. 2. могућност покретања истраге постоји и против "непознатог учинича када постоје основи сумње да је учињено кривично дело". И ово решење је, чини се више него оправдано, изложено критици. Оно као такво не само да нема оправдања, већ је и у директној супротности и са не малим бројем општеприхваћених решења у кривичном материјалном и процесном законодавству. Тако, на пример, у супротности је са одредбом чл. 14. ст. 1 и 2 . КЗ РС из које јасно произлази да "нема кривичног дела без кривице", а питање кривице могуће је посматрати само у контексту конкретног, а не неког непознатог лица. Или, оправдано се мора поставити и питање односа ове одредбе са чл. 286. ст. 1. Законика у којој је, сасвим исправно, прописано поступање полиције у тзв. предистражном поступку који обухвата и случајеве "Када постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности, а учинилац кривичног дела је непознат" и сл. ;

Треће, у ст. 1. чл. 301. Законика прописано је „Осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе у корист одбране." У вези са овако датим решењем постављају се три питања. Прво, да ли се на овај начин у нашем кривичном процесном законодавству уводи не тужилачки модел истраге, већ паралелна истрага? Да ли на овакав један начин положај лица против којег се спроводи истрага зависи од његовог материјалног статуса, односно да ли се на овакав један начин прави разлика међу лицима против којих се спроводи истрага према критеријуму њиховог имовног стања? Затим ту је и питање: Да ли су

[38] Шкулић, М. - Илић, Г. *Реформа у стилу "Један корак напред-два корака назад"*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије , Београд, 2012, стр. 47-50.

докази које прикупе осумњичени и његов бранилац у функцији задатка истраге из ст. 2. чл. 295. Законика, а тиме и у складу са основним разлогом преласка са судског на тужилачки концепт истраге (њена ефикасност)? У тужилачком концепту истраге морају да буду предвиђени механизам обезбеђења прикупљања доказа како на штету, тако и у корист лица против којег се спроводи истрага на начин који ће бити у складу са њеним задатком и њеном ефикасношћу. Да ли је то случај у конкретном? Мишљење аутора рада је не;

Четврто, у тужилачком концепту истраге основна – главна функција судије за истрагу (судије за претходни поступак) мора да буде одлучивање о питањима везаним за слободе и права окривљеног и других субјеката истраге. Предузимање појединих истражних радњи од стране суда треба да буде само изузетна могућност, само онда када се оправдано претпоставља да се та радња неће моћи поновити на главном претресу или да би њено извођење било скопчано са великим тешкоћама, а уз то неопходно ја да је она битна (неопходна) за правилно решење конкретне кривичне ствари схваћене у смислу доношења судске одлуке о истој. Једном речју, радње доказивања које се предузимају од стране суда у овом поступку не би смеле да буду у функцији остваривања основног задатка истраге. Не би смеле да буду у функцији доношења одлуке јавног тужиоца о подизању оптужнице или обустави поступка, што је случај у конкретном;

Пето, једна од неизоставних особености тужилачког концепта истраге треба да буде и такав положај оштећеног који ће му омогућити реализацију његових основних права која се јављају као последица кривичног дела поводом којег се води истрага. Иоле озбиљнија анализа релевантних одредаба Законика по овом питању показује да ова особеност тужилачког концепта истраге није испоштована. чл. 297. ст. 3. Законика као једина одредба по овом питању далеко је од жељеног. Он само обавезује јавног тужиоца да обавести оштећеног о покретању истраге и да му да поуку о правима која му припадају у смислу чл. 50. ст. 1. Законика и ништа више.

2.6. Озакоњење споразум о признању кривичног дела као репрезентативне форме поједностављеног поступања у кривичним стварима.

Озакоњење института споразума о признању кривице је једна од важнијих особености које је донео процес реформе кривичног процесног законодавства Србије. Реч је о институту чија се суштина огледа у претходном преговарању о признавању кривичног дела између тужиоца и окривљеног и његовог браниоца и накнадном прихватању или неприхватању од стране суда постигнутог споразума између ових субјеката. Полазећи од неспорног значаја института споразума као инструмента ефикасности кривичног поступка у Србији Законом о изменама и допунама ЗКП из 2009. год. долази до његовог озакоњења као

једне од доминантних форми поступања у кривичним стварима уопште.[39] За релативно кратко време споразум је показао своју опуну оправданост и стално је присутан тренд ширења његове примене[40].

Међу не малим бројем новина које доноси ЗКП РС из 2011. год. у вези са споразумом посебно се истичу четири: *Прво,* уместо нормативно ограничене могућности примене предвиђена је могућност примене споразума код свих, па и најтежих кривичних дела;[41] *Друго,,* одсуство прописивања минимума кривичне санкције која се може предложити у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела. Уместо тога прописано је само "да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера у погледу које су јавни тужилац и окривљени закључили споразум предложена у складу са кривичним или другим законом;" (чл.317 ст.1 тач. 4). *Треће,* када је реч о санкцији обавезан елеменат споразума јесте и "споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције"; *Четврто,* против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела постоји могућност улагања жалбе. Наиме, сходно чл. 319. ст. 3. Законика против ове пресуде јавни тужилац, окривљени и његов бранилац могу у року од осам дана од дана достављања пресуде изјавити жалбу због постојања разлога због којих се поступак обуставља по испитивању оптужнице у смислу чл. 338.ст. 1. [42], као и у случају да се пресуда не односи на предмет споразума о признању кривичног дела.

Наведене, и не само наведене, одредбе којима је нормативно разрађен споразум у ЗКП РС из 2011.год. озбиљно могу ставити под знак питања. Односно, скоро да се може закључити да у његовој нормативној разради нису, у потреб-

---

[39] Николић, Д., *Споразум о признању кривице,* Београд, 2009.

[40] Најбољи пример за исправност овакве једне констатације су званични подаци о примени споразума о у Републици Србији.Према званичним статистичким подацима, виша и основна јавна тужилаштва, Тужилаштво за организовани криминал и Тужилаштво за ратне злочине током 2011. године закључила су споразум о признању кривице са укупно 441 окривљеним лицем, што у односу на претходни извештајни период износи повећање од 530%. Од укупног броја закључених споразума, суд је усвојио у првостепеном поступку 364 споразума, што представља повећање од 420% у односу на претходни извештајни период. На основу закључених споразума, на затворску казну осуђено је 191 лице, на новчану 37 лица, на условну осуду 144 лица, према 71 лицу је изречена мера безбедности, а 29 лица је обавезано на испуњење обавеза и члана 236 ст. 1. ЗКП, док је 11 лица обавезано на враћање имовинске користи. Према 21 лицу донете су друге одговарајуће одлуке. Суд је решењем одбацио 2 закључена споразума а у 14 слујчајева одлуком суда је одбијен закључени споразум. На одлуке суда изјављено је 7 жалби, од којих је одбијено 5 жалби, а остале су нерешене 2 жалбе. На крају извештајног периода, остало је незавршених поступака према 144 лица. Ако се ови подаци упореде са подацима за 2010. годину, онда они још више добијају на свом значају (Цитирано : Киурски, Ј., *Споразум о признању кривице (кривичног дела),* Збор. "Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012. , стр .166-180).

[41] Упореди чл. 282а предходног ЗКП и чл. 313 ст.1. новог ЗКП

[42] Реч је о следећим разлозима: да дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности; да је кривично гоњење застарело, или да је обухваћено амнестијом или помиловањем, или да постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење; да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио конкретно кривично дело

ној мери, узети у обзир преовлађујући ставови наше, и не само наше, стручне јавности . Подсећања ради треба и овде истаћи да су наведена питања уједно и најактуелнија питања у стручној јавности када је реч о споразуму уопште. Став аутора јесте пуна криминално-политичка оправданост озакоњења могућности закључења споразума о признању кривичног дела . Међутим, оправдао се може ставити под знак питања већи број решења његове нормативне разраде у тексту новог ЗКП. Наводимо само најдискутабилнија: *Прво,* иоле озбиљнија анализа радова посвећених проблематици споразума показује да је, сасвим оправдано, преовлађујуће мишљење, да споразум треба да буде вид поједностављеног поступања који своју примену треба да нађе пре свега код кривичних дела која припадају групи тзв. лакшег и средњег криминалитета. Уосталом, то је случај и са другим формама поједностављеног поступања у кривичним стварима. У савременом кривичном процесном законодавству поједностављене форме поступања у кривичним стварима намењене су решавању лакших кривичних дела, кривичних дела која имају мањи степен друштвене опасности што само по себи намеће и мање ангажовање материјалних средстава и времена него у случајевима када се ради о тежим, а посебно најтежим кривичним делима. Поједностављене форме поступања у кривичним стварима треба да почивају на начелу сразмерности између процесне форме и предмета суђења, и то тако да у тој диференцијацији основна права процесних субјеката представљају граничну линију испод које се не сме ићи на упрошћавање процесне форме. С обзиром на ово, чини се да није у складу са природом споразума дозвољавање могућности његове примене и за најтежа кривична дела. Уз ово, оваквим једним решењем ствара се, сасвим непотребно, и могућност сумње у његову евентуалну злоупотребу, о чему се такође мора водити рачуна у његовом нормирању. *Друго,* решење по којем нема изричитог прописивања минимума испод којег не може да се предложи кривична санкција у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела такође озбиљно може да се доведе у питање. Поред изнесених аргумената који говоре у прилог оправданости постављања и оваквог једног питања, треба узети у обзир и општу сврху изрицања кривичне санкције. Потпуно је неспорно да се она постиже, поред осталог, само под условом адекватно изречене кривичне санкције. Да ли тако нешто гарантује решење по којем и за тешка кривична дела може да буде изречена и блага, зашто не рећи и најблажа, кривична санкција што је могуће претпоставити а што би било у складу са чланом 321 став 1 тачка 3. Законика? Став је аутора да коментар није потребан. *Треће,* уз изнесено, мора се поставити и питање адекватности заштите права оштећеног лица у поступку преговарања о споразуму о признању кривичног дела. Иоле детаљнија анализа положаја овог субјекта у поступку споразумевања о признању кривичног дела говори да је овим законским текстом његов положај чак и погоршан у односу на претходни ЗКП. Примера ради, наводимо само две чињенице. Прво, о рочишту на којем се одлучује о споразуму о признању кривичног дела оштећени се чак и не обавештава. Друго, оштећени није субјекат права на изјављивање жалбе против одлуке суда о споразуму. Једном речју, Законик не даје инструменте путем којих оштећено

лице може успешно да брани своје интересе у поступку споразумевања о признању кривичног дела. *Четврто,* обавезан елеменат текста споразума је, поред осталог, и споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције (члан 314 ст.1 тач. 3). С обзиром на овакву формулацију може се закључити да се странке могу споразумети само о распону казне у оквиру законског распона кажњавања (нпр. казна од три до пет година затвора), а да се суду препусти да у оквиру "договореног распона "изрекне конкретну меру казне одређене врсте. Оваква једна могућност пре свега није у складу са одредбом чл. 317. по којој суд пресудом прихвата споразум када утврди да су испуњени одређени услови. С обзиром на ово поставља се питање : Како суд може прихватити споразум у којем је у погледу кривичне санкције договорен само распон казне? Која се казна у таквим случајевима изриче у осуђујућој пресуди? Поред овог, ако се прихвати (а то је могуће према чл. 314 ст.1 тач.3. новог ЗКП) да суд у случајевима када је у споразуму договорен само распон казне може слободно изрећи било коју меру казне у оквиру "договореног распона" онда се мора поставити питање: Како суд може изрећи било коју казну, тј. одредити меру одређене врсте казне ако уопште није изводио доказе који се тичу прописаних околности као параметара одмеравања казне? Уместо било каквог коментара мишљења аутора јесте да је таква једна могућност више него нелогична. Ако се по угледу на нека друга законска решења[43] желела предвидети могућност да се странке договоре само о распону казне а да се суду препусти да, у случају прихватања споразума, у оквиру тог распона изрекне конкретну меру казне, онда се морала прописати и обавеза суда да изведе доказе на основу којих ће утврдити чињенице од којих зависи конкретна мера казне. *Пето*, једно од решења новог ЗКП када је реч о споразуму о признавању кривичног дела, које се озбиљно може ставити под знак питања, јесте и решење по којем је предвиђена могућност улагања жалбе против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела од стране јавног тужиоца, окривљеног и његовог браниоца. Више је аргумената који се могу истаћи против оправданости оваквог једног решења. Међу њима посебан значај имају три. Прво, споразум о признавању кривичног дела треба да буде институт који за резултат своје примене има ефикаснији кривични поступак. Да ли се оваквим једним решењем то постиже? Сигурно не. Насупрот доприноси се одуговлачењу поступка, и то без икакве потребе. Друго, разлози за могућност улагања жалбе не само да немају своје оправдање, већ могу и да говоре о неозбиљној припремљености главних субјеката преговарања и одлучивања о споразуму пре свега на рочишту на којем се одлучује о споразуму, што не би смело ни да се претпостави. Примера ради, у вези са овим мора се поставити питање: Да ли је могуће да суд пресудом прихвати споразум а да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је учињено кривично дело, да дело није кривично дело, да је наступила застаре-

[43] Случај пре свега са САД (Види: Бркић, С., *Договорено признање (plea bargaining) у англоамеричком праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Сад, XXXVII,1-2/2003; Дамашка, М., *Судбина англоамеричких процесних идеја у Италији*, Хрватски љетопис за казнено право и праксу,Загреб, вол.13, 2006, бр. 1

лост и сл.? Да ли у таквом случају суд поступа супротно чл. 324. Законика? Или, да ли се сме и замислити да тужилац са окривљеним понуди текст споразума а да не зна да ли се ради о кривичном делу или да је кривично гоњење застарело, односно да постоје и неке друге околности које се јављају касније као могући основ улагања жалбе? Затим, како је могуће и замислити да неко од субјеката права улагања жалбе на околности које представљају разлоге могућег улагања жалбе не зна на рочишту а зна у тако кратком интервалу након завршетка рочишта на којем се одлучивало о споразуму? Поред ових ту се могу поставити и друга питања оваквог карактера, али одговори су увек исти и указују на неоправданост оваквог нормирања права на улагање жалбе на пресуду о прихватању споразума. *Шесто,* један од елемената текста споразума о признању кривичног дела може да буде и изјава окривљеног о прихватању испуњења обавезе под којом јавни тужилац има право, сходно начелу опортунитета кривичног гоњења, да одложи кривично гоњење, под условом да природа обавезе омогућава да се започне са њеним извршењем пре подношења споразума суду. И у вези са овим, иначе начелно посматрано сасвим оправданим, елементом мора се поставити питање: Које су последице неиспуњења преузетих обавеза од стране окривљеног? Овако постављено питање резултат је става законодавца да је за прихватање текста споразума од стране суда довољно да окривљени до подношења споразума о признању кривичног дела започне са испуњавањем обавезе - обавеза. Ако се овоме дода и чињеница да у споразуму о признању кривичног дела чији је саставни део и овај елеменат, не мора да буде прецизиран ни крајњи рок извршења преузете обавезе - обавеза – што је иначе обавеза у случају одлагања кривичног гоњења као кључног вида начела опортунитета, онда постављено питање још више добија на својој актуелности.

X X X X

Анализа казнене политике законодавца у досадашњем процесу реформе кривичног процесног законодавства Србије показује две кључне ствари. Прво, веома честе, за законе овог карактера неприкладне законодавне интервенције које су за своју последицу имале доношење три Законика о кривичном поступку са већим бројем њихових измена и допуна, некада и по више пута годишње. Основи разлог овакве појаве аутор рада види у "лутању" законодавца на путу изналажења решења која би била у функцији прокламованих циљева реформе, који су, узгред речено за поздравити. Друга особеност тиче се садржаја Законика о кривичном поступка из 2011. год. као последњег резултата рада на досадашњем процесу реформе. Оцена квалитета његовог садржаја зависи од начина посматрања. Да ли се он цени са аспекта начелно присутних особености или начина њихове конкретне нормативне разраде. Ако се Законик посматра са аспекта његових начелно посматраних карактеристика онда се по стави аутора може закључити да је не мали број решења у складу са прокламованим

циљевима реформе. Ово се пре свега односи на промену концепта истраге и поједностављене форме поступања у кривичним стварима. Међутим, са друге страхе ако се ово цени са аспекта конкретне разраде највећег броја решења новог Законика онда је то више него далеко од очекиваног .Огроман је број норми који по ставу аутора чини оправданом овакву једну констатацију. На неке од њих указано је у раду. Обзиром на ово став је аутора доношењем Законика из 2011. год. није завршен процес реформе српског кривичног процесног законодавства. Насупрот. Законик о кривичном поступку из 2011. год. представља само један неуспешан корак у досадашњем раду на реформи кривичног процесног законодавства Србије, корак који је нужно кориговати ако хоћемо да имамо Законик који ће бити у функцији ефикасне борбе против криминалитета.

ЛИТАРАТУРА

- Бановић, Б., Полиција и нова решења у ЗКП, Збор. "Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013,стр.99-116
- Бејатовић, С., Тужилачка истрага као обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона (Криминално-политички разлози озакоњења, стање и перспективе), Збор. "Тужилачка истрага (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)", Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2014, стр. 11-33
- Бејатовић, С., Поједностављене форме поступања као битно обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона, Збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013,стр.11-31
- Бејатовић, С., Споразум о признању кривице: Нови ЗКП Србије и регионална компаративна анализа, Збор. "Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (Нормативни и практични аспект)", Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2012, стр. 102-119
- Бејатовић, С.,Опортунитет кривичног гоњења и нови ЗКП, Збор."Актуелна питања кривичног законодавства - Нормативни и практични аспект", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012,стр.125-141
- Бејатовић, С.,Непосредно оптужење као инструмент државне реакције на криминалитет, Збор.: "Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет", Српско

удружење за кривичноправну теорију и праксу", Београд, 2014. год.стр.253-269.

- Бубаловић, Т., Скраћени казнени поступци у хрватском казненом законодавству, Збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима –Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013,стр.262-287
- Илић,Г.,Кривично процесно законодавство Републике Србије и стандарди Европске уније, Збор. "Кривично законодавство и стандарди Европске уније ,,, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу,Београд, 2010,стр.23-41
- Јакулин,В., Поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Словеније, Збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима –Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013,стр.32-44
- Калајџијев,Г., Убрзање поступка као један од циљева реформе кривичног поступка у Републици Македонији, Збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима –Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013,стр.100-113
- Радуловић, Д., Поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Црне Горе, Збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима –Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013,стр.45-55
- Павишић,Б., Нека питања скраћеног казненог поступка у европском казненом праву, Збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима –Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени", Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013,стр. 288-302
- Симовић,М., Основне карактеристике система кривичне истраге у законодавству у БиХ и њен утицај на поједностављење кривичног поступка, Збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима –Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени", Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013,стр.114-131
- Сијерчић-Чолић,Х., Поступак за издавање казненог налога: Процесно законодавство у БиХ и регионални упоредноправни осврт, Збор.'Поједностављене форме поступања у кривичним стварима –Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013,стр.303-321

- Ђурђевић,З., Одлука Уставног суда РХ о сугласности Закона о казненом поступку с Уставом, Ревија за криминологију и кривично право, 2013, бр.3, стр., 39-68
- Ђурђић,В., Основна начела кривичног процесног права и поједностављене форме поступања у кривичном стварима, Збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима –Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013, стр.56-66
- Ђурђић,В.,Кривичноправни инструменти државне реакција на тешке облике криминалитета, Збор. "Тешки облици криминалитета и државна реакција", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Требиње, 2013,стр.83-98
- Фишер,З., Државни тужилац као субјект скраћених и поједностављених кривичних поступака у Словенији, Збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима –Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013,стр. 86-99
- Шкулић.М., Оптужење и мере обезбеђења присуства окривљеног и несметаног вођења кривичног поступка, Збор.: "Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу", Београд, 2014.год.стр.143.176.
- Шкулић, М., Однос начела истине и поједностављених форми кривичног поступка, Збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима –Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013,стр.67-85
- Шкулић, М/Илић,Г., Реформа у стилу "Један корак напред – два корака назад", Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012
- Шкулић, М.,.Главни претрес у новим Законику о кривичном поступку Србије, Збор. "Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспект)", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012. год., стр. 88-124
- Шкулић,М., Нови Законик о кривичном поступку - Очекивања од примене, Збор. "Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр.33-68.

Prof. dr Drago Radulović,
redovni profesor Pravnog fakultetaUniverziteta Crne Gore
Podgorica

NOVA REFORMA KRIVIČNOG PROCESNOG ZAKONODAVSTVA CRNE GORE PROGRESIVNA ILI REGRESIVNA REŠENJA

Apstrakt

U radu se daje kritički osvrt na nova rešenja u Predlogu Zakona o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku. Na početku rada se ukazuje na pravila i standarde zakonodavnog postupka uobičajene u savremenom uporednom zakonodavstvu. Taj zakonodavni postupak uključuje nekoliko značajnih pitanja kao što su: cilj zakona, potreba za zakonom, zahtjevi prakse, usklađivanje sa međunarodnim aktima i uporednopravnim zakonodavstvom. Osvrćući se na dosadašnju reformu krivičnoprocesnog zakonodavstva autor postavlja pitanje da li su nam bile potrebne česte izmjene ovog zakonodavstva koje, inače, spada u stabilniju granu zakonodavstva. Najnovije izmjene dijelom se odnose na otklanjanje određenih nejasnoća u važećem Zakoniku, a drugim dijelom na uvođenje novih rešenja. Za razliku od dosadašnje prakse, ovoga puta su bile temeljitije pripreme na izradi Zakona. Većina novih rešenja se mogu ocijeniti pozitivnim, mada autor ne očekuje njihovu širu primjenu.

Ključne riječi: *reforma krivičnog procesnog zakonodavstva, izmjene i dopune Zakonika, pravosuđe*

1. Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva je stalna tema stručnih i naučnih savjetovanja zadnju deceniju i više. To nije radi toga što nam je ponestalo drugih tema za raspravu, nego radi toga što je, s obzirom na dinamiku zakonodavnih intervencija u ovoj grani zakonodavstva, pitanje reforme ove grane zakonodavstva stalno aktuelno. Aktuelnost ovog pitanja ne znači samo predstavljanje stanja ovog zakonodavstva u kojem se ono trenutno nalazi, nego se to pitanje može sagledati u odnosu na naše pređašnje zakonodavstvo, u odnosu na zakonodavstvo u bližem

okruženju i u uporednom pravu, kao i u svjetlu nauke i prakse [1]. U ovom radu pažnju ćemo usredsrediti na Predlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku koji je ušao u proceduru uz prethodni osvrt na neka pitanja značajna za reformu ovog zakonodavstva.

Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva prisutna je ne samo na ovim prostorima i u zemljama bivšeg realsocijalizma gdje su duboke promjene na društvenoekonomoskom planu determinisale i legislativna promjene, nego i u zemljama stabilnijeg pravnog poretka. Reforma ove grane zakonodavstva na pomenutim prostorima, zadnjih decenija, karakteristična je i po tome što je sve naglašeniji uticaj naddržavnih organizacija koje propisuju pravila krivičnog postupka nastojeći da uspostave pravne standarde s kojima se harmonizuju nacionalni pravni sistemi.[2]

2. Kao i u zemljama nastalim na prostoru bivše Jugoslavije, u Crnoj Gori u zadnjoj deceniji zabilježene su česte zakonodavne intervencije u oblasti krivičnog procesnog zakonodavstva donošenjem dva Zakonika o krivičnom postupku [3] i dva Zakona o izmjenama i dopunama ZKP [4]. U svim segmentima ove reforme nastojalo se da Crna Gora postane moderna pravna država, ne samoproglašavanjem takvom, nego da takvu ocjenu dobije od relevantnih međunarodnih faktora.[5] To se, između ostalog postiže prvo donošenjem modernog i savremenog zakonodavstva usaglašenog sa opšteprihvaćenim pravnim standardima i savremenim trendovima, i drugo, adekvatnom implementacijom takvog zakonodavstva [5].

3. Donošenje modernog zakonodavstva podrazumijeva i poštovanje opšteprihvaćenih pravila i zakonodavnog postupka prilikom pripremanja i usvajanja zakonskih tekstova. Koliko je taj zakonodavni postupak u reformi krivičnog procesnog zakonodavstva u Crnoj Gori poštovan najbolje ćemo sagledati, ako u par rečenica, izložimo kako taj postupak izgleda. U savremenoj zakonodavnoj praksi opšte pravilo je da se izradi zakona pristupa tek nakon što budu predstavljena i prihvaćena od strane predlagača sva pitanja vezana za neophodnost, svrhu, obim, budžetske implikacije, socijalni i ekonomski uticaj i kapacitete za usvajanje takvog zakona.

U zakonodavnom postupku inkorporirano je više značajnih pitanja:

- Ciljevi zakona, - koji se rezultat zahtijeva i zašto?,
- potreba za zakonom – da li je zakon potreban da bi se postigao taj rezultat?,
- izmjene i dopune ili donošenje novog zakona?
- Brzina i dinamika donošenja novog zakona i da li je potrebna hitnost?

---

[1] dr Branislav Ristivojević: Aktuelna pitanja sadašnjeg stanja materijalnog krivičnog zakonodavstva Srbije, u Zborniku "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva - normativni i praktični aspekt", Zlatibor, 2012 g. str.42

[2] dr Vojislav Đurđić: Komparativna rešenja u prethodnom krivičnom postupku i njihova implementacija u krivično procesno zakonodavstvo, u Zborniku "Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo"., Beograd, 2009.str.137

[3] Zakonik o krivičnom postupku, Službeni list RCG broj 71, 2003 i zakonik o krivičnom postupku, Službeni list CG, broj 57/09

[4] Zakon o izmjenama i dopunama ZKP, Službeni list RCG broj 47/06 i broj 49/10

[5] O tome šire dr Drago Radulović: Aktuelna pitanja krivičnoprocesnog zakonodavstva Crne Gore, Pravni zbornik, br.1-2, 2013.

- kakav uticaj zakon ima na druge zakone?

- spoljašnja pravna usaglašenost sa međunarodnopravnim dokumentima,

- mogućnost implementacije,

- uočeni problemi u primjeni važećeg zakona [6].

Faktori prostor i vrijeme su značajne odrednice kod donošenja zakona. Vrijeme, u smislu da se zakoni kao što je ZKP, za kojeg važi mišljenje da poslije ustava predstavlja najznačajniji pravni akt, ne rade na brzinu, kao što je bilo u dosadašnjoj zakonodavnoj praksi Crne Gore, pa i u državama u okruženju [7], i sa druge strane, da li u ovom vremenu posezati za nekim zakonskim rešenjima za koja ne znamo da li je sazrelo vrijeme za njihovo ozakonjenje. To što su se neka zakonska rešenja iz uporednog prava pokazala dobrim u drugim pravnim sistemima i u određenom vremenu, ne znači da se na našem prostoru i u ovom vremenu moraju pokazati takvim. Zato treba imati mjeru kod preuzimanja tuđih zakonskih rešenja, odnosno ta mjera treba da bude u ravnoteži sa našom pravnom tradicijom.

4. Savremene države danas prihvataju određene pravne standarde[8] pogotovo one koji se tiču zaštite osnovnih ljudskih prava u krivičnom postupku i koji su zagarantovani međunarodnim pravnim aktima. Razlike u pravno – tehničkim modalitetima uslovile su formiranje različitih krivičnoprocesnih sistema i izdvajanje osnovnih parametara za uporednopravnu analizu pojedinih krivičnoprocesnih mehanizama i instituta u različitim državama.[9]

Koliko je naše zakonodavstvo usaglašeno sa međunarodnim pravnim aktima govore i tzv. ekspertska mišljenja eksperata Savjeta Evrope budući da se zakonski projekti u fazi nacrta i predloga dostavljaju ovim ekspertima radi stručne ekspertize. Međutim, ne možemo se oteti utisku da su te ekspertize, koje se uglavnom svode na pitanje usklađenosti sa Evropskom konvencijom o osnovnim ljudskim pravima i slobodama, ponekad, u dobroj mjeri proizvoljne, pa i pogrešne, što može da bude posljedica neadekvatnog ili pogrešnog prevoda, ili posmatranje zakonskih odredbi izdvojeno iz sistema i nesagledavanje cjeline.[10]

Jer neka zakonska odredba izdvojena iz cjeline može da pokaže drugačiji smisao od stvarnog.

Komparativni pristup omogućava, s jedne strane, pogled preko granice na sopstveni pravni sistem i s druge strane, značajnu ulogu inostrano pravo ima u interpre-

---

[6] dr William Neilson: Uporedno pravni pregled zakonodavnog procesa u demokratskim parlamentarnim sistemima, u Zborniku, "Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo", Beograd, 2009.godine str.21.

[7] O tome šire dr Drago Radulović: Osnovne karakteristike nove reforme krivičnoprocesnog zakonodavstva Crne Gore, u Zborniku "Ustav Republike Srbije, Krivično zakonodavstvo i organizacija pravosuđa", Zlatibor, 2007.godine str. 441 -454.

[8] O tome šire dr Drago Radulović: Krivičnoprocesno zakonodavstvo Crne Gore i standardi Evropske unije, u Zborniku "Krivično zakonodavstvo i standardi Evropske unije" Zlatibor, 2010.godine, str. 223 do 234.

[9] dr Milan Škulić: Osnovne karakteristike krivičnoprocesnih modela i njihov uticaj na reformu krivičnog postupka Srbije, Pravna riječ, broj 33, 2012.godine, str.468.

[10] o tome šire dr Drago Radulović: Novi Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore – progresivna ili regresivna rešenja, Pravna riječ, br. 19,2009. godine str. 444 do 454.

taciji sopstvenih zakona, što je posebno značajno kada se radi o državama koje su svoje zakone o krivičnom postupku kreirale preuzimanjem modela drugih država.[11]

Iskustva u primjeni važećeg zakona su takođe značajna u opšteprihvaćenom zakonodavnom postupku, zapravo, praksa treba znatnije da trasira put ka novom zakonu ili njegovim izmjenama, jer je ona najbolje ogledalo zakona i pokazatelj koji se problemi javljaju u primjeni:[12] Prvi korak na tom putu reforme trabalo bi da bude jedno empirijsko istraživanje kojim bi se istražilo koji su problemi u primjeni važećeg ZKP, da bi se u novom ti problemi otklonili. Na ovolikom prostoru kakav je Crna Gora to nije bilo teško ni sprovesti.

5. Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva, kao i krivičnog zakonodavstva uopšte u Crnoj Gori poklapa se i sa vremenom tranzicije, kao i sa vremenom ekonomske i finansijske krize, pa se postavlja pitanje da li je takav ambijent pogodan za reformu krivičnog zakonodavstva? U ovakvom ambijentu sve izražajnijeg osiromašenja usled nezaposlenosti i osjećanja nesigurnosti stopa kriminaliteta, naročito nekih njegovih pojavnih oblika, raste, pa i " zahtjevi" javnosti za krivičnopravnom represijom. Međutim, kada je kažnjavanje u pitanju glas naroda je, u pravilu, pogrešan i iracionalan. Istorijski razvoj krivičnog prava pokazuje da je javnost brza i laka na obilježavanju okrivljenih i stvaranju predrasuda o njima, iako je ova grana prava izvorno zamišljena da popravlja, a ne diskriminiše, tako da zakonodavac ne smije da podlegne pritisku koji stvara pojava, kako je kriminologija naziva, "punitiva javnost".[13]

I stavove nauke zakonodavac treba da ima u vidu, i to ne samo nauke krivičnog prava, nego i drugih, ukoliko želi da neka norma odgovara društvenoj stvarnosti i realnim društvenim potrebama.[14]

Još jedna tendencija je prisutna u reformisanju krivičnoprocesnog zakonodavstva da se sve detaljno reguliše, čime se ulazi u nepotrebnu koznistiku. To je, po našoj ocjeni, nepotrebno, pa i pogrešno, jer krivičnopravna norma treba da ima visok stepen opštosti, ali koja ne smije da pređe određenu granicu kada postaje neodređena, a bilo bi poželjno da bude razumljiva i običnim građanima kojima je adresirana.[15]

6. Kao što smo na početku naveli reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva je nastavljena jer se u proceduri nalazi predlog Zakona o izmjenama i dopunama ZKP. Da li su nam potrebne ovako česte izmjene u ovoj grani zakonodavstva, nećemo se ovdje baviti [16] ali možemo zapaziti da se ovoga puta na nešto drugačiji način pristupi-

[11] dr Gordana Lažetić - Bužarovska i drugi: Komparativno krivično pravo, "Akademik doel", Skoplje, 2001.g. str.468.

[12] O tome šire dr Drago Radulović: Da li su iskustva u jednogodišnjoj primjeni novog Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore već trasirala put njegovim izmjenama i dopunama, Pravna riječ, br. 33, 2012.g. str.415 do 428.

[13] dr Branislav Ristivojević: Op.sit.str.68

[14] dr Zoran Stojanović: Uloga nauke krivičnog prava i drugih naučnih disciplina u procesu određivanja inkriminacija, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1980. g. str.304

[15] dr Zoran Stojanović: Postupak pripreme zakonodavstva i njegov uticaj na sadržaj zakonskog teksta, u Zborniku "Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo", Beograd, 2009. godine str.65.

[16] O tome šire dr Drago Radulović: Da li su nam potrebne tako česte izmjene krivičnoprocesnog zakonodavstva, Pravna riječ, br. 23, 2010. g. str. 63 do 79.

lo reformi. Tako je Vlada Crne Gore 2009.godine donijela Plan implementacije ZKP i obrazovala Komisiju za praćenje implementacije ZKP sa zadatkom da, između ostalog, koordinira aktivnosti na sprovođenju Plana implementacije. U cilju daljeg praćenja primjene ZKP u 2012. godini organizovana je regionalna konferencija pod radnim naslovom "Modeli zakonskih rešenja u borbi protiv organizovanog kriminala i korupcije" i tri stručne rasprave na kojima su razmatrana aktuelna pitanja u vezi sa primjenom ZKP. Na osnovu ovih aktivnosti kao i izvještaja i predloga sa terena od Vrhovnog suda, Vrhovnog državnog tužilaštva, Ministarstva unutrašnjih poslova, Uprave policije, Apelacionog suda, viših sudova i nekih osnovnih sudova, Ministarstvo pravde je pripremilo izvještaj o potrebi izmjena i dopuna ZKP na osnovu koga je Vlada utvrdila da postoji potreba za donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama ZKP.

Ministarstvo pravde, odnosno Vlada je utvrdila da postoji više razloga za izmenu krivičnoprocesnog zakonodavstva. Prvo, to je usklađivanje sa Ustavom jer je za neke odredbe ZKP bio pokrenut postupak ocjene ustavnosti. Dalje, ide se daljem osavremenjavanju ZKP korišćenjem nekih zakonskih rešenja iz uporednog zakonodavstva. Osim toga, određeni nacionalni dokumenti kao što je Akcioni plan za pregovaračka poglavlja 23 i 24 odnose se na unapređenje ovog zakonodavstva u okviru strateškog cilja jačanje efikasnosti pravosuđa. I na kraju, možda i najvažnije izvještaji i predlozi sa terena za izmjenama ZKP zbog određenih nejasnoća, i problema u praktičnoj primjeni nekih odredbi ZKP.

Upravo sve izmjene i dopune u Predlogu izmjena i dopuna ZKP bismo mogli i podijeliti u dvije grupe: one kojima se otklanjaju određene nejasnoće i protivrečnosti nekih odredbi ZKP i na one koje su nove. Mi ćemo se osvrnuti na ono što predstavlja novinu u ZKP.

7. Značajna novina jeste uvođenje odredbe koja jasno propisuje kada se uzima da krivični postupak počinje. Inače u odsustvu takve odredbe mišljenja u teoriji su bila podijeljena po jednom mišljenju krivični postupak započinje aktom tužioca (shodno principu *nemo iudex sine actore*)[17]. Po drugom stanovištu se uzima da krivični postupak počinje odlukom suda, a akt tužioca je samo pretpostavka za pokretanje krivičnog postupka[18]

Zakonodavac je, uglavnom preuzeo rešenje iz Zakonika o krivičnom postupku Srbije,[19] pa je prihvaćeno jedno mješovito rešenje u odnosu na ranije podijeljena mišljenja, pa se u slučaju kad se istraga sprovodi uzima da postupak počinje donošenjem naredbe o sprovođenju istrage (dakle aktom tužioca) , u ostalim slučajevima postupak počinje odlukom suda i to:

---

[17] dr Zagorka Jekić: Krivično procesno pravo, Beograd, 1994.g. str.289

[18] dr Božidar Marković: Udžbenik sudskog krivičnog postupka Kraljevine Jugoslavije, Beograd, 1993. g. str. 450, dr Tihomir Vasiljević: Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Beograd, 1981.g. str.13, dr Čedomir Stevanović: Krivično procesno pravo, Beograd, 1994.g. str. 292, dr Momčilo Grubač: Krivično procesno pravo, Tok krivičnog postupka, Novi Sad, 1998. g. str.1, dr Drago Radulović: Krivično procesno pravo, Podgorica, 2002 g. str. 283.

[19] Vidjeti dr Goran P. Ilić i drugi: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Službeni glasnik, Beograd, 2013. g. str.81

- potvrđivanjem neposredne optužnice,

- određivanjem glavnog pretresa u skraćenom postupku, odnosno donošenjem rešenja o izricanju krivičnih sankcija bez glavnog pretresa,

- određivanjem glavnog pretresa u postupku za izricanje mjera bezbjednosti obaveznog liječenja i čuvanja

- odlukom suda o pokretanju postupka po privatnoj tužbi,

- potvrđivanjem optužbe oštećenog kao tužioca

Određivanje početka krivičnog postupka za tekući krivični postupak važno je za ostvarivanje određenih prava okrivljenog u krivičnom postupku (na primjer pravo na obaveznog branioca), ali je takođe važno i za ograničavanje određenih prava okrivljenog van krivičnog postupka, što je regulisano drugim zakonima.

8. U praksi je bilo sporno da li u sudećem vijeću može učestvovati sudija za istragu koji je odlučivao o pritvoru, obzirom da su postojale razlike u tumačenju odredbe "ako je u istom predmetu vršio dokazne radnje". Jedni su bili mišljenja da se kod određivanja pritvora ne vrše dokazne radnje, nego samo "izjašnjavanje okrivljenog o okolnostima djela". Drugi su bili drugačijeg mišljenja i bili su u pravu, da se i kod određivanja pritvora vrše dokazne radnje. Zakonodavac je to riješio odredbom da sudija za istragu ne može učestvovati u suđenju u predmetu u kojem je postupao kao sudija za istragu.

9. U ZKP je uveden institut svjedoka saradnika još 2003.g. u postupku za krivična djela organizovanog kriminala.

Aktuelnim izmjenama i dopunama uveden je institut parcijalnog procesnog imuniteta svjedoka. Dosadašnji ZKP, kao i sva savremena zakonodavstva, shodno principu zabrane samooptuživanja, propisao je da svjedok ima pravo da ne odgovara na pojedina pitanja kad je vjerovatno da bi time izložio sebe i svoje bliske srodnike i bračnog druga teškoj sramoti ili krivičnom gonjenju.

Dakle, ovim je učinjen izuzetak od pravila da svjedok mora da iskazuje istinito i potpuno o svim činjenicama koje su mu poznate o događaju o kojem iskazuje kao svjedok. Sada je ustanovljena mogućnost da državni tužilac da izjavu da neće pokrenuti krivični postupak, ako je uskraćeni odgovor na pitanje i uskraćeni iskaz svjedoka važan za dokazivanje tačno određenog krivičnog djela drugog lica, a koja djela su taksativno navedena u ZKP i radi se o težim krivičnim djelima. Izjava o nepreduzimanju krivičnog gonjena se može dati za krivično djelo za koje se može izreći kazna zatvora do dvanaest godina, a u svakom slučaju kazna za krivično djelo za koje bi svjedok mogao da bude izložen krivičnom gonjenu mora biti manja u odnosu na kaznu koja je propisana za krivično djelo u odnosu na koje svjedoči. Dalje je propisano postupanje državnog tužioca i kad je u pitanju pribavljanje iskaza svjedoka i davanje izjave da se svjedok neće goniti ukoliko da potpun i jasan iskaz, a uz to potkrijepljen drugim dokazima. Ako i pored datog iskaza državni tužilac ne da izjavu da neće pokretati postupak, izjava svjedoka ili odgovor na pitanja se izdvaja iz spisa i ne može se koristiti kao dokaz u odnosu na krivično djelo na koje se odnosi izjava, ali se može goniti za krivično djelo davanja lažnog iskaza.

Ova odredba je, uz određene modifikacije, preuzeta iz ZKP Hrvatske koja je i tamo izmijenjena budući da je prvobitnu odredbu Ustavni sud Hrvatske proglasio neustavnom.

Međutim, mogu joj se staviti ozbiljni prigovori. Prvo, bez obzira što se to u Zakonu ne naglašava i ovdje se radi o nekoj vrsti svjedoka saradnika, jer državni tužilac raspolaže određenim indicijama da je i svjedok u kriminalnoj zoni, ali nema i dovoljno dokaza za to. Drugo, državni tužilac obećava svjedoku da neće preduzeti gonjenje protiv njega ako da izjavu koja odgovara tužiocu, pa potom ako mu taj iskaz odgovara, državni tužilac daje pisanu izjavu da neće preduzeti krivično gonjenje, a u protivnom neće dati izjavu. Dakle, državni tužilac"navuče" svjedoka da iskazuje, pa ovisno od toga da li je zadovoljan iskazom određuje svoje dalje ponašanje. Mislimo da ovo može da stvori problem u praksi, pa čak mislimo da ovom normom, bez obzira na očekivanja, državni tužilac neće ništa dobiti iz prostog razloga što sumnjamo da će u ovakvom stanju stvari svjedoci prihvatiti da svjedoče.

10. Kada su u pitanju mjere tajnog nadzora (specijalne dokazne radnje) i tu su učinjene određene izmjene, a potrebu za izmjenama iskazala je praksa. Mjere se određuju prema određenom licu i za određeno krivično djelo. Novina je da se mjera "praćenje prevoza i isporuke predmeta krivičnog djela" može odrediti i prema predmetu krivičnog djela u slučaju kada se ne raspolaže saznanjima o identitetu učinioca krivičnog djela. Nadalje, mjere se mogu narediti i prema licu za kojim je raspisana međunarodna potjernica ili prema trećem licu za koje postoji osnov sumnje da je u direktnom kontaktu sa licem za kojim je raspisana međunarodna potjernica.

U praktičnoj primjeni odredaba o mjerama tajnog nadzora pojavilo se nekoliko problema – problem njihovog trajanja (u smislu da li je optimalan rok od sedam mjeseci koliko su maksimalno mogle da traju), da li se može prekinuti izvršenje mjere i ponovo nastaviti i kakve posljedice ima prekid na rok maksimalnog trajanja, te da li se može jedna mjera zamijeniti, drugom i kako se to odražava na maksimalno trajanje mjere. Odmah da kažemo da su mnoga pitanja proizvod nerazumijevanja ili mišljenja da sve u ZKP treba da bude detaljno regulisano, pa da ne treba tumačenje, nego samo čitanje norme. Ali, da bi se otklonile sve dileme i riješila sporna pitanja predložene za izmjene i dopune spornih odredbi, tako da je pripisano da mjere mogu da traju do četiri mjeseca, a iz opravdanih razloga mogu se za isto krivično djelo i protiv istog lica produžiti najduže do osamnaest mjeseci. Uz to predviđeno je da se izvršenje mjere može naredbom prekinuti kad prestanu razlozi za njihovu primjenu, ali se prekinute mjere iz opravdanih razloga mogu nastaviti, a u maksimalni rok se računa i vrijeme prekida izvršenja mjere.[20]

Ako se u toku izvršenja mjere pokaže da se tom mjerom ne može postići svrha, ona se može zamijeniti drugom mjerom, ali se u maksimalni rok trajanja novoodređene mjere računa i vrijeme trajanja i prethodno određene mjere.

11. Odredbe o pritvoru, kao najtežoj mjeri obezbeđenju prisustva okrivljenog u krivičnom postupku, našle su se pod lupom zakonopisca. Na potrebu izmjena i do-

[20] U jednoj verziji je bilo predviđeno da se prekid izvršenja mjere ne računa u rok njenog maksimalnog trajanja, čime bi faktički njihovo trajanje bilo neograničeno.

puna nekih ukazao je Ustavni sud, a na neke praksa. Ove na koje je ukazala praksa mislimo da su rezultat nerazumijevanja, a ne nejasnoće norme.

Ustavni sud je proglasio neustavnom odredbu člana 175. st.1. tač. 4 ZKP. Radi se o odredbi sličnoj nekadašnjem tzv "uznemirenju javnosti" koje je i ranije bilo sporno, a po kojoj se pritvor može odrediti ako je u pitanju krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora od deset godina ili teža kazna i koje je posebno teško zbog načina izvršenja ili posljedica, a postoje izuzetne okolnosti koje ukazuju da bi puštanje na slobodu dovelo do ozbiljne prijetnje očuvanju javnog reda i mira. Po ocjeni Ustavnog suda dio pomenute odredbe "a postoje izuzetne okolnosti koje ukazuju da bi puštanje na slobodu dovelo do ozbiljne prijetnje očuvanju javnog reda i mira" u suprotnosti je sa članom 30. st.1 Ustava, po kojoj se pritvor može odrediti samo iz procesnih, a ne i vanprocesnih razloga. Izmjena je učinjena tako što je iz postojeće norme izostavljen osporeni dio.

Odredba o određivanju pritvora, sadržaju rešenja o određivanju pritvora i o pravu na žalbu i odlukama po žalbi "pojašnjena" je onima koji je u praksi nisu razumjeli. Pravilo je da se pritvor određuje nakon saslušanja okrivljenog, ali je sada kao izuzetak od toga predviđeno da se rešenje može donijeti i bez saslušanja okrivljenog ako se on krije ili ako se ne odazove pozivu za glavni pretres, uz obavezu da se on sasluša u roku od 48 časova nakon lišenja slobode, kada će se odlučiti o daljoj "sudbini" pritvora. Na rešenje o određivanju pritvora osim okrivljenog i njegovog branioca može žalbu izjaviti i državni tužilac zbog osnova po kojem je pritvor određen obzirom da je važno po kom osnovu je pritvor određen.

Precizirano je kakve odluke vijeće može donijeti po žalbi na rešenje o određivanju pritvora, odnosno na rešenje o odbijanju predloga za određivanje pritvora pošto to u važećem ZKP nije precizno određeno iako se tumačenjem moglo zaključiti kakve odluke su moguće.

Uvedeno je obavezno ukidanje pritvora ako to predloži državni tužilac što je i logično u tužilačkom konceptu istrage jer državni tužilac najbolje zna da li je potrebno okrivljenog držati u pritvoru u toku istrage.

12. Jednakost oružja na kojoj se, između ostalog temelji načelo pravičnosti krivičnog postupka, ogleda se i u pravu na uvid u spis predmeta, pa su Predlogom unesena dva nova člana kojima se reguliše pravo uvida u spis predmeta, odnosno kad se to pravo može ograničiti. Osumnjičeni, odnosno okrivljeni i branilac imaju pravo uvida u spis predmeta nakon njihovog saslušanja, odnosno nakon podizanja privatne tužbe. Oštećeni i njegov punomoćnik imaju pravo uvida u spis predmeta, a ako bi uvid u spis prije saslušanja uticao na iskaz oštećenog, pravo uvida stiče tek nakon saslušanja.

Uvid u spis predmeta može se uskratiti u izviđaju i istrazi ako bi time bila ugrožena svrha istrage, nacionalna bezbjednost i zaštita svjedoka ali se u daljem postupku ne može ugroziti pravo na odbranu. O uskraćivanju uvida u spis odlučuje državni tužilac rešenjem na koje se može, preko državnog tužioca, izjasniti žalba sudiji za istragu.

13. U okviru policijskih ovlašćenja iz člana 257. ZKP policija može da preduzme potrebne mjere da se pronađe učinilac krivičnog djela, da se učinilac ili saučesnik ne sakrije ili ne pobjegne, da se otkriju i obezbijede tragovi krivičnog djela i predmeti koji mogu poslužiti kao dokaz kao i da prikupi sva obavještenja koja mogu biti od koristi, za uspješno vođenje krivičnog postupka. U sklopu tih mjera mogla je da zatraži od pružaoca usluga elektronskih komunikacija provjeru identičnosti telekomunikacijskih adresa koje su u određenom vremenu uspostavile vezu. Ovo ovlašćenje policije je od strane Agencije za zaštitu ličnih podataka ocijenjeno suprotno Ustavu, pa je pred Ustavnim sudom pokrenut postupak za ocjenu ustavnosti ove odredbe, jer je riječ o radnji kojom se povređuje pravo na privatnost. To je bio razlog da se u Predlogu izmjena i dopuna ZKP ovo ovlašćenje policije izostavi, ali je unesena nova odredba čl.257. A pod nazivom "Dostavljanje podataka o elektronskom komunikacijskom saobraćaju" , kojom je regulisana provjera uspostavljanja telekomunikacijskog kontakta. Obzirom na dubinu zahvata u osnovna ljudska prava, koji je kod ovakve potražne radnje znatno viši, nego što li je to u odnosu na druge potražne radnje, provjera uspostavljanja elektronskog komunikacijskog saobraćaja koja se vrši radi prikupljanja dokaza i otkrivanja učinilaca krivičnog djela za koje se goni po službenoj dužnosti može se vršiti samo na osnovu naredbe suda. Tako je u pomenutoj odredbi propisano ako postoje osnovi sumnje da je registrovani vlasnik ili korisnik telekomunikacionog sredstva izvršio, vrši ili se priprema za vršenje krivičnog djela za koje se goni po službenoj dužnosti, na osnovu naredbe sudije za istragu, a radi otkrivanja učinioca i prikupljanja dokaza ili radi lociranja, identifikacije lica i traganja za licem koje se nalazi u bjekstvu ili lica za kojim je raspisana međunarodna potjernica, policija može:

- od operatera komunikacijskih usluga zatražiti provjeru istovjetnosti, trajanja i učestalosti komunikacije sa određenim elektronskim telekomunikacijskim adresama, utvrđivanje mjesta na kojima se nalaze lica koja uspostavljaju elektronsku komunikaciju, kao i identifikacijske oznake uređaja,

- tehničkim uređajem izvršiti identifikaciju IMISI i IMEI broja i lociranje telefona i drugih sredstava za elektronsku komunikaciju,

Ista mjera se može narediti i za lice povezano sa vlasnikom ili korisnikom telekomunikacijskog sredstva.

Naredbu za preduzimanje ovih radnji sudija za istragu donosi na obrazloženi predlog državnog tužioca u roku od četiri sata . Ako postoji opasnost od odlaganja preduzimanje mjere može započeti na osnovu usmene naredbe sudije za istragu, ali se pisana naredba mora obezbijediti u roku od 24 sata od izdavanja usmene naredbe.

Ako državni tužilac ne pokrene krivični postupak, ili ako se lice za kojim se traga pronađe, prikupljeni materijal u zatvorenom omotu se dostavlja sudiji za istragu, koji će narediti da se prikupljeni materijal u prisustvu državnog tužioca uništi o čemu se sačinjava zapisnik.

Isto će se postupiti i ako državni tužilac donese naredbu o sprovođenju istrage, ali ne koristi prikupljeni materijal.

Ova odredba u nešto izmijenjenom obliku, prenijeta je iz ZKP Hrvatske. Da li je dobro rešenje pokazaće praksa , ali se da primijetiti da je ova mjera dosta slična mjerama tajnog nadzora (Specijalnim dokaznim radnjama), u okviru kojih imamo i mjeru tajnog nadzora i snimanja telefonskih razgovora, odnosno druge komunikacije na daljinu, tako da se može postaviti pitanje da li je bilo potrebe za ovom odredbom, odnosno da li se ono što se želi postići ovim mjerama moglo normativno urediti u okviru mjera tajnog nadzora. Međutim, u svakom slučaju riješen je problem ustavnosti ranije odredbe koja je davala ovlašćenje policiji da preduzme ovu mjeru, jer sada policija postupa po naredbi suda.

14. Značajna novina je unošenje odredbe o pribavljanju podataka o bankovnim računima i bankarskim transakcijama, po kojoj odrediti na osnovu naredbe državnog tužioca, policija može zatražiti od banaka podatke o bankovnim računima i bankarskim transakcijama ako postoje osnovi sumnje da je određeno lice izvršilo, vrši ili se priprema za vršenje krivičnih djela za koja se goni po službenoj dužnosti, a radi otkrivanja učinioca i prikupljanja dokaza ili radi lociranja, identifikacije lica i traganja za licem koje se nalazi u bjekstvu ili lica za kojim je raspisana međunarodna potjernica. Banka je dužna da tražene podatke dostavi u roku koji odredi državni tužilac. Ako banka ne odgovori zahtjevu, državni tužilac može zahtijevati da sudija za istragu donese rešenje kojim će obavezati banku na dostavljanje traženih podataka. U slučaju ne izvršenja rješenja sudije za istragu, sudija za istragu može kazniti banku novčanom kaznom u iznosu do 50.000,00 €., a odgovorno lice u banci novčanom kaznom do 5.000,00 €.

U vezi sa ovom odredbom može se postaviti nekoliko pitanja. Prvo, zašto policija da od banke traži podatke o bankarskim računima i bankarskim transakcijama, a na osnovu naredbe državnog tužioca. Zašto to ne traži državni tužilac, a onda će on uključiti policijske službenike koji su stručnjaci iz te oblasti.

Možda se može postaviti pitanje da li i državni tužilac to može bez odluke suda . Nadalje, može se postaviti pitanje kako traženi podaci mogu doprinijeti lociranju, identifikaciji lica i traganju za licem koje se nalazi u bjekstvu?

15. Do sada je postojala mogućnost da i policija sasluša osumnjičenog u izviđaju po pravilima o saslušanju okrivljenog i da se taj iskaz može koristiti kao dokaz u krivičnom postupku pod uslovom da to odobri tužilac, da osumnjičeni na to pristane i da saslušanju prisustvuje branilac. Ta odredba je sada izmijenjena jer se ne traži pristanak osumnjičenog a saslušanje osim policije mogu da obave i službenici organa državne uprave nadležnog za poslove carina. Kakvog će uticaja u praksi imati to što se ne traži pristanak osumnjičenog, ostaje da se vidi, mada mislimo da neće nastati značajne promjene jer jednostavno osumnjičeni može da iskoristi svoje pravo da ne odgovara na pitanja i da ne iznosi odbranu.

16. Interesantno koliko je u praksi prisutno nerazumijevanje "duha zakona" [21] i odsustvo sistematskog tumačenja, vidi se na primjeru radnje prikupljanja obavještenja od građana kojem je posvećeno nekoliko odredbi. U članu 259. ZKP regulisana

[21] Valtazar Bogišić je rekao: "Ko samo riječi zakona znade, on zakona ne znade dok mu ne shvati duh i smisao.

je radnja prikupljanja obavještenja od građana od strane policije, u čl. 261. ZKP regulisano je pitanje kako se postupa u slučaju ako se u toku prikupljanja obavještenja ocjeni da pozvani građanin može biti osumnjičeni, a u članu 262. je regulisano kako se postupa ako pozvanog građanina u izviđaju treba saslušati kao svjedoka i određeno je da to saslušanje vrši državni tužilac. Dakle, u ova tri člana prati se "put" pozvanog građanina. U državnom tužilaštvu su tumačili da državni tužilac u izviđaju kao svjedoka može saslušati samo lice kojeg je prethodno policija pozvala u svojstvu građanina. Takvo jedno, sasvim pogrešno tumačenje, je bio razlog za izmjenu stava 1. člana 262. ZKP-a pa on sada glasi "Ako u toku izviđaja državni tužilac ocijeni da je radi donošenja naredbe i sprovođenja istrage potrebno neko lice saslušati kao svjedoka, saslušanje će se obaviti u skladu sa odredbama člana 113. ZKP-a (opšte odredbe o saslušanju okrivljenog). Intervencija sasvim nepotrebna jer nema nikakve smetnje da državni tužilac i u izviđaju u svojstvu svjedoka sasluša bilo koje lice , a ne samo ono koje je u svojstvu građanina pozvala policija.

17. U ZKP je predviđen samo jedan vid sudske kontrole optužnice i svaka optužnica se dostavlja tročlanom vijeću radi kontrole i potvrđivanja. I ranije smo bili mišljenja[22] da bi tu odredbu trebalo preurediti i napraviti određenu diferencijaciju obzirom na težinu krivičnog djela. To je sada i učinjeno tako da kontrolu i potvrđivanje optužnice za krivična djela koja u prvom stepenu sudi sudija pojedinac (krivično djelo za koje je pisana novčana kazna ili kazna zatvora do deset godina) vrši predsjednik vijeća iz člana 24 stav 7 ZKP, a za krivična djela koja sudi vijeće, kontrolu i potvrđivanje optužnice vrši vijeće iz čl.24 stav 7 ZKP.

18. Institut sporazuma i priznanja krivice u naše zakonodavstvo je uveden ZKP-om 2009.god., ali se vrlo malo primjenjuje. Što je razlog nedovoljnoj primjeni ovog instituta teško je reći[23] da li je to izbjegavanje okrivljenog da ide na sporazum ili nespremnost tužioca možemo samo pretpostavljati, ali i ostati dalje vremenu da pokaže opravdanost ovog instituta. Za razliku od većine zakonodavstava koja poznaju ovaj institut bez ograničenja obzirom na težinu krivičnog djela, u našem zakonodavstvu je to bilo ograničeno na krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora do deset godina.

Predlogom izmjena i dopuna to ograničenje je i kod nas ukinuto i može se ići na zaključenje sporazuma za sva krivična djela. Uz to inicijativa za zaključenje sporazuma proširena je i na osumnjičenog (dakle, već u izviđaju), a precizirano je da se uz sporazum o priznanju krivice koji je zaključen prije podizanja optužnice, sudu dostavlja i optužnica koja čini sastavni dio sporazuma. Da li će se proširenje pravnog osnova primjene sporazuma o priznanju krivice za sva djela odraziti na obim primjene, ostaje da vidimo, ali iskustva u drugim zemljama govore da se sporazum

[22] O tome šire dr Drago Radulović: Sudska kontrola optužnice u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Crne Gore, u Zborniku "Optuženje i drugi krivično pravni instrumenti državne reakcije na kriminalitet", Zlatibor 2014, str.243 do 252

[23] O tome šire dr Drago Radulović: Sporazum o priznanju krivice u svijetlu Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore, Pravna riječ, br.37, 2013. god. str.463-475

najmanje primjenjuje za najteža djela.[24] Do sada nije bilo regulisano šta se radi sa pritvorom ako je presuda donesena na osnovu sporazuma o priznanju krivice, a optuženi se nalazi u pritvoru. To je sada riješeno tako što se optuženi koji se nalazi u pritvoru upućuje na izdržavanje kazne ako je vrijeme provedeno u pritvoru kraće od dužine izrečene kazne zatvora.

Značajna novina koja može doprinijeti efikasnosti krivičnog postupka jeste da drugostepeni sud odlučujući o žalbi može samo jednom ukinuti prvostepenu presudu i predmet vratiti na ponovno odlučivanje.

19. Odredbe o skraćenom krivičnom postupku su djelimično izmijenjene. Sudovi su često imali primjedbe na sadržinu optuženog predloga u smislu da često nedostaju potrebni podaci o učiniocu i djelu, obzirom da optužni predlog nema sve one identifikacione podatke kao i optužnica. Izmjenama ZKP su izjednačeni ovi elementi optužnice i optužnog predloga. Kontrola optužnog predloga i privatne tužbe do sada se svodila na to da sud (sudija, pojedinac) ispituje samo da li je sud nadležan i da li postoje uslovi za odbacivanje optužnog predloga, odnosno privatne tužbe, što je takođe stvaralo probleme u praksi zbog nedovoljnog razjašnjenja stvari. Ova odredba je sada izmijenjena pa pored ispitivanja nadležnosti i uslova za odbacivanje ovih akata sudija će ispitati da li je stanje stvari dovoljno razjašnjeno za odlučivanje. Ako sudija utvrdi da je potrebno bolje razjašnjenje stanja stvari da bi se ispitala osnovanost optužnog predloga, vratiće optužni predlog državnom tužiocu da u roku od 30 dana sprovede određene dokazne radnje koji rok se iz opravdanih razloga može i produžiti.

20. Osvrnuli smo se samo na najvažnije novine u Predlogu Zakona o izmjenama i dopunama ZKP i kao odgovor na pitanje iz naslova ovog rada možemo iznijeti utisak o ovom zakonskom tekstu. Smatramo da će i pored nekih prigovora koji mu se mogu uputiti Zakon doprinijeti i osavremenjavanju našeg krivičnopravnog zakonodavstva i da on u dobroj mjeri odgovara zahtjevima nauke i potrebama prakse i uopšte potrebama našeg današnjeg društvenog trenutka. Treba samo da subjekti koji učestvuju u njegovom oživotvorenju, posebno državni organi i advokatura, budu na visini zadatka i da se radi u povoljnoj atmosferi.

[24] dr Veljko Ikanović: Materijalnopravni i procesni aspekt priznanja krivice, RKK, br.1-2, 2012. god.,str.278

DragoRadulovic, Ph.D.
Full professor, of Faculty of Law in Podgorica
University of Montenegro

NEW REFORM OF CRIMINAL PROCEDURE LEGISLATION OF MONTENEGRO PROGRESSIVE OR REGRESSIVE SOLUTIONS

Summary

The article gives a critical review on the new solutions in the Draft Law on Amendments to the Criminal Procedure Code.At the beginning the author is focused on the rules and standards of the legislative procedure common in modern comparative law.The legislative process includes several important issues such as: the aim of the law, the need for law, requirements of practice, compliance with international and comparative law. Commenting on the so far reform of the criminal procedural legislation author addresses the question do we needed frequent changes of legislation which, otherwise, is one of the stable branches of the legislation. The latest changes have been partly related to the elimination of certain ambiguities in the existing Code, and partly to the introduction of new solutions. Unlike previous practices, this time there were serious preparations for amending the law. Most of the new solutions can be considered as positive, although the author does not expect their wider application.

Keywords: Reform of the criminal procedural legislation, amendments to the Code, the judiciary

Др Војислав Ђурђић,
професор Правног факултета Универзитета у Нишу

УРЕЂЕЊЕ ПРЕТХОДНОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА СРБИЈЕ
-de lege lata de lege ferenda-

Предмет расправе у овом раду је законско уређење припремног стадијума у реформисаном кривичном поступку Србије. Општа је оцена аутора да суштински није измењена законска регулатива структуре и форме припремног стадијума, као ни бројних процесних правила везаних за овај стадијум, иако је уместо судске уведена јавнотужилачка истрага. Аутор сматра да концепција кривичног поступка у коме је истрага поверена јавном тужиоцу а главни претрес уређен као адверзијални, изискује далеко инвентивнији приступ и суптилније уређење структуре кривичног поступка и класичних процесних института. На овим полазиштима у раду се критикује концепција и законско уређење обе фазе припремног стадијума. Основни узрок погрешних или непримерених законских решења везаних за истрагу је концепција законописаца да јавнотужилачка истрага представља структурални елемент кривичног поступка схваћеног у ужем смислу. Са тог становишта критикована су законска правила о покретању и форми јавнотужилачке истраге, низак чињенични супстрат као законски услов, могућност вођења истраге против непознатог учиниоца, а посебно изједначавање доказа које у истрази изведе јавни тужилац са доказима које странке изведу пред судом на главном претресу. У фази оптужења, контрола оптужбе морала је бити прилагођена јавнотужилачкој истрази. било је нужно да се уведе контрола оптужбе по службеној дужности у свакој кривичној ствари. То је и учињено, али уместо да осмисле нови концепт контроле оптужбе, законописци су извршили не баш успешну ревизију раније важећег мешовитог система контроле оптужбе. Укинули су приговор против оптужнице, а у свему осталом преузели су решења из до сада важећег процесног законика, као да није измењена природа претходног и главног поступка, ни концепција саме контроле оптужбе.

Кључне речи: *претходни кривични поступак, истрага, суђење у одсуству окривљеног, фаза оптужења, судска контрола оптужбе.*

I. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ О СТАДИЈУМУ ПРЕТХОДНОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

У кривичнопроцерсној теорији континенталноевропских земаља скоро општеприхваћено је гледиште да првостепени кривични поступак има два стадијума – претходни (тј. припремни) и главни кривични поступак. У претходном кривичном поступку прикупљају се докази да би се одлучило може ли се окривљени извести пред суд ради пресуђења, док се у главном кривичном поступку кривична ствар пресуђује. И док је његова сврха неспорна, тешкоће настају приликом прецизнијег одређивања појма претходног кривичног поступка. У основи, узроци тих тешкоћа су у томе што се у постојећим правним системима различито реглементира садржај овог стадијума, што се вођење припремног стадијума поверава различитим органима и што се различито тумачи од ког момента уопште почиње кривични поступак, а самим тим и стадијум претходног кривичног поступка.[1]

Компаративноправно посматрано, садржај припремног стадијума могу да чине, начелно узев, три фазе: извиђај, истрага и стављање под суд. У неким законодавствима извиђај не припада формалном кривичном поступку, а у земљама са системом *common law-a* усвојен је посебан модел припремног стадијума, у коме нема класичне истраге, са значењем какво се истрази придаје у земљама континенталног типа кривичног поступка.

У позитивном праву Србије, законодавац је експлиците уредио стадијум претходног кривичног поступка тако да има две фазе – фазу истраге и фазу оптужења (стављања под суд). Откривање кривичног дела и учиниоца (извиђај или предистражни поступак) не припада формалном кривичном поступку, дакле, ни овом стадијуму.

II. ФАЗА ИСТРАГЕ ПРИРОДА ИСТРАГЕ

У процесном законику Србије експлицитно је одређен почетак кривичног поступка, што није уобичајен законодавни захват. Саобразно законском одређењу почетка кривичног поступка, консеквентно је уређена фаза истраге. Међутим, због погрешног схватања почетка кривичног поступка (о чему ће посебно бити речи), па *eo ipso* и општег појма кривичног поступка, погрешно је јавнотужилачка истрага уређена као структурални елемент и строго формална фаза кривичног поступка и одређен њен циљ који не одговара новој природи ове фазе.

Истрага је у целини уређена као да је и даље судска: поред тога што се покреће формалном одлуком[2] јавног тужиоца, истрага је формална и у погледу:

[1] Види: dr Davor Krapac, *Pripremni stadijum krivičnog postupka u komparativnom pravu*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, 1983, br. 1-2, str. 235.

[2] Критику види код: др Милан Шкулић, *Погрешна концепција Нацрта Законика о кривичном поступку*, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010, стр. 65.

присуства окривљеног, браниоца и оштећеног; предузимања доказних радњи, прекида и обуставе истраге итд. И циљ истраге није прилагођен новој природи ове фазе. У потпуности су преузете одредбе о циљу судске истраге, па се и јавнотужилачка истрага води да се, поред осталог, прикупе докази „који могу бити од користи за поступак", чије „извођење" се „показује целисходним" (чл. 295 ст. 2). То практично значи да је задатак јавног тужиоца да изведе све доказе о свим правно релевантним и другим чињеницама важним за одлучивање, јер је сваки доказ какве одлучне чињенице од користи за поступак. Због тако постављеног циља истраге, јасно је да ће у пракси јавни тужиоци изводити све расположиве доказе, што ће продужити трајање истраге. Ако се томе дода да докази које јавни тужилац изведе у истрази имају исту доказну снагу као да су изведени на главном претресу и због тога могу бити чињенична основа пресуде, такво уређење истраге је у директној супротности са адверзијалним главним претресом. Суштина и смисао адверзијално уређеног главног претреса је да се докази изводе на главном претресу и да их пред судом, под истим условима изводе обе странке.

Због речене концепцијске и нормативне неусклађености, уместо понуђеног законског модела, концепцијски би тужилачка истрага требало да буде што мање формална како би била брза и ефикасна,[3] а њен задатак морао би бити ограничен на прикупљање доказног материјала довољног да јавни тужилац одлучи о подизању оптужнице, проширен само на доказе чије извођење не трпи одлагање,[4] на извођење тзв. „инцидентних" доказа од стране суда.[5] Такво уређење учинило би законик концепцијски и нормативно кохерентним. Уместо тога, уређење новог модела поступка намеће понављање извођења доказа – најпре ће јавни тужилац изводити доказе у истрази па ће странке те исте доказе изводити на главном претресу, што нужно води одуговлачењу и мањој ефикасности поступка.

ПОКРЕТАЊЕ ИСТРАГЕ

Законски услови.- Расправа о законским условима за покретање истраге, претпоставља уређење истраге као етапе формалног кривичног поступка. Истрага се као формална фаза претходног кривичног поступка јавља у мешовитом (континенталноевропском) типу кривичног поступка, док у оптужном типу овакве, класичне истраге уопште и нема. Реформе кривичног процесног

---

[3] Опширније о природи јавнотужилачке (и полицијске истраге) види код: др Момчило Грубач, *Схватање појма кривичног поступка у новом Законику о кривичном поступку Србије*; Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 10-11/2006, стр. 5. и 6.

[4] Vidi: Urlich Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, Spezialkommentar, 4. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2008.

[5] О условљености потребе за судијом у јавнотужилачкој истрази види: A. Perrodet, *The public prosecutor*, u: Delmas-Marty/Spencer (eds.), Europen Criminal Procedures, Cambridge University Press, 2002, p. 425.

законодавства извршене последњих деценија у неким европским земљама,[6] оповргавају могући априорни став да је само судска истрага фаза формалног кривичног поступка.

У кривичном поступку Србије, јавнотужилачка истрага је уређена као фаза формалног кривичног поступка, што произлази из одредаба о почетку кривичног поступка (чл. 7) и значењу појма поступак (чл. 2 ст. 1 тач. 14). Законом су предвиђена два услова за покретање истраге: 1) као материјални услов прописани су *основи сумње*; 2) формални услов је *наредба надлежног јавног тужиоца* о покретању истраге.

1) *Материјални услов* је један, али је двојако одређен зато што је законом допуштено да јавни тужилац може покренути истрагу и против непознатог учиниоца. У случају да је осумњичени познат, материјални услов је везан и за дело и за учиниоца: потребно је да постоје *основи сумње* да је *одређено лице* извршило неко конкретно *кривично дело* (чл. 295 ст. 1 тач. 1). Кад је учинилац непознат, материјални услов се везује само за кривично дело – јавни тужилац може покренути истрагу ако постоје *основи сумње* да је извршено *кривично дело* (чл. 295 ст. 1 тач. 2). Пошто је исти материјални услов прописан и за покретање предистраге, поставља се питање овакве концепције претходног поступка: под истим законским условима и са истим циљем покреће се неформални поступак, чији је циљ трагање за учиниоцем, и формална истрага као структурални елемент кривичног поступка. Тиме законодавац ствара поље латентне опасности од арбитрерног поступања јавног тужиоца.

Основи сумње су најнижи степен уверења о кривичном делу и чиниоцу. Сумња не може бити произвољна већ се мора заснивати на доказном материјалу који су прибавили органи кривичног гоњења. То значи да се и овај најнижи степен сумње мора заснивати на чињеницама из стварности а не на произвољним претпоставкама.

Општи појам и степени сумње о делу и учиниоцу, па самим тим и основи сумње, превасходно су теоријско питање. У кривичнопроцесној доктрини различити су приступи научној дескрипцији ових појмова и отуда мноштво различитих дефиниција.[7] И поред тога што нема општеприхваћеног теоријског гледишта, законописци су дали законску дефиницију основа сумње и тиме наметнули своје, теоријски веома дискутабилно схватање. Законска дефиниција гласи: „‘основ сумње’ је скуп чињеница које *посредно* указују да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинилац кривичног дела” (чл. 2. ст. 1 тач. 17). Осим што је оцењена као непотребна, законска дефиниција је наишла на веома оштру критику научне и стручне јавности,[8] из више разлога. Основни

[6] Као фаза формалног поступка, истрага је уређена у кривичном поступку Црне Горе, Хрватске и Србије.

[7] Детаљан приказ и анализу теоријских схватања општег појма и степена сумње о кривичном делу и учиниоцу, види код: др Ђорђе Лазин, *In dubio pro reo*, Београд, 1985, стр. 13-27.

[8] Види: М. Шкулић – Г. Илић, *Реформа у стилу “један корак напред – два корака назад”*, Београд, 2012, стр. 83-89; др С. Бејатовић, *Радна верзија Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1-2/2010, стр. 98-99;

недостатак законске дефиниције основа сумње (и основане сумње) јесте у томе што се у закон уноси вредновање доказа и подела доказа на посредне и непосредне. Према слову закона, чињенице које посредно указују на дело и учиниоца, тј. индиције, имају вредност основа сумње, а оне чињенице које на то непосредно указују, тј. докази, имају већу вредност – вредност основане сумње. На тај начин, у кривични поступак, који по замисли законописаца претендује да буде акузаторски, уведена је законска оцена доказа као у инквизиционом типу кривичног поступка,[9] која је заједно са тим општим типом поступка давно препуштена историји. Из законских дефиниција поменутих степена сумње следи да се основи сумње не могу заснивати на непосредним доказима, нити се основана сумња (па ни виши степен од ње), може темељити на ланцу чињеница индиција, што је противно процесној стварности и слободном судијском уверењу, на основу кога судија оцењује доказе (чл. 16 ст. 3) и утврђује правно релевантне чињенице. Због ових недостатака, законска дефиниција основа сумње није од користи у практичној примени закона. У правосудној пракси се, сасвим исправно, приликом утврђивања постојања сваког степена сумње сумарно оцењује целокупни расположиви доказни материјал, што подразумева оцену и посредних и непосредних доказа.

Снижавање чињеничног супстрата за покретање истраге, са основане сумње на основе сумње, не може се лако правдати кад се има у виду установљени модел истраге, па су отуда и настале доктринарне и стручне критике овог услова за покретање истраге. Изједначавање степена сумње о делу и учиниоцу, потребног за предистражни и истражни поступак, осим што је само по себи нелогично, у нескладу је са самим етимолошким значењем појма процес[10] (суђења) и његовом суштином. У бити кривичног поступка је динамика - сваки рационалан поступак, од једног до другог стадијума треба да оствари одређени прогрес расветљења степена вероватноће о томе да ли је учињено кривично дело и ко је његов учинилац.[11] Овакво законско решење не може се правдати ни кад се има у виду природа предистражног и истражног поступка, њихова сврха и карактер радњи које се у њима предузимају.[12] Поред реченог, прописивање истог степена сумње о делу и учиниоцу за покретање предистражног поступка (који је неформалан и није етапа кривичног поступка) и истражног поступка (који је формалан и према слову закона, фаза је кривичног поступка у ужем

[9] У историји кривичнопроцесног законодавства Србије може се наћи законска дефиниција основа сумње, и то она која је важила у време доминације инквизиционог типа кривичног поступка, али се она не заснива само на посредним доказима. У § 118 Законика о поступку судском у кривичним делима за Књажевство Србију из 1865. године дата је следећа дефиниција: "Основ је подозрења *свака она околност*, која између извесног лица и казнимог дела стоји у тако тесној вези, да се, беспристрасно судећи, по њој као вероватно узети може, да је исто лице учинило казнимо дело, или учествовало у делу казнимом, за које се обвињује".

[10] Лат. *processus* = пут и начин на који нешто постаје или се развија, ток, развој, развитак.

[11] Др Гордан Калајџијев, *Позначајни концепциски разлики во реформата на истрагата во Хрватска и во Македонија*, Зборник Правног факултета у Загребу, вол. 61, 2/2011, стр. 474.

[12] Др Станко Бејатовић, *Радна верзија Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге*, Архив за правна и друштвена истраживања, бр. 1-2/2010, стр. 99.

смислу), ствара латентно поље за арбитрерно кривично гоњење, уместо услова за примену начела легалитета. Недостатак ниског степена доказаности дела и учиниоца је и у томе што компликује одређивање притвора јер је за примену ове најтеже мере обезбеђења потребан виши степен – основана сумња.

2) *Формални услов* за покретање истраге је *наредба* јавног тужиоца о спровођењу истраге (чл. 296 ст. 1). Прописан је и обавезни садржај ове формалне одлуке јавног тужиоца. Наредба мора да садржи: личне податке осумњиченог ако је познат, опис дела из кога произлазе законска обележја кривичног дела, законски назив кривичног дела и околности из којих произилазе основи сумње (чл. 296 ст. 3). Све ове формалности потврђују замисао законописаца да јавнотужилачка истрага буде формална фаза исто као судска и да представља структурални део кривичног поступка у ужем смислу, што је у дисхармонији са природом јавнотужилачке истраге.

Док се доношење формалне одлуке о покретању истраге против одређеног осумњиченог може разумети, јер омогућава јавном тужиоцу да предузима доказне радње,[13] а окривљеном да тим радњама присуствује, није јасно који смисао има доношење ове формалне одлуке против непознатог учиниоца. Кад наредбом покрене истрагу и против непознатог учиниоца, јавни тужилац након тога може предузимати све доказне радње, али евентуални учинилац не може да им присуствује, јер уопште и не зна да је против њега покренута истрага, нити може предлагати спровођење доказних радњи у своју корист. Покретање истраге против непознатог учиниоца, а особито извођење доказа од стране јавног тужиоца, и то без икаквог учешћа окривљеног,[14] али са доказном снагом као да су изведени пред судом на главном претресу, у каснијим фазама поступка у толикој мери доводи окривљеног у инфериоран положај према јавном тужиоцу (који се трансформише у „равноправну" противну странку), да се такав поступак не може ни приближити правичном суђењу, а камоли назвати правичним.[15]

Иако против ње није допуштена жалба, предвиђено је да се наредба о покретању истраге доставља окривљеном, ако је познат (чл. 297 ст. 1). У закону није прописано да се наредба доставља одмах по доношењу, нити је прописан максималан рок, чиме су створени услови да јавни тужилац тактизира када ће донети формалну одлуку о покретању истраге. Ту много не мења на ствари обавеза јавног тужиоца да наредбу мора доставити уз позив окривљеном и браниоцу да присуствују првој доказној радњи којој по закону могу присуствовати,

[13] Из одредбе чл. 297 ст. 1 ЗКП произлази да је доношење наредбе о покретању истраге законски услов за предузимање доказних радњи у истрази пошто се тражи да она буде достављена окривљеном "заједно са позивом" да присуствује "*првој* доказној радњи".

[14] Положај окривљеног нимало не поправља обавеза јавног тужиоца да пре предузимања неких доказних радњи, као што је испитивање сведока или вештака, затражи одобрење судије за претходни поступак (чл. 300 ст. 6). Тиме што јавни тужилац добије судско одобрење не стварају се услови да окривљени унакрсно испита сведоке оптужбе или вештаке, па чак ни да испита сведоке одбране, а њихови искази из истраге могу се без икаквих законских препрека користити као чињенична основа пресуде.

[15] Опширније: Војислав Ђурђић, *Нормативне претпоставке права на правично суђење у кривичним стварима*, Правни живот, бр. 9/2013, стр. 715-728

јер јавни тужилац одлучује које ће доказне радње извести и којим редоследом, па те радње увек може оставити за крај. На тај начин, осумњичени се доводи у ситуацију да до самог краја не сазна да се против њега води истрага,[16] а самим тим, фактички је онемогућено да се уопште брани и потире се његово право на страначку равноправност. Све то изгледа као да су законописци концепцијски замислили тајну истрагу јавног тужиоца, налазећи инспирацију у решењима инквизиционог поступка Средњег века.

Из критичке анализе законских услова за покретање истраге назиру се правци могућих побољшања законодавне регулативе. Један правац би био да остане снижен степен доказаности дела и учиниоца, тј. да се истрага покреће кад постоје основи сумње, чему би концепцијски одговарала неформална истрага, па би формалну одлуку о покретању истраге требало укинути. Други могући правац је да остане формално покретање истраге, али са две концепцијске измене: а) да се чињенични супстрат за покретање истраге подигне на виши степен, на ниво основане сумње, и б) да се измени форма одлуке о покретању истраге, како би се омогућило њено преиспитивање у другом степену и право окривљеног на приступ суду. И у једној и у другој варијанти јавни тужилац се мора развластити права да изводи доказе (евентуално извођење доказа који не трпе одлагање мора бити судски прерогатив – у функционалној надлежности суда).

3) За покретање истраге против непознатог учиниоца нису предвиђени посебни услови, потребно је да постоје основи сумње да је извршено кривично дело (материјални услов) и да јавни тужилац донесе наредбу о спровођењу истраге (формални услов). Додатних услова нема. То значи да је установљена дискрециона власт јавног тужиоца да по сопственом нахођењу одлучи хоће ли у предистрази, уз помоћ полиције, предузимати потражне радње како би открио могућег учиниоца кад постоје основи сумње да је извршено кривично дело, или ће донети наредбу о спровођењу истраге, па предузимати истражне радње у истом циљу. Циљ је овакве истраге, пре свега, да се прикупе „докази који су потребни да се утврди идентитет учиниоца", али није искључено ни предузимање било које доказне радње, сагласно општем циљу истраге (чл. 295 ст. 2). Поред тога што се не види смисао вођења формалног поступка против непознатог учиниоца, основни недостаци овакве истраге су у томе што изведени докази у њој могу у каснијим фазама поступка бити чињенична основа судских одлука и што у току и после спроведен истраге недостају јемства за заштиту права окривљеног – не поставља се бранилац по службеној дужности (што је обавеза органа поступка кад се окривљеном суди у одсуству)[17] и нема гаранција да ће окривљени имати могућност да у каснијим фазама поступка унакрсно испита сведоке и вешта-

[16] Др Снежана Бркић, *Кривично процесно право* II, Нови Сад, 2013, стр. 90.

[17] И Европски суд за људска права стоји на становишту да окривљени мора имати браниоца кад му се суди у одсуству (Случај *Pelladoah v. Netherlands*, одлука од 22. септембра 1994).

ке.[18] Због ових суштинских недостатака, увођење истраге против непознатог учиниоца оштро је критиковано.[19] Будући да је јавнотужилачка истрага формална и структурални елемент опште форме кривичног поступка, с правом се сматра да је недопустиво да се савремени кривични поступак води против непознатог учиниоца.[20]

Моменат покретања истраге.- Покретање истраге претпоставља неки моменат у коме јавнотужилачка истрага започиње. Ако је истрага структурални елемент кривичног поступка, тај моменат представља тачку разграничења између кривичног и преткривичног поступка. У противном, кад је истрага уређена као неформална и претходи кривичном поступку, моменат покретања истраге нема такав значај, али може бити значајан за могућност одређивања мера принуде. У вези с тим, отвара се и питање када почиње кривични поступак у случајевима у којима истрага изостаје, било у општој или у некој упрошћеној форми.

Историјски посматрано, законско одређивање почетка кривичног поступка није одликовало кривичнопроцесна законодавства. То је превасходно била тема теоријских расправа, али се приликом реформи процесног законодавства последњих деценија, почетак кривичног поступка јавља и као предмет законске регулативе у појединим земљама.[21]

Суштинске разлике између два општа типа кривичног поступка, пре свега у њиховој природи и структури, као и различити модалитети претходног стадијума у мешовитом кривичном поступку, поред многобројних упрошћених форми поступка – имају за последицу да кривични поступак не почиње у истом тренутку. Отуда и разнолика доктринарна гледишта о почетку кривичног поступка, настала као резултат различитих решења у позитивном праву појединих држава у датом времену, али и различитих теоријских интерпретација позитивног права и поимања кривичног поступка. Има мишљења да кривични поступак започиње оног момента *када се предузме прва радња* усмерена на откривање кривичног дела и његовог учиниоца.[22] За разлику од овог гледишта према коме се почетак кривичне процедуре везује за најранији моменат државне реакције на извршено кривично дело, у српској процесној књижевности преовладава мишљење да се приликом одређивања почетка кривичног поступка треба ограничити на онај тренутак када се одређено лице бар *претежно сматра учиниоцем кривичног дела*, али се тај моменат неједнако

[18] Опширније: В. Ђурђић, *Нормативне претпоставке права на правично суђење у кривичним стварима*, Правни живот, бр. 9/2013, стр. 722-724.

[19] Види, на пример, С. Бејатовић, *Радна верзија ЗКП републике Србије и тужилачки модел истраге*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1-2/2010, стр. 97 и 98.

[20] С. Бркић, *Кривично процесно право* II, Нови Сад, 2013, стр. 9.

[21] Види чл. 17 Закона о казненом поступку Хрватске ("Народне новине" бр. 152/08 и 76/09 – Пречишћени текст) и чл. 7 Законика о кривичном поступку Србије ("Сл. гласник РС" бр. 72/2011).

[22] Гледиште изнето на међународном семинару одржаном у Ноту, на Сицилији, од 27. IX до 2. X 1982. године (Види код: dr Davor Krapac, *Pripremni stadijum krivičnog postupka u komparativnom pravu*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, 1983, br. 1-2, str. 235).

одређује. По једном гледишту, то је *моменат подизања оптужног акта*,[23] а по другима, кривични поступак започиње *одлуком суда*.[24]

Попут других европских законодавстава, у историји српског кривичног процесног права није било законског одређивања почетка кривичног поступка до последње реформе кривичног процесног законодавства извршене 2011. године. У текст новог процесног законика, законописци су, као једну од многих теоријских дефиниција, унели и дефиницију почетка кривичног поступка. Општа процесна форма, тј. редовни кривични поступак почиње или „доношењем наредбе о спровођењу истраге" или „потврђивањем оптужнице којој није претходила истрага" (чл. 7 ст. 1 тач. 1 и 2). Скраћени кривични поступак почиње „доношењем решења о одређивању притвора пре подношења оптужног предлога" и „одређивањем главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције" (чл. 7 ст. 1 тач. 3 и 4). Међутим, законски начин одређивања почетка поступка, ни код опште форме ни код скраћеног поступка, није теоријски утемељен, па је зато критикован у научним и стручним радовима, а није јасно да ли може бити од какве користи у правосудној пракси.

Шта се има сматрати моментом у коме поступак почиње, пре свега, зависи од схватања шта је кривични поступак, па консеквентно од структуре коју има нека конкретна форма кривичног поступка. Полазећи од учења о правном појму кривичном поступку, следи да *моменат заснивања кривичнопроцесног односа означава почетак кривичног поступка* и да кривичног поступка не би могло бити ако не постоје сва три главна субјекта између којих се тај однос и заснива. Зато се истражне радње предузете пре тог момента, пре него се заснује однос између суда и странака, не могу сматрати радњама предузетим у кривичном поступку (То су антиципативне радње које тек након отпочетог кривичног поступка прихватањем добијају доказну снагу). Из истих разлога, фаза поступка коју поводом кривичне ствари спроводи неки други државни орган а не суд и која претходи судском поступку у коме странке расправљају о главном предмету поступка, не може се сматрати кривичним поступком. И кад се пође од реалистичког појма кривичног поступка, као скупа законом уређених процесних радњи које суд и странке предузимају у одређеном процесном циљу, моменат покретања поступка је исти. Због важења начела оптужбе, суд никада не покреће поступак по службеној дужности, али поступка не може бити без одлуке суда. Због тога се моменат кад тужилац подноси захтев суду да покрене поступак или кад се пре тога предузима нека радња у истом циљу, не може сматрати почетком кривичног поступка, јер у том моменту још увек није извесно да ли ће поступка уопште и бити, будући да о томе одлучује суд. Све радње које пре одлуке суда предузимају органи кривичног гоњења не спадају у кривични поступак, мада се предузимају у истом циљу као и сам кривични поступак. Такву природу имају и радње које се предузимају у јавнотужилачкој истрази, па стога она не може бити фаза кривичног поступка, а самим тим почетак истраге

[23] Др Бранко Петрић, Покретање кривичног поступка, Правни живот, бр. 2/1968, стр. 3.

[24] Види: Др Чедомир Стевановић, *Кривично процесно право*, "Научна књига", Београд, 1994, стр. 291; Dr Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, 1981, str. 13.

не може се сматрати почетком кривичног поступка. Из свега реченог, следи закључак да се и према правној и према реалистичкој дефиницији кривичног поступка, може сматрати да кривични поступак почиње одлуком суда којом се установљава да су испуњени законски услови за вођење поступка.

Насупрот овом теоријском схватању, кад се ради о редовном кривичном поступку, законописци су преузели доктринарно гледиште о почетку кривичног поступка у коме је истрага судска, као да се увођењем јавнотужилачке истраге у њеној природи ништа није изменило. Међутим, поверавање истраге несудским органима, по дефиницији самог кривичног поступка, нужно доводи до редефинисања његове структуре, па се полицијска или јавнотужилачка истрага не може сматрати фазом кривичног поступка, што *eo ipso* значи да кривични поступак не почиње покретањем несудске истраге већ након ње. Конкретно, кад је истрага несудска, кривични поступак започиње потврђивањем оптужбе, јер се овом судском одлуком утврђује да је оправдано и законито извођење окривљеног пред суд (тако је, уосталом, процесним закоником одређен почетак кривичног поступка на основу непосредне оптужнице). До таквог би закључка дошли и сами законописци да су пажљивије читали процесни законик који им је послужио као узор за увођење и уређење новог модела кривичног поступка.

Утицај предистражних радњи полиције на одлуку јавног тужиоца о покретању истраге.- Са увођењем јавнотужилачке истраге јача процесни положај јавног тужиоца – он постаје *dominus litis* преткривичног и претходног кривичног поступка. Према слову закона, јавни тужилац руководи предистражним поступком (чл. 285 ст. 1) и доноси одлуку о спровођењу истраге и спроводи истрагу (чл. 296 ст. 1 и чл. 298 ст1). И поред тога што је, начелно узев, полиција подређена захтевима јавног тужиоца у погледу предузимања потражних и истражних радњи, везивањем рока у коме јавни тужилац има да донесе наредбу о спровођењу истраге за доказну радњу полиције, унеколико је то опште правило доведено у питање. Наиме, прописано је да јавни тужилац доноси наредбу о спровођењу истраге „најкасније у року од 30 дана од дана када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи коју је полиција предузела" (чл. 296 ст. 2).

Законописци тумаче да је реч о року који треба да омогући довољно времена да одлучи хоће ли доказну радњу полиције „ауторизовати или ће одбити њену ауторизацију"[25]. Међутим, због неспретне формулације овог рока није јасно која је његова сврха, због чега су настала различита тумачења.

Према једном мишљењу, предузимањем било које доказне радње полиција може да „присили" јавног тужиоца да покрене истрагу, без обзира на његову оцену.[26] Будући да полиција располаже оперативним капацитетом који јавно тужилаштво нема, према овом мишљењу могуће је да овакво изнуђивање истраге постане учестала пракса, што је противно забрани сваког утицаја на рад јавног тужилаштва, установљеној Законом о јавном тужилаштву (чл. 5 ст. 2 ЗЈТ).

[25] Г. Илић и др., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2013, стр. 685.
[26] Др Горан Илић, *Положај јавног тужиоца према новом ЗКП-у,* у зборнику: "Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект), Београд, 2012, стр. 164.

Према другом гледишту, и у том случају, након доказне радње коју предузме полиција, власт одлучивања да ли треба покренути истрагу припада јавном тужиоцу а не полицији, на основу оцене законских услова, како се не би дезавуисао руководећи положај јавног тужиоца у предистражном поступку и како се полиција не би ставила изнад јавног тужиоца, до чега би могло довести дословно тумачење цитиране одредбе.[27] Резултат те оцене могао би бити да јавни тужилац одбаци кривичну пријаву или да донесе наредбу о спровођењу истраге.

Постоји и мишљење да су оба рока инструктивног карактера, и фактички рок да се наредба о покретању истраге доноси пре или непосредно после прве доказне радње и максимални рок да се наредба мора донети најкасније у року од 30 дана од када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи полиције.[28]

Поред аргумената изнетих у наведеним гледиштима, треба још рећи да процесним закоником нису предвиђене никакве процесне последице нити санкције за случај да јавни тужилац прекорачи поменути рок од тридесет дана. То би значило да је тај рок инструктивног карактера и да јавни тужилац цени у сваком конкретном случају да ли су испуњени законски услови за покретање истраге, па и у случају кад је обавештен да је полиција предузела неку доказну радњу у предистрази. Међутим, не треба губити из вида да се јавни тужиоци приликом тумачења строго држе закона и да се поштовање законских рокова узима приликом оцене квалитета њиховог рада. Стога наведену одредбу треба изменити и преформулисати је сагласно процесној стварности и природи сваке етапе поступка.

1. СТРАНАЧКА И СУДСКА КОНТРОЛА ПОКРЕТАЊА ИСТРАГЕ ИСТРАЖНИХ РАДЊИ

Кад је реч о покретању истраге, процесним закоником није предвиђена никаква страначка ни судска контрола одлуке јавног тужиоца. Против наредбе јавног тужиоца о покретању истраге није допуштена жалба суду. И не само то, није предвиђено ни преиспитивање те одлуке јавног тужиоца ни унутар јавнотужилачке организације, иначе устројене на израженом хијерархијском принципу. Због таквог законског уређења, може се поставити питање неких основних људских права осумњиченог – права на приступ суду и права на правно средство.[29] Тиме је уједно доведена у питање уставност законских одредби о покретању истраге, јер је Уставом свакоме гарантовано „право да ... суд ... расправи и одлучи о ... *основаности сумње која је била разлог за покретање поступка,* као и о оптужбама против њега" (чл. 32 ст. 1 Устава).

---

[27] Др Снежана Бркић, *Кривично процесно право* II, Нови Сад, 2013, стр. 89.

[28] Др милан Шкулић, *Основне новине у кривичном процесном праву Србије*, Београд, 2013, стр. 94.

[29] Види: В. Ђурђић, *Нормативне претпоставке права на правично суђење у кривичним стварима*, Правни живот, бр. 9/2013, стр. 717-721.

Установљавање права на приступ суду и делотворног правног средства био би ефикасан правни метод заштите од незаконитог и арбитрерног покретања истраге. Робовање идеји да се у истрагу суд не сме мешати, наметнуто из англоамеричког поимања кривичног поступка као парнице, уз истовремено давање доказне снаге свим истражним радњама као да су изведене у фер двобоју пред судом на главном претресу, у тој мери ставља осумњиченог у инфериоран положај у односу на другу процесну странку, да претходном поступку у целини одузима атрибуте правичног.

За разлику од покретања истраге, процесним закоником предвиђена је извесна контрола истражних радњи. Као видови контроле спровођења истраге од стране јавног тужиоца, може се сматрати: а) право осумњиченог и његовог браниоца да присуствује истражним радњама, б) право осумњиченог и браниоца да судији за претходни поступак предложе предузимање доказних радњи и в) дужност обеладоњивања доказа.

а) Осумњичени и његов бранилац имају право да присуствују доказним радњама које у истрази предузима јавни тужилац. Том приликом они могу да предложе јавном тужиоцу да ради разјашњења ствари поставе питања сведоку или вештаку, а по дозволи јавног тужиоца могу постављати питања и непосредно (то значи да у истрази осумњичени нема право на унакрсно испитивање сведока оптужбе), затим, имају право да захтевају да се у записник унесу њихове примедбе у погледу предузимања доказне радње којој присуствују и могу да предложе прикупљање појединих доказа.

б) У случајевима кад сматрају да је потребно предузимање неке доказне радње, осумњичени и његов бранилац имају право да јавном тужиоцу предложе да је предузме. Ако јавни тужилац одбије њихов предлог или о предлогу не одлучи у року од осам дана, осумњичени и бранилац могу тај предлог поднети судији за претходни поступак, који је дужан да о њему одлучи у року од осам дана. Кад усвоји предлог, судија за претходни поступак налаже јавном тужиоцу да предузме доказну радњу коју су предложили осумњичени и бранилац, и одређује му за то рок (чл. 302).

Иако је законом установљена контрола спровођења истражних радњи, не може се рећи и да је ефикасна. Најпре, нису прописане никакве процесне гаранције ни санкције за случај ако јавни тужилац не поступи по одлуци судије за претходни поступак. Поред тога, и кад јавни тужилац поступи по судској одлуци и предузме доказну радњу, питање је колико ће то бити ефективно будући да је убеђен да је њено предузимање непотребно, како се већ изјаснио. Далеко би ефикаснија била заштита права осумњиченог кад би се прописало да након негативне одлуке јавног тужиоца о предлогу осумњиченог и браниоца да се изведе нека доказна радња, о том предлогу коначно одлучи судија за претходни поступак, и да након усвајања предлога сам спроведе доказну радњу, којој би обе странке могле присуствовати.

в) Прописивањем дужности за јавног тужиоца да обелодани прикупљене доказе стварају се претпоставке за страначку контролу предузетих доказних

радњи и истраге у целини. Јавни тужилац је дужан да осумњиченом који је саслушан и његовом браниоцу омогући да размотре списе и разгледају предмете који могу служити као доказ (чл. 303 ст. 1). Након тога, јавни тужилац је дужан да позове осумњиченог и браниоца да ставе предлог за предузимање доказних радњи. Ако јавни тужилац одбије њихов предлог или не одлучи у законском року, они тај предлог могу ставити судији за претходни поступак. Надаље се примењује механизам из чл. 302, који не гарантује ефикасну заштиту права на одбрану осумњиченог, о чему је било речи, те би га требало усавршити увођењем судије за претходни поступак у извођење истраге, како је напред предложено.

III. ФАЗА ОПТУЖЕЊА

1. КАРАКТЕРИСТИКЕ НОВОГ УРЕЂЕЊА "СТАВЉАЊА ПОД СУД"

Пресуђењу кривичне ствари претходи фаза оптужења, тј. фаза "стављања под оптужбу", чија је сврха припрема главног претреса. Отуда је оптужење фаза припремног, претходног стадијума кривичног поступка, која може започети ако постоји довољно основана сумња (тзв. вероватноћа) о кривичном делу и учиниоцу. Почев од ове фазе остварује се оптужба у ужем смислу (краће – оптужба), за разлику од истраге, коју карактерише оптужба у ширем смислу[30] (прецизније – кривично гоњење). Иницирање ове фазе је тачка у којој кривично гоњење еволуира у оптужбу, као резултат јачања чињеничног супстрата на коме се оптужба темељи.

Фаза оптужења се састоји од *подизања оптужнице* и *судске контроле оптужбе*, која се спроводи по службеној дужности.[31]

Овлашћени тужиоци.- Према начелу оптужбе, општа форма кривичне процедуре редовно започиње подизањем оптужног акта од стране тужиоца. Темељећи уређење поступка пресуђења кривичне ствари на овом начелу, новим процесним кодексом предвиђено је да се редовни кривични поступак пред судом прве инстанце (сада кривични поступак у ужем смислу, тј. судски кривични поступак), покреће на основу оптужнице јавног тужиоца или приватне тужбе. Више није могуће да се кривични поступак пред судом покрене на основу оптужнице оштећеног, пошто по новом законском решењу оштећени у истрази не може стећи својство супсидијарног тужиоца, било да јавни тужилац по кривичној пријави уопште не покрене истрагу, било да је након покретања обустави.

---

[30] Исто тако: Др Божидар Марковић, *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*, "Народна Штампарија", Београд, 1930, стр. 472.

[31] О поступку стављања под оптужбу у Босни и Херцеговини види: проф. др Миодраг Н. Симовић – доц. др Владимир М. Симовић, *Кривичнопроцесно право II*, Источно Сарајево, 2014, стр. 80-113.

Да је и приватни тужилац овлашћен да подигне приватну тужбу у општој форми кривичног поступка произлази из одредбе којом је предвиђено да ће се «одредбе о оптужници и испитивању оптужнице» сходно примењивати «и на приватну тужбу, осим ако се она подноси за кривично дело за које се спроводи скраћени поступак» (чл. 331. ст. 6.). Одредба је преузета из до сада важећег кодекса (чл. 265. ст. 2. ЗКП/01) без икаквих суштинских измена, али су законописци изгледа изгубили из вида да су проширили примену сумарног кривичног поступка. Са проширивањем поља важења сумарног кривичног поступка на сва кривична дела са запрећеном казном затвора до осам година (чл. 495.), одредбе о приватном тужиоцу у редовном кривичном поступку постале су фактички сувишне, могло би се рећи и без икаквог смисла, јер су запрећене казне за кривична дела која се гоне по приватној тужби[32] остале непромењене и ниже су од лимита потребног за општу форму поступка. Наиме, изузев два кривична дела[33] којих скора да нема у судској пракси, за сва остала кривична дела која се гоне по приватној тужби, у Кривичном законику прописане су казне мање од осам година затвора, те се по нормама новог процесног кодекса за та дела може судити само у сумарном кривичном поступку, у коме се, по самом закону, „одредбе о оптужници и испитивању оптужнице" не примењују. Због те унутрашње некохерентности новог кодекса и неусклађености с материјалним кривичним правом, одредбе о приватном тужиоцу у редовном кривичном поступку треба брисати из законског текста.

Из круга овлашћених тужилаца који имају право да захтевају покретање редовног кривичног поступка искључен је оштећени као супсидијарни тужилац, па је тако, уз свођење приватног тужиоца у овом поступку на једно кривично дело, јавни тужилац инаугурисан у јединог тужиоца овлашћеног да од суда захтева покретање редовног кривичног поступка. Искључењем супсидијарне тужбе приликом иницирања судског кривичног поступка, доводи се у питање заштита права оштећеног, а његов положај је погоршан. Према новом законском решењу, до момента потврђивања оптужнице оштећени је у потпуности препуштен јавном тужиоцу, с тим што заштиту својих права може тражити и од вишег јавног тужиоца (чл. 51. ст. 3.), али је питање да ли је са становишта гарантованих људских права допуштено да се искључи судска заштита у кривичним стварима, а то значи и у фази истраге и приликом покретања судског кривичног поступка.

Формирање судских списа.- Оптужница се подноси већу позивних судија (чл. 21. ст. 4.) у довољном броју примерака и уз њу «списи сачињени током истраге од стране јавног тужиоца» (чл. 333. ст. 1.). На основу тих спи-

[32] О критици тзв. законске казнене политике за кривична дела која се гоне по приватној тужби, види: Војислав Ђурђић, Начела кривичног гоњења и њихов допринос ефикасности кривичног поступка, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања*, Београд, 2009, стр. 109 и 110.

[33] Од свих кривичних дела која се гоне по приватној тужби, само су за кривично дело тешке крађе из члана 204 ст. 4 и кривично дело преваре из члана 208 ст. 4 Кривичног законика прописане казне затвора од две до десет година, и то под условом да је то дело извршено према лицу са којим учинилац живи у заједничком домаћинству (чл. 222. КЗ).

са формирају се, по први пут у једној кривичној ствари, судски списи. У том погледу, процесна правила уопште нису измењена – формирање списа уређено је као да је истрага и даље судска. Наиме, јавни тужилац у истрази формира списе предмета који се приликом подизања оптужнице једноставно достављају већу позивних судија (чл. 331. ст. 1.), а потом судећем већу (чл. 344. ст. 1.) и тако, без икаквих препрека, јавнотужилачки списи постају судски списи. На тај начин се резултати претходних истраживања јавног тужиоца (из предистраге и истраге) преливају на главни претрес. Због надмоћног положаја јавног тужиоца у предпретресним фазама поступка, у односу на окривљеног као супротне странке, пошто му на располагању стоје сви државни ресурси, посве је јасно да ће се кроз тако формиране „судске" списе његов утицај пренети до судећег већа и несумњиво утицати на уверење судија приликом изрицања пресуде, независно од доказа који буду изведени на главном претресу.

Контрола формалне исправности оптужнице.- Као једини судски орган коме је у функционалну надлежност стављен поступак контроле оптужбе, новим законником је одређено ванпретресно веће. По пријему оптужнице, веће позивних судија одмах испитује да ли она садржи све формалне елементе прописане законом, па ако је непрописно састављена, враћа је јавном тужиоцу на исправку. Остале одредбе о року за исправљање оптужнице и пропуштању рока у свему су исте као у раније важећем процесном законику, с тим што је прецизирано да ће оптужница бити одбачена ако јавни тужилац пропусти тај рок. Ова процесна санкција предвиђена је ради успостављања процесне дисциплине и побољшања ефикасности поступка. Но, не треба губити из вида да све одлуке јавног тужиоца па и оне које представљају законску презупцију, не могу стећи правну снагу (на њих се не примењује начело *ne bis in idem*), па би јавни тужилац, по том основу, имао овлашћење да и након одбацивања поднесе формално исправну оптужницу. Независно од тога, може се приговорити да је нерационално да цело веће заседа да би утврдило да је оптужница непрописно састављена, па да након поновног достављања оптужнице поново држи седницу. Једноставније је и далеко рационалније да испитивање формалне исправности врши инокосни судски орган, у овом случају или судија за претходни поступак или председник већа позивних судија, у чију би се функционалну надлежност могле ставити и неке друге одлуке за које је сада прописано да их доноси веће у оквиру прелиминарног испитивања оптужнице. Овако како је сада регулисано, ванпретресно веће два пута заседа по истој оптужници – једном испитује и одлучује о формалној ваљаности оптужнице, а након подизања исправљене оптужнице испитује њену чињеничну и правну заснованост.

Одлучивање о притвору.- Одмах по пријему оптужнице, веће такође одлучује о предлогу за одређивање притвора или испитује ранију одлуку о притвору (чл. 334), по правилима која су у потпуности, без икаквих измена или допуна, преузета из ранијег процесног законика.

Одговор окривљеног на оптужницу.- Прописно састављену оптужницу, председник већа позивних судија доставља окривљеном – ако је на слободи, без одлагања, а ако се налази у притвору, у року од 24 часа од пријема оптужнице, а у нарочито сложеним предметима у року од највише три дана од дана пријема оптужнице (чл. 335 ст. 1). Предаја оптужнице лицу коме је ванпретресно веће тек одредило притвор или се већ налази у притвору, врши се по правилима која су преузета из раније важећег процесног законика (чл. 270 ст. 3 и 4 ЗКП/01). Уз оптужницу се окривљеном доставља или предаје поука о праву на подношење приговора.

По пријему оптужнице, окривљени има право да поднесе писани одговор на оптужницу, у року од осам дана од дана достављања или предаје оптужнице (чл. 336 ст. 1). И без посебног овлашћења окривљеног, али не и против његове воље, одговор на оптужницу може поднети и бранилац. Због тога оптужницу треба достављати и браниоцу, иако то није изричито прописано.

Увођењем одговора на оптужницу, уместо досадашњег приговора против оптужнице, настоји се осигурати начело контрадикторности, истина на посредан начин, како би архитектура претходног кривичног поступка била у служби идеје о правичном поступку. Међутим, у закону није прописано шта одговор треба да садржи и какво дејство има, нити се уопште више помиње у законском тексту. Није предвиђено ни да ће га веће позивних судија узети у обзир, што би био минимум приликом судског одлучивања о оправданости и законитости оптужбе, нити су прописане последице ако веће у потпуности занемари постојање окривљениковог одговора на оптужбу јавног тужиоца. Овако, без наметања обавезе да га веће разматра, одговор окривљеног на оптужбу остаће само украс који судску контролу оптужбе треба да као правичну и контрадикторну, а да ли ће у судској пракси таква и бити, препуштено је судијама да својим личним ставом према судској контроли оптужбе то и потврде или одбаце. Ипак, може се очекивати да ће судије у пракси узимати у обзир сваки одговор на оптужницу, просто зато што је прописан законом.

2. ПОСТУПАК СУДСКЕ КОНТРОЛЕ ОПТУЖБЕ (ПОСТУПАК ПОТВРЂИВАЊА ОПТУЖНИЦЕ)

Уопштено о судској контроли оптужбе. - У савременом кривичном поступку, независно од тога да ли се ради о оптужном (англоамеричком) или мешовитом (континенталноевропском) типу кривичне процедуре, окривљени се не изводи на главни претрес одмах након подизања оптужбе, већ суд, по правилу, претходно испитује оптужбу. Та етапа се у континенталноевропском кривичном поступку налази између истраге и главног претреса, и у ствари, представља «претходно суђење о оптужби». У поступку контроле оптужбе суд мериторно не пресуђује кривичну ствар већ испитује да ли се окривљеном уопште може судити на главном претресу. Суштину контроле оптужбе у ужем,

правом смислу[34] чини *испитивање оправданости и законитости извођења окривљеног на главни претрес.* Контролу "оправданости" оптужбе треба схватити као судско испитивање и оцену основаности оптужбе до одређеног степена[35] сумње. Контрола законитости оптужбе обухвата испитивање и оцену материјалноправних и процесноправних услова и евентуалних сметњи за извођење окривљеног на главни претрес ради суђења. Судска контрола оптужбе не сме да се претвори у пресуђење кривичне ствари пре главног претреса. Задатак суда је да реши може ли се уопште судити окривљеном, а да ли ће и бити осуђен, мериторно се решава на главном претресу. О упућивању кривичне ствари на главни претрес суд одлучује на такав начин да не прејудицира доношење мериторне одлуке. Ради ефикасног одвијања главног претреса, у поступку контроле оптужбе суд решава и нека друга питања, која су акцесорног значаја у односу на основни предмет контроле (нпр. одлучује о спајању и раздвајању кривичног поступка, правној квалификацији, притвору и др.).

Основна је сврха судске контроле оптужбе да спречи неоправдано и незаконито извођење окривљеног на главни претрес.[36] Поред тога, задатак је судске контроле да испита законитост примене мера принуде (притвора, јемства и др.), ако су изречене, и да омогући упућивање кривичне ствари на главни претрес ради пресуђења (кад суд оцени да је оптужба чињенично заснована и законито подигнута). У оптужном типу кривичног поступка сврха је те контроле још да омогући окривљеном да сазна за доказе с којима располаже оптужба и да се фиксирањем исказа сведока осигура њихова доказна снага.[37]

Када је реч о српском кривичном процесном праву, после увођења јавнотужилачке истраге било је нужно концепцијски осмислити контролу оптужбе, чијим потврђивањем сада тек започиње кривични поступак у ужем смислу. Уместо мешовитог система контроле оптужбе, по приговору против оптужнице и по службеној дужности, Закоником о кривичном поступку из 2011. уведено је потврђивање оптужнице по службеној дужности у свакој кривичној ствари. То је нов систем контроле само номинално, јер су, у основи, као што је речено, само изостављене одредбе о приговору против оптужнице а преостале

---

[34] Контролу оптужбе у ужем смислу треба разликовати од судске контроле кривичног гоњења, тј. оптужбе у ширем смислу, која се врши приликом покретања истраге кад је истрага судска или кад је контрола покретања јавнотужилачке (или полицијске) истраге поверена суду (Види: Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – Посебни део,* Ниш, 2011, стр. 77).

[35] У новом процесном кодексу тај степен је «оправдана» сумња, како је и именована сврха конроле оптужбе у делу који се односи на њену чињеничну заснованост (види чл. 331 ст. 2). Теоријски гледано, то би морао бити виши степен од оног потребног за спровођење истраге: до сада је за покретање истраге била неопходна «основана сумња», па је за подизање оптужбе била потребна «вероватноћа»; у новом кодексу је за покретање (јавнотужилачке) истраге потребан нижи степен – «основи сумње», а за подизање оптужбе «оправдана сумња», као виши степен.

[36] Cf. А. С. Мамыкин, Назначение судебного заседания, в кн. *Уголовный процесс*, под общей редакцией А. С. Кобликова, Москва, 1999, с. 222. и 223.

[37] Опширније о системима контроле оптужбе у упоредном праву, види наш рад: *Систем контроле оптужбе у реформисаном кривичном поступку Србије,* Правни живот, бр. 9/2012, стр. 785-800.

одредбе су преузете, пресистематизоване и језички дотеране да изгледају као нови модел контроле. Због тога, систем потврђивања оптужнице има концепцијске недостатке и много више погрешних решења у појединостима.

Основни концепцијски недостатак је у томе што је контрола оптужбе уређена тако као да је истрага и даље судска фаза у којој је суд претходно извршио контролу оправданости и законитости покретања кривичног поступка, пренебрегавајући чињеницу да о покретању истраге сада одлучује искључиво јавни тужилац наредбом, против које није дозвољено никакво правно средство о коме би одлучивао и суд. Та дисхармонија између јавнотужилачке истраге и судске контроле оптужбе очитује се у одлукама које суд доноси у поступку потврђивања оптужнице. У вези са одлукама у поступку контроле оптужбе, концепцијски је дискутабилно и установљавање жалбе на одлуку о потврђивању оптужнице.

Прелиминарно испитивање оптужбе. - У српском кривичном поступку, о оправданости и законитости оптужбе одлучује ванпретресно веће (чл. 337 ст. 1). У закону није одређено у којој форми тај поступак тече нити на основу чега веће одлучује. Не само да уопште није предвиђено да веће одлучује у седници већа, што се може претпоставити будући да се ради о фази поступка која претходи главном претресу, него није решено ни питање страначке или опште јавности. Установљавање потпуно новог система контроле оптужбе, била је прилика да се та контрола уреди у форми претходног рочишта на коме би странке контрадикторно расправљале о оправданости и законитости извођења окривљеног на главни претрес, што би било у хармонији са стандардима који творе начело правичног поступка. Међутим, законодавац не само да је ту прилику пропустио већ је укинуо и досадашње овлашћење већа да позове странке и браниоца на седницу већа како би усмено изложили своје ставове[38]. За разлику од реглементације у новом процесном кодексу, учешће странака на рочишту на коме се оптужба прелиминарно испитује, све више је распрострањено у упоредном праву,[39] не само у англоамеричком него и у европскоконтиненталном типу кривичног поступка.

У закону је експлицитно предвиђено само то да веће испитује оптужницу, али није одређено на чему ће заснивати своје одлуке, а наводи у оптужници су за то недовољни. Иако нема експлицитне одредбе, треба тумачити да веће испитује оптужбу на основу списа предмета које суд формира од оних списа које му достави јавни тужилац. Требало је још предвидети да веће узима у обзир и окривљеников одговор на оптужницу, што ће се у пракси вероватно и дешавати, иначе би законске одредбе о праву окривљеног на одговор биле без икаквог смисла. Све у свему, у недостатку потребне законске регулативе, треба тумачити да веће испитује оптужбу на нејавној седници, без присуства странака, узимајући у обзир оптужницу и одговор на оптужницу, и то искључиво на

[38] Види члан 272. ст. 3. ЗКП/01.

[39] О контрадикторном поступку на претходном рочишту у кривичном поступку Русије, види: Т. М. Махова, Предварительное слушание, в. кн. *Уголовно-процессуальное право Российской федерации*, изд. "Юристь", Москва, 2004, с. 447-452.

основу списа предмета које је обавезно да формира након подизања оптужнице. У вези са формирањем судских списа, о чему је напред било речи, на овом месту износимо упозорење да у списима који се достављају већу позивних судија не би требало да буду садржани незаконити докази.

По пријему исправне оптужнице и одговора на оптужницу, одржава се седница већа, а када ће се одржати, одређује њен председник, међутим, то мора бити најкасније осам дана од истека рока за подношење одговора на оптужницу. На самој седници, веће испитује оправданост и законитост оптужбе на основу доказног материјала које је прикупио јавни тужилац, у истрази или предистрази, треба тумачити и на основу доказа на које је окривљени укаже у одговору на оптужницу (или евентуално, доказа које је окривљени сам прибави[40] и достави суду уз одговор) иако то није прописано законом.

Пошто проучи оптужницу, одговор на оптужницу и доказни материјал, суд оцењује да ли је оправдано (чињенично засновано) и законито да се окривљени изведе на главни претрес, па на основу тога доноси одговарајућу одлуку. Границе испитивања оптужнице одређене су сврхом судске конроле оптужбе: веће треба да размотри све разлоге и основе због којих би по подигнутој оптужници извођење окривљеног на главни претрес било неоправдано, тј. било чињенично неутемељено, или незаконито. Повластици повезаности (*beneficium cohaesionis*) више нема места јер се контрола оптужбе сада не врши на иницијативу окривљеног већ по службеној дужности, у обиму који треба да спречи свако неоправдано и незаконито изношење кривичне ствари на главни претрес, и то у односу на сваког окривљеног против којег је подигнута оптужница, па је, зато, с разлогом изостављена.

Само је ванпретресно веће овлашћено да води поступак контроле оптужбе и да доноси одлуке, не и председник тог већа, нити судија за претходни поступак, мада би то у неким ситуацијама било рационално. На пример, рационално би било да инокосни састав суда испитује формалну ваљаност оптужнице, да доноси одлуку о издвајању списа, па чак и одлуку о ненадлежности. Таква функционална надлежност судије за претходни поступак или председника ванпретресног већа, не би била преширока јер постоје системи контроле оптужбе у упоредном праву где целокупну контролу оптужбе врши инокосни састав суда, као што је у босанскохерцеговачким законодавствима[41]. Чини се да би у нашем новом кривичном поступку, подела компетенција између судије за претходни поступак и већа позивних судија, била у хармонији са устројеном концепцијом

[40] Законописци су предвидели да осумњичени који је саслушан и његов бранилац имају обавезу да пре завршетка истраге упознају јавног тужиоца са прикупљеним доказним материјалом који су прикупили у корист осумњиченог и омогуће му «разматрање списа» (!) и разгледање предмета који служе као доказ (чл. 303.). Међутим, после одредби о завршетку истраге докази које одбрана сама прикупи више се не помињу, а нигде није предвиђено барем право окривљеног (ако не и обавеза) да са тим доказним материјалом упозна суд, па ни приликом достављања одговора на оптужницу. Од достављања суду оних списа и предмета који могу послужити као доказ прибављених или прикупљених од стране осумњиченог и његовог браниоца, треба разликовати право окривљеног на предлагање доказа.

[41] Види: М. Симовић, *Кривично процесно право*, Бања Лука, 2009, стр. 331, 332, 339. и 340.

контроле оптужбе, попут решења у хрватском процесном законику,[42] који је иначе законописцима служио као узор за многа законска решења.

На крају још треба констатовати да се приватни тужилац помиње и у одредбама насловљеним као «испитивање оптужнице», а већ смо обајснили да се он практично уопште не може појавити у улози овлашћеног тужиоца у редовном кривичном поступку зато што су за кривична дела која се гоне по приватној тужби запрећене казне ниже од осам година затвора (изузев два дела којих у пракси и нема), те се за та дела може водити само сумарни кривични поступак. То је само потврда става да новелирање процесног законика није могуће без усаглашавања са материјалним кривичним правом, о чему се увек мора водити рачуна.

Одлуке ванпретресног већа.- После спроведених испитивања и сумарне оцене доказног материјала и законитости оптужбе, ванпретресно веће доноси одговарајућу одлуку. То су суштински исте оне одлуке које је веће према раније важећим прописима доносило поводом приговора против оптужнице, с тим што се по називу разликује само одлука којом се кривична ствар упућује на главни претрес. Друкчије речено, новим кодексом преузете су све досадашње одредбе о одлукама по приговору против оптужнице, али су нешто друкчије систематизоване. И даље приликом доношења одлука у поступку контроле оптужбе, суд није везан правном квалификацијом (чл. 341).

У поступку судске контроле оптужбе, ванпретресно веће може донети следеће одлуке: (1) одлуку о враћању оптужнице ради исправке – чл. 333 ст. 2, о чему је било речи, (2) одлуку о ненадлежности, (3) одлуку којом се наређује допуна или спровођење истраге, (4) одлуку о издвајању записника или обавештења из списа предмета, (5) одлуку да нема места оптужби и да се поступак обуставља, (6) одлуку о одбијању непосредне оптужбе, (7) одлуку о одбацивању оптужнице, као и (8) одлуку о потврђивању оптужнице (ова одлука може да садржи и одлуку о спајању и раздвајању поступка).

Управо зато што су све одлуке преузете из неког другог система контроле оптужбе, многе од њих су у дисхармонији са новим моделом кривичног поступка чију „структуру" чине јавнотужилачка истрага и адверзијални главни претрес. Управо ће те одлуке надаље бити прокоментарисане.

1. Одлука којом веће наређује допуну или спровођење истраге, била је могућа док је истрагу спроводио истражни судија – суд је одлучивао о покретању истраге па је у поступку контроле оптужбе суд и могао да нареди да се истрага допуни или спроведе ако истраге није било. Из тог модела је, у основи, законски текст о овој одлуци и преузет, али сада таква одлука не одговара природи и уређењу јавнотужилачке истраге: суд је искључен из одлучивања о покретању истраге а нема правног лека против одлуке јавног тужиоца о отварању истраге, па би закључак би да оно што суд не може у истрази, може у фази оптужења. Ако се томе дода да је главни претрес уређен као адверзијални, мешање суда у спровођење истраге још више постаје анахроно. Осим тога, наредба суда да

[42] Види: В. Pavišić, *op. cit.*, str. 327-332.

се спроведе или допуни јавнотужилачка истрага, у бити представља судску одлуку да се спроведу доказне радње, па се кроз ту судску одлуку испољава инквизициона максима о одговорности суда за прикупљање и извођење доказа, која је у чистом адверзијалном поступку незамислива, па је из тога разлога у новом процесном кодексу и изостављена. Закључак би био да су законописци увели ову инквизициону максиму на почетку судског поступка, а протерали је са главног претреса?!

2. Поводом одлуке о издвајању записника и обавештења, треба упозорити да поступак мора бити тако уређен да ванпретресно веће не сазна за незаконите доказе (нпр. стављањем у функционалну надлежност неком другом судском органу да о томе одлучује). Мала је корист од тога што ће веће издвојити такве списе али тек пошто се "инфицира" незаконитим доказима, јер судија не може избрисати сећање (осим ако се замишља судија који "хладно" доноси одлуку на основу закона вероватноће,[43] уз помоћ математике и рачунара)[44].

3. Одлуку да нема места оптужби и да се кривични поступак обуставља (чл. 338), ванпретресно веће доноси кад установи: 1) да дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности; 2) да је кривично гоњење застарело, или да је дело обухваћено амнестијом или помиловањем, или да постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење; 3) да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио дело које је предмет оптужбе. По основу из тачке 3, суд доноси одлуку о обустави и у случају да по подигнутој непосредној оптужници нареди спровођење истраге, па након тога нађе да нема довољно доказа за основану сумњу.

Одлука да нема места оптужби и да се поступак обуставља такође је механички пренета из модела у коме је истрага судска и као таква представља прву фазу кривичног поступка у ужем смислу. Таква одлука је логична консеквенца усвојеног али теоријски неутемељеног и концепцијски дубиозног схватања да кривични поступак започиње отварањем јавнотужилачке истраге. Насупрот томе, скоро општеприхваћено је у кривичнопроцесној теорији да је кривични поступак у бити један кривичнопроцесни однос који настаје, тече и окончава се између суда и странака у циљу правилне примене кривичног закона на кривичну ствар која је предмет поступка. [45] Отуда, полазећи од неспорних научних гледишта, јавнотужилачка истрага не може бити фаза

---

[43] О рачуну вероватноће и оцени доказа у кривичном поступку види: M. Damaška, *Dokazno pravo u kaznenom postupku – Oris novih tendencija*¸ Zagreb 2001, str. 29-41.

[44] *Ibidem*, str. 28.

[45] О дефиницији кривичног поступка види: др Тома Живановић, *Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права (поступка),* I. одељак, Београд 1940, стр. 7, 8, 36, 49 i 50; dr Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ,* Beograd 1981, str. 5; др Момчило. Грубач, *Кривично процесно право,* Београд 2006, стр. 27; dr Davor Krapac, *Krivično procesno pravo – Prva knjiga: institucije*, Zagreb, 2003, str. 4; др Станко Бејатовић, *кривично процесно* право, Београд, 2008, стр. 48; др Миодраг Симовић, *Кривично процесно право*, Бања Лука, 2009, стр. 24 и 25; др Милан Шкулић, *Кривично процесно* право, Београд, 2009, стр. 2; др Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи* део, Ниш, 2014, стр. 7-10; и др.

кривичног поступка у ужем смислу зато што без суда и странака нема кривичнопроцесног односа, па самим тим ни кривичног поступка.[46] У моделу поступка са јвнотужилачком истрагом кривични поступак у ужем смислу, тј. судски кривични поступак започиње потврђивањем оптужнице. У моменту испитивања оптужнице, дакле, кривичног поступка још увек нема па се не може ни обуставити (може се обуставити само поступак који је започео). Из тих разлога, уместо одлуке да нема места оптужби и да се поступак обуставља, у тим случајевима концепцијски би исправно било да се оптужба одбија. Саобразно тој идеји, у једном кохерентном систему контроле оптужбе који би био у хармонији са јавнотужилачком истрагом и адверзијалним главним претресом, одлуке би могле бити: одлука о одбацивању оптужнице, одлука о одбијању оптужбе и одлука о потврђивању оптужнице.

4. Одлуку о одбацивању оптужнице суд доноси кад установи да нема захтева овлашћеног тужиоца, потребног предлога или одобрења за кривично гоњење, или да постоје друге околности које привремено спречавају гоњење (чл. 339 ст. 2). Правнотехнички је погрешно да се одредба о одбацивању оптужбе уноси у члан који има рубрум "Одбијање оптужбе".

5. Одлука о потврђивању оптужбе негативно је дефинисана: „Ако не донесе ниједно решење из чл. 340", већ ће својом одлуком потврдити оптужницу. У моделу поступка у коме истрага није судска, одлука о потврђивању оптужница мора бити позитивно дефинисана јер с њеним доношењем тек започиње кривични (судски) поступак. У моделима кривичног поступка у којима је истрага судске природе, судска контрола почетка кривичног поступка (контрола кривичног гоњења) врши се приликом отварања истраге, па је након завршетка истраге довољна и негативна дефиниција разлога за доношење одлуке којом се кривична ствар упућује на главни претрес. После увођења јавнотужилачке истраге, судска одлука о упућивању кривичне ствари на главни претрес мора бити позитивно дефинисана у закону и заснована на уверењу суда да за то има довољно доказа. Суд, дакле, на основу расположивог доказног материјала мора да стекне уверење да постоји потребан степен сумње да се кривична ствар изнесе на главни претрес, а не да нема места доношењу других одлука па да то буде разлог за потврђивање оптужнице.

Због негативно одређених разлога за доношење одлуке о потврђивању оптужнице, у пракси је образложење ове одлуке недовољно а често и изостаје. То се може и разумети јер се она доноси кад нема места доношењу других одлука (одлуци да се суд оглашава ненадлежним, из чл. 337 ст. 2, одлуци о обустави кривичног поступка, из чл. 338, ни одлуци о одбијању оптужбе, из чл. 339), па је довољно да суд у образложењу (пошто се и та одлука мора образложити), констатује да увидом у списе предмета и сумарне оцене читавог доказног материјала, није нашао да постоје разлози за доношење било које од тих одлука. Да су разлози позитивно дефинисани, суд би морао да образложи

[46] В. Ђурђић, *Редефинисање класичних процесних појмова у преднацрту Законика о кривичном поступку Србије из 2010*, Ревија за кривично право и криминологију, бр. 2/2010, стр. 5-6.

да је надлежан, да је утужено дело кривично дело, да нема сметњи које искључују кривично гоњење и да на основу сумарне оцене прикупљених и изведених доказа оцени и образложи да је стекао уверење о постојању довољно основане сумње да је окривљени извршио кривично дело које му се оптужбом ставља на терет. Образложење довољно основане сумње не сме се претворити у оцену сваког доказа појединачно, јер се таква оцена врши само у одлуци којом се пресуђује кривична ствар (суд треба да утврди и образложи да су сви докази на којима се заснива оптужба законити, да су сами по себи и у целини подобни да произведу осуду, да нема веродостојних доказа у корист одбране који искључују супротно, да у својој укупности оправдавају сумњу и сл.).

У вези са одлуком о потврђивању оптужнице, може се још приметити да законописци нису предвидели да се оптужница може и делимично потврдити. Да је као окосница контроле оптужбе постављено испитивање има ли основа да се подигнута оптужница потврди, а не да ли је приговор против оптужнице основан, то би се морало предвидети. Могућност да суд у поступку контроле потврди само неке тачке оптужнице, уобичајена је у упоредном праву (делимично потврђивање оптужнице познају процесна законодавства БиХ[47], Хрватске[48], Немачке[49] и др.). То ће сигурно изазвати тешкоће у пракси, пошто је извесно да ће за тим настати потреба кад се подиже оптужница за више кривичних дела или против више лица, па оцена суда може бити да је оправдано и законито изношење на главни претрес само неких кривичних дела или извођење само неких окривљених. Стога треба тумачити да ако новим законником није предвиђено делимично потврђивање оптужнице, оно није ни искључено. У том случају веће треба да раздвоји поступак и да неспорни део оптужнице потврди а да у односу на преостали део донесе одговарајућу одлуку (о одбијању оптужбе или о одбацивању оптужнице).

У поступку судске контроле оптужбе одлуке се доносе у форми решења. Све *одлуке* већа морају бити образложене, али само једна (а не све, како гласи законски текст), и то одлука о потврђивању оптужнице, мора бити образложена тако да се унапред не утиче на решавање оних питања која ће бити предмет расправљања на главном претресу (чл. 342.).

Право жалбе на одлуке ванпретресног већа.- Судска контрола оптужбе могућа је и пред вишом инстанцом кад је по закону дозвољена жалба. Неке одлуке може жалбом побијати само јавни тужилац, а друге само окривљени (чл. 343.). Јавни тужилац може изјавити жалбу против одлуке о ненадлежности, одлуке о обустави поступка, одлуке о одбијању непосредне оптужбе и одлуке о одбацивању оптужнице. Окривљени има право да се жали само против одлуке

[47] Види чл. 228. ЗКП Републике Српске.

[48] Види чл. 356. ЗКП Хрватске.

[49] У немачком поступку, кад суд донесе решење да се отвори главни претрес којим дозвољава да се оптужница размотри на главном претресу, у том решењу одређује са којим ће се изменама прихватити оптужница на главном претресу (§207 StPO). У том случају је тужилаштво дужно да суду достави нову оптужницу у складу с тим решењем. (*Amplius*: Klaus Volk, *Grund Kurs StPO*, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010, 157,158).

о потврђивању[50] оптужнице. То је ново законско решење (јер према досадашњим прописима окривљени није имао право да изјави жалбу против одлуке суда којом је његов приговор одбијен као неоснован), у интересу је окривљеног, али не доприноси ефикасности поступка. Осим тога, такво решење отвара питање кад се има сматрати да је оптужница потврђена. У вези с тим, отварају се и друга питања: кад треба сматрати да неко лице постаје оптужени (чл. 2. ст. 1. тач. 3.)[51] или кад треба започети с припремама за главни претрес (чл. 344.) – после потврђивања оптужнице или кад буде правноснажно потврђена.

Из круга субјеката који имају право жалбе на одлуке већа донете у поступку судске контроле оптужбе, искључен је оштећени[52], чиме се потврђује становиште законописаца да оштећени може постати супсидијарни тужилац само у започетом судском кривичном поступку. Изгледа да се обистињује зебња да са сваким новелирањем процесног законика положај оштећеног постаје све неповољнији.

IV. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Законик о кривичном поступку из 2011. године, концепцијски и структурално, јесте компилација строго формалне јавнотужилачке истраге, која није примерена за оптужни већ за инквизициони тип кривичног поступка, и адверзијалног главног претреса, уређеног по узору на англоамерички модел поступка, у коме уопште нема фазе истраге као што се она схвата на европском континенту. Увођење јавнотужилачке истраге нужно не изискује уређења главног претреса на чисто оптужном начелу, будући да је концепцијски у дисхармонији са адверзијалним претресом јер се у неком тренутку орган поступка мора камелеонски трансформисати у процесну странку „равноправну" са окривљеним, што је претежак, ако не и нерешив задатак.

У новом моделу поступка истрага је строго формална фаза у којој јавни тужилац изводи све доказе по неизмењеним правилима која су важила за истражног судију. Уместо да се осмисли концепција новог модела истраге која би била поверена јавном тужиоцу, судска истрага је укинута механичком заменом субјекта који је покреће и спроводи – само је истражни судија замењен јавним тужиоцем, а процесна правила о сврси и садржају истраге, те о форми истражних радњи остала су иста као да је истрага судска. Зато што се у истрази изводе сви докази за које се сазна, а касније се ти исти докази изводе на

[50] У немачком процесном законику није дозвољена жалба против одлуке о упућивању кривичне ствари на главни претрес (§210 StPO)

[51] Deficija optuženog analogna je definiciji iz starog zakonika, ali je ona do sada bila nedvosmislena jer protiv odluke o odbijanju prigovora kao neosnovanog, okrivljeni nije imao pravo žalbe i optužnica je u tom momentu stupala na pravnu snagu, pa je od tog momenta on postajao optuženi (čl. 21. st. 1. tač. 3. ZKP/01). Sada optužba staje na pravnu snagu u momentu kad sud negativno odluči po žalbi, a lice koga optužnica tereti, prema slovu zakona, postaje optuženi pre toga.

[52] U čl. 358. ZKP Hrvatske predviđeno je da će se smatrati da je oštećeni preuzeo krivičnom gonjenje ako samo on izjavi žalbu protiv odluke veća donete u postupku kontrole optužbe, pa žalba bude usvojena.

главном претресу, не може се очекивати да ће увођење овакве јавнотужилачке истраге довести до убрзања поступка и изрицања правде у разумном року, што је био један од основних циљева реформе. Да би се тај циљ постигао, истрагу треба учинити неформалном, чија би сврха била прикупљање доказа како би јавни тужилац одлучио хоће ли подићи оптужбу, а евентуално извођење доказа који не трпе одлагање поверити судији за претходни поступак.

У новом моделу кривичног поступка, са јавнотужилачком истрагом и адверзијалним главним претресом, било је нужно да се уведе контрола оптужбе по службеној дужности у свакој кривичној ствари. То је и учињено, али уместо да осмисле нови концепт контроле оптужбе, законописци су извршили само ревизију, не баш успешну, постојећег мешовитог система контроле оптужбе. Укинули су приговор против оптужнице, а у свему осталом преузели су решења из до сада важећег процесног законика, као да није измењена природа претходног и главног поступка, ни концепција саме контроле оптужбе. Из таквог приступа извиру и основни недостаци нове регулативе који нови кривични поступак чине некохерентним.

Пропуштена је прилика да се контрола оптужбе уреди у форми претходног рочишта на коме би странке контрадикторно расправљале о оправданости и законитости извођења окривљеног на главни претрес, што би процесну архитектуру приближило идеји правичног поступка. Недостају и одредбе о формирању судских списа. Предвиђено је само да јавни тужилац уз оптужницу доставља своје списе предмета суду, тако да се они камелеонски претварају у судске, као да је истрагу спровео истражни судија. Насупрот таквом уређењу, начело правичног поступка изискује правила о кривичним списима која би спречила да приликом претходног испитивања оптужбе судије буду „инфициране" незаконитим доказима, и правила која ће спречити да резултати истраживања јавног тужиоца добију снагу судских доказа и тиме осигурати „једнакост оружја" на главном претресу.

Одлуке у поступку судске контроле оптужбе у потпуној су дисхармонији са природом и структуром новог кривичног поступка. Одлука о обустави поступка концепцијски и доктринарно је дискутабилна, јер у моменту кад се доноси судски кривични поступак није још започео па се не може ни обуставити. Одговарајућа би била одлука суда о одбијању оптужбе. Уместо негативно, судска одлука о потврђивању оптужнице мора бити позитивно дефинисана у закону и заснована на уверењу суда да за то има довољно доказа. На основу расположивог доказног материјала суд мора да стекне уверење да постоји потребан степен сумње да се кривична ствар изнесе на главни претрес, а не уверење да нема места доношењу других одлука па да то буде разлог за потврђивање оптужнице (како из законског текста произлази). Неопходне су и законске одредбе о делимичном потврђивању оптужнице, како би се омогућило раздвајање поступка и рационално изношење кривичне ствари на главни претрес у случајевима конекситета.

Vojislav Đurđić, S.J.D.
Professor at the University of Niš Faculty of Law

REGULATION OF THE SERBIAN PRELIMIARY CRIMINAL PROCEDURE -de lege lata de lege ferenda-

The subject matter of this paper is legal regulation of the preparatory stage in the reformed Serbian criminal procedure. The author's general assessment is that legal regulation of the structure and the form of the preparatory stage has not been essentially altered, neither were numerous procedural rules pertinent to this stage, although the public-prosecutor's investigation has been introduced instead of that of the court. The author holds that the concept of the criminal procedure in which the investigation is entrusted to the public prosecutor and the trial is regulated as adversarial requires far more inventive approach and more subtle regulation of the structure of criminal procedure and of the classical procedural institutes. On these grounds the concept and regal regulation of both phases of the preliminary stage are being criticized in the paper. The basic cause of the erroneous or unfit statutory solutions related to the investigation is the law-maker's concept that public prosecutor's investigation represents the structural element of the criminal proceedings understood in narrower sense. From that viewpoint the author criticize the statutory rules on initiation and form of the public prosecutor's investigation, the low factual substrate as legal prerequisite, the option of conducting investigation against the unknown perpetrator, and especially the equalization of evidence taken by the public prosecutor with those presented before the court in the course of trial. In the indictment phase, the indictment control had to be adjusted to the public prosecutor's investigation. It was necessary to introduce the ex officio indictment control in all criminal matters. That has been done, but instead of inventing a new type of indictment control, the law-writers carried through a doubtfully successful revision of the previous mixed indictment control system. The objection against indictment was abolished, and in all other matters the solutions from the previous procedural code were taken, as if the nature of both preliminary and main procedure, as well as the indictment control concept, has not been changed.

Keywords: *preliminary criminal procedure, investigation, trial in absence of the accused, the indictment phase, judicial indictment control.*

Др Милан Шкулић,
редовни професор
Правног факултета
Универзитета у Београду

МОГУЋЕ ПРОМЕНЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА СРБИЈЕ

Апстракт

У раду се излажу основна концептуална решења новог Законика о кривичном поступку Србије и указује на његову суштински погрешну концепцију, али и бројне тешке правнотехничке грешке. Аутор посебно скреће пажњу на крупне неуставности новог Законика, те указује да он суштински нема ни доминантно адверзијални ни доминантно инквизиторски карактер, већ представља мешавину аеверзијалних и инквизтироских елемената, што се илуструје навођењем најважнијих таквих елемената једне и друге врсте. Одређени инквизиторски елементи, а нарочито омогућавање изузетно широког одступања од начела непосредности су истовремено и наглашено антидемократски елементи новог Законика.

У раду се закључује да је потребно хитно мењати позитивни кривични поступак Србије, што се може постићи било крупним променама сада важећег Законика о кривичном поступку, или што би било знатно адекватније, израдом новог Законика о кривичном поступку, којим би се јавно-тужилачка истрага уредила на бољи начин, а главни претрес конципирао тако да се омогући активнија доказна улога суда, а да при том то не буде ни на штету одбране, односно да се начело истине на одговарајући начин доведе у складан баланс са правилом о сношењу основног терета доказивања.

Кључне речи: *кривични поступак, Законик о кривичном поступку, начело истине, истрага, главни претрес, реформа кривичног поступка.*

1. Уводна разматрања

Основна питања реформе кривичног поступка Србије сведена су на проблематику *типа истраге* и *конструкције главног претреса*, посебно у вези улоге суда у доказном поступку, те проблематике примарно страначког или судског

извођења доказа, али и на веома важно питање *(не)постојања начела истине у кривичном поступку*.[1] Нови Законик о кривичном поступку је се с једне стране, заснован на погрешној концепцији, а с друге стране, обилује и сасвим конкретним правно-техничким грешкама и омашкама.

Погрешна концепција Законика се делимично огледа и у његовом противуставном карактеру, а њене основне особености су: 1) елиминисање начела истине у кривичном поступку, 2) увођење јавно-тужилачке истраге на један недовољно квалитетан начин, те, 3) потпуно адверзијална конструкција главног претреса.

Указаћемо на основне концепцијске проблеме новог Законика, а затим изложити могућности којима се може поправити српски кривични поступак у *две варијанте*: 1) значајно модификовање и побољшање Законика о кривичном поступку из 2011. године и 2) израда новог Законика о кривичном поступку.

2. Однос начела истине и правила о терету доказивања

Законодавац више не утврђује начело истине на начин на који је то начело до сада постојало у нашем кривичном поступку. Суд више нема дужност да утврђује истину и начелно се чини доказно релативно неактивним, односно таква је очигледно била интенција законодавца, али је питање да ли је то постигнуто на конзеквентан начин, те како ће се у пракси суд односити у односу на утврђивање чињеничног стања на којем треба да заснује своју одлуку о предмету кривичног поступка.[2] Иначе, чак и кривични поступци у нашем окружењу који су битно модификовани последњих година и где је главни претрес

[1] Више о томе: М. Шкулић, "Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку", *Правни живот*, број 9, Том I, Београд, 2010, стр. 587 – 611.

[2] Дужност суда да у кривичном поступку утврди истину, односно *тежи* њеном утврђивању, би пре свега, морала да буде моралног и етичког карактера. Само када је потпуно уверен у истинитост утврђеног чињеничног стања, кривични суд би могао да "мирне савести" остварује своје *право кажњавања (ius puniendi),* онда када изриче одређену кривичну санкцију (што је право које у правној држави припада једино суду), или када обрнуто, у одговарајућој процесној форми (као што је то на пример, ослобађајућа пресуда), констатује да у конкретном случају нема услова за манифестовање таквог "ексклузивног" права суда. Кривични суд и неки други важни извори права суштински и непосредно усмеравају ка утврђивању истине, а друга је ствар, што се то донекле дезавуише правилима важећег Законика о кривичном поступку, који значајним лимитирањем могућности суда да и мимо страначке иницијативе, сопственом доказном активношћу утврђује чињенично стање, суду објективно поприлично "везују руке", иако као што је претходно објашњено, самим тим што оставља могућност за побијање пресуде жалбом и због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања (што је у ствари, само други израз за *неистину*), законодавац имплицитно задржава начело истине у лимитираном виду. То значи да се суду сходно правилима важећег Законика о кривичном поступку не даје довољно "простора", односно реалних процесних могућности да увек и у објективно могућој мери, утврди потпуно и тачно чињенично стање, што се своди на *установљавање истине у кривичном поступку,* док самог судију други прописи још увек стриктно обавезују да се руководи начелом истине. Тако, према одредби члана 53 став 1 *Закона о судијама*, пре ступања на функцију, *судија полаже заклетву* пред председником Народне скупштине, а текст судијске заклетве гласи: "*Заклињем се својом чашћу да ћу своју функцију вршити верно Уставу и закону, по најбољем знању и умећу и служити само истини и правди*" (члан 54 ЗС). Дакле, судија се и формално, чак у једном изразито симболичком и свечаном облику, изричито *обавезује* да **служи истини.** Више о томе: М.Шкулић, *Кривично процесно право,* седмо измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду и «Досије», Београд, 2014., стр. 83 – 84.

у великој мери адверзијалног карактера, ипак још увек познају начело истине, схваћено и као *начело утврђивања материјалне истине*[3].

Докази се прикупљају и изводе у складу са Закоником о кривичном поступку, а *терет доказивања оптужбе је на тужиоцу*.[4] Из овог би произишло да ће сам тужилац изводити доказе у прилог своје оптужбе, те да се у то неће упуштати кривични суд. Међутим, следећа законска одредба ипак омогућава да и суд изводи доказе, али само ако у погледу тога постоји одговарајућа страначка иницијатива. Суд изводи доказе *на предлог странака*. Питање је да ли суд уопште може извести било који доказ, ако то не предложи странка, а такође је питање и зашто би странка предлагала да суд изведе неки доказ, уместо да сама то учини. Такође није јасно ни да ли је суд у сваком случају дужан да изведе доказ који предложи странка. Чини се да суд ипак нема такву дужност, јер није прописана никаква консеквенца за одбијање таквог предлога, нити постоји процесни механизам којим би се суд «принудио» да поступи у складу са страначком доказном иницијативом. Коначно, доказни предлог странке може бити и априорно сасвим бесмислен или чак немогућ, па није логично да се сматра да суд свакако мора извести сваки доказ који је странка предложила.

Начелно се доказна иницијатива суда ограничава на издавање налога конкретној странци. Суд може *дати налог странци* да предложи допунске доказе или изузетно сам одредити да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио. Иако се овде не говори о потреби утврђивања *истине,* свестрано расправљање предмета се своди на утврђивање потпуног и тачног чињеничног стања, а то је у ствари истинито чињенично стање, наравно уз сва она и иначе, постојећа фактичка и формална ограничења везана за утврђивање истине у кривичном поступку. С друге стране, овде се ради само о «налогу» странци, сам суд се не «овлашћује» да изводи доказе. Суд може доказ извести једино ако то предложи странка, што суд странци може сугерисати, али је практично не може «принудити» на такав доказни предлог. И ако суд нареди извођење одређених доказа, то подразумева да ће доказе извести одређена странка, а не сам суд, јер се суд не може доказно активирати ако странка то није предложила. Није прописана било каква процесна консеквенца за одбијање странке да испуни налог суда. Ради се стога о поприлично нелогичној и непотпуној норми.

---

[3] Више о томе: Н.Матовски, Г.Лажетић-Бужаровска и Г.Калајџијев, *Казнено процесно право,* 2, измењено и допуњено издање, "Академик" Скопље, 2011. стр. 50.

[4] У току јавне расправе о Нацрту новог ЗКП-а, као и касније, када је већ донесен нови Законик, неки чланови радне групе која је учествовала у писању тог текста су у више наврата истицали да се решењима садржаним у новом ЗКП-у, превазилази некакав садашњи, односно некадашњи «**проблем**», који се своди на **дужност суда да «подржава» или «подупире», оптужницу**, јер се сада то коначно, «пребацује» на тужиоца. Заиста, *невероватна констатација*. Ван памети је да било који судија у кривичном поступку «подржава» или «подупире» оптужницу, јер би се таквим поступањем судија грубо оглушио о своју дужност непристрасног поступања. Тиме што судија према Законику о кривичном поступку из 2001. године (а тако је код нас било деценијама), има(о) дужност утврђивања истине, он не само да нема, односно није имао дужност било каквог «стајања на страну тужиоца», већ судија то никако не би ни смео чинити.

Овакво доказно лимитирање доказне улоге суда ипак није консеквентно спроведено, па тако на пример, суд има могућност да активно учествује у испитивању сведока на главном претресу, те својим питањима може да се «умеша», било у основно, било у унакрсно или допунско испитивање сведока, без обзира што те видове испитивања примарно спроводе странке, односно друга лица која поступају у оквирима страначких функција, као што су то, бранилац у оквиру функције одбране, односно пуномоћник оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца. .

Може се претпоставити да ће у пракси кривични суд ипак *тежити* да колико је могуће, па можда и мимо стриктних законских правила, тежи истини или чак покуша да утврди истину у кривичном поступку, јер се као и раније, и у одредбама новог Законика омогућава подношење жалбе и због *погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања*, а шта је друго – погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, него *неистина*, односно *неистинито утврђено чињенично стање*. Како суд «одговара» за своју пресуду, он је начелно заинтересован да она опстане у евентуалном жалбеном поступку, те ће и због тога, по логици ствари, тежити да се у кривичном поступку утврди потпуно и тачно чињенично стање, односно да се другим речима казано – утврди истина. Стога ће, ако не формално, онда макар фактички, у нашем кривичном поступку и даље у пракси деловати начело истине, али сада на битно лимитиран начин.

У континенталној Европи, суд је, по правилу, суверени и неприкосновени "господар" доказног поступка, без обзира на то што странке располажу одговарајућом доказном иницијативом, те у одређеној мери могу учествовати и у извођењу доказа. То је најтипичније у Немачкој и у другим државама чији су нам правни системи традиционално служили као узор.[5] Слично је и у Аустрији, која је типична и интересантна и по томе што је, такође, однедавно увела систем државно-тужилачке истраге, али, наравно, није прихватила и потпуно адверзијалну конструкцију главног претреса, нити је у свом новом законику о кривичном поступку елиминисала начело истине.[6] Потпуно је нетачно и да адверзијална конструкција главног претреса подразумева лимитирање или елиминисање начела истине, исто као што је нетачно да тужилачка истрага подразумева адверзијализацију главног претреса, јер на пример, широм Европе данас постоје кривичнопроцесни систему у којима истрагу води јавни (државни) тужилац, али је и поред тога, главни претрес конструисан на класичан европско-континентални начин, уз руководећу доказну улогу суда, који се руководи начелом истине.

Проблем у вези са домашајем начела истине у нашем кривичном поступку постоји јер се меша правило и неопходно да се одлука суда заснива на истинитим чињеницама, односно уверености суда у њихову истинитост, са

[5] Више о томе: C. Roxin und B. Schünemann, *Strafverfahrensrech*t, 26. Auflage, "Verlag C. H. Beck", München, 2009, стр. 78.

[6] Више о томе: S. Seiler, *Strafprozessrecht*, 10, überarbeitete Auflage, "Facultas.wuv", Wien, 2009, стр. 31 – 34.

постојањем или непостојањем дужности суда да *истражује* истину, односно да и мимо страначке иницијативе изводи доказе који су потребни за утврђивање потпуног и тачног чињеничног стања. Када је суд апсолутно доказно неактиван, он само може вредновати доказе које су извеле странке изведене, те стећи или не стећи уверење у њихову истинитост, али нема сам могућност да изводи доказе који су потребни да би он као такав, утврдио истину. Само онда када суд има могућност да буде доказно активан, он и може заиста утврђивати истину, али то тада може бити супротстављено правилу о терету доказивања, које је када је у питању оптужба, сада и формално стриктно дефинисано као дужност тужиоца, сходно чему, тужилац и сноси ризик недоказивања. Иако је то врло сложено теоријско питање, чини се да сада, када је већ уведено правило о терету доказивања, од њега не би требало одступати, већ је потребно то правило, на одговарајући начин "помирити" са начелом истине, што се онда, нужно своди на одговарајуће *лимитирано дејство начела истине.*

То значи да би начело истине требало вратити у наш кривични поступак, али тако да се тиме не ремети начелна дужност овлашћеног тужиоца да сноси терет доказивања. Тиме би с друге стране, ипак требало омогућити активнију доказну улогу суда, када је у питању окривљени без браниоца или када је то у интересу одбране у кривичном поступку. Није потребно у самој норми наглашавати да ће суд доказно интервенисати у корист одбране и сл., већ је довољно увести могућност да суд изводи све доказе који су потребни за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања, али у границама правила о томе да терет доказивања да је окривљени учинио кривично дело, сноси овлашћени тужилац. С друге стране, треба стриктно прописати да се одлука суда може заснивати само на чињеницама које су истините, јер само тада има смисла постојање жалбе због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.

Наравно и ако би се прихватило решење по којем би суд могао/морао да се доказно ангажује и активира у циљу утврђивања потпуног и тачног чињеничног стања, али тако да то буде у границама правила о терету доказивања оптужбе, који је на овлашћеном тужиоцу, у пракси би велики проблем био са процењивањем у којем правцу реално иде доказно ангажовање суда, јер суд може сматрати да би извођење одређеног доказа било у прилог одбране, али се сама одбрана са тим не мора сложити. Поред тога, питање је и какав је значај доказа које је суд извео, сматрајући да је то потребно у циљу утврђивања истине, а у прилог одбране која је доказно неактивна, а онда се покаже да је у ствари, конкретан доказ користио тужиоцу. Ту нема једноставног и "чистог" решења, а не треба заборавити ни да онда када је комплетна доказна иницијатива поверена странкама (као у типичном парничном поступку, односно у класичним адверзијалним кривичним процедурама), доказ који је извела једна странка, сматрајући да ће користити њеним страначким интересима, фактички може некада да иде у прилог другој странци. На пример, странка је предложила одређеног сведока сматрајући да ће исказ који ће сведок дати бити њој у прилог, а онда сведок да исказ који је супротан интересу странке која га је предложила.

Уколико се не жели повратак на класично начело истине у смислу давања права, али и дужности суду да увек официјелно и мимо доказних предлога странака, утврђује истинито и потпуно чињенично стање (што је наравно, у пракси *questio facti*), а да се ипак (што је по нашем мишљењу неопходно), ојача доказна улога суда, могуће је још једно "компромисно" решење. Наиме, суду би имао право и дужност да изведе све доказе потребне за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања, али тако да то буде у оквиру правила да тужилац сноси терет доказивања оптужбе, те под условом да се одбрана томе не противи.

3. Основне потенцијалне неуставности новог Законика о кривичном поступку

Према одредби члана 32 став 1 Устава Републике Србије (*право на правично суђење*), *свако има прав да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и оптужбама против њега.*

Дакле, уставно је право грађанина, тј. окривљеног против којег се води кривични поступак да суд **расправи** о основаности сумње, односно о оптужби против њега, а *не да се о томе* **пред судом расправља,** као што је то у основи решено у новом Законику о кривичном поступку Србије.[7]

Стога су **неуставне** све кључне одредбе овог Законика којима је конструисан стриктно адверзијални кривични поступак, односно доказивање примарно пренесено на странке, а суд максимално искључен из њега.

Претходно објашњена неуставност се односи на стриктно адверзијалну конструкцију главног претреса, уз максимално лимитирање доказне улоге суда, који тако супротно одредби члана 32 став 1 Устава Србије, нема прилику да расправи о оптужби, али се чини да је противуставна и концепција истраге у новом Законику о кривичном поступку. Наиме, истрага је сада јавно-тужилачка, те се покреће наредбом, али без могућности да суд у одређеном функционалном облику (то би у контексту новог ЗКП-а, мога бити судија за претходни поступак), одлучи о *основаности сумње* која је била разлог за покретање кривичног поступка, а одредбом члана 32 став 1 Устава Републике Србије, се између осталог *сваком* гарантује да суд *расправи* и о *основаности сумње која је била разлог за покретање поступка.* Ово је

[7] Више о неуставности новог Законика о кривичном поступку Србије, али и његовим бројним другим слабостима у: М.Шкулић и Г.Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – један корак напред, два корака назад*, Удружење јавних тужилаца Србије, Правни факултет у Београду и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012. Друго измењено и допуњено издање ове монографије под насловом: "Нови ЗКП Србије – како је пропала реформа и шта да се ради" је у целини доступно у PDF формату на сајту Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије. Адреса за преузимање текста са сајта: http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf

посебно упадљиво у контексту нове законске регулативе која се односи на формално одређивање тренутка како започињања кривичног поступка, тако и отпочињања кривичног гоњења, што не само да се утврђује на погрешан начин, већ се што је веома чудно и тешко се може логички објаснити, разликују моменат када започиње кривичног гоњење, од тренутка када почиње кривични поступак

4. Доминантно адверзијални или инквизиторски карактер новог Законика о кривичном поступку

У два велика позитивноправна кривичнопроцесна система спадају: 1) *континентално-европски* кривичнопроцесни систем и 2) *англосаксонски* или адверзијални кривичнопроцесни систем. Понекад се упрошћено, а што је посебно карактеристично за ауторе из англосаксонских правних подручја, континентално-европски систем означава као инквизиторски, а англосаксонски као акузаторски, али такво терминолошко одређење у основи није коректно, јер иако континентално-европски систем садржи одређене инквизиторске елементе, он у ствари представља један мешовити систем, као што ни бројни англосаксонски системи више нису чисто акузаторског типа. Већина држава континенталне Европе има мешовите кривичне поступка, са изузетком Италије, која је након последње реформе свог кривичног процесног законодавства, кривични поступак уредила претежно на адверзијалним основама. Обрнуто, већина држава које припадају тзв. енглеском говорном подручју, где су најкарактеристичнији Велика Британија, односно пре свега Енглеска и Велс, као и САД, имају типичне адверзијалне кривичне поступке.

За континентално-европске кривичне поступке је карактеристично да у истрази постоје јаки инквизиторски елементи, али уз поштовање права на одбрану и у тој фази кривичног поступка. У овом типу поступка су основне кривичнопроцесне функције строго одвојене, али јавни (државни) тужилац ипак није права, односно типична странка, јер је он, као државни орган, дужан да осим страначких интереса утемељених на функцији оптужбе, штити и опште интересе, а пре свега интерес који произлази из начела истине, па сходно томе, на пример, он мора осим доказа који терете окривљеног, прикупљати и доказе у прилог његовој одбрани, односно мора их имати у виду. Поред тога, сам суд је доказно изузетно активан, он по правилу сам изводи све доказе током суђења, уз давање мање или веће доказне улоге и самим странкама, а није ограничен доказним предлозима странака, већ има право и дужност сопствене доказне иницијативе. Наш кривични поступак, слично као и на пример, кривични поступци Немачке и Француске, али и низа других европских држава, припада овом типу поступка.

За англосаксонске, односно адверзијалне (страначке) типове поступка је карактеристично да је суд у доказном смислу веома пасиван, тако да је изво-

ђење доказа у основи препуштено странкама, док се суд претежно фокусира на процену која је странка у "доказном двобоју" пред њим била успешнија. Суђење почиње презентирањем доказа оптужбе, на које одбрана у одређеним процесним формама одговара, односно има прилику да даје одговор, да би се потом, изводили докази одбране, уз могућност да на њих одговара тужилац, док суд има веома ограничене могућности током извођења доказа. Саслушање током суђења је страначког карактера, тако да одређеног сведока прво саслушава странка која га је позвала (*examination-in-chief*), а затим противстранка (*cross-examination* – унакрсно саслушање), а потом долази до поновног саслушања сведока од странке која га је позвала (*re-examination*) У суштини су типични адверзијални кривични поступци веома слични парничном поступку, односно грађанском поступку уопште.

У већини земаља континенталне Европе, нарочито када се ради о класичним правним системима држава тзв. старе Европе, односно оних земаља које представљају својеврсно «језгро» Европске Уније и чији су правни системи традиционално важили као својеврсни узори за низ других европских земаља, међу којима су и некадашња Југославија, па самим тим и државе настале на њеном тлу, постоје веома значајне разлике између парничног и кривичног поступка. Те се разлике првенствено огледају у правилима доказивања и утврђивања чињеничног стања, односно примарно се односе на домет и дејство одређених доказних начела, односно начела која се односе на циљ и сврху процедуре. Та процесна начела су суштински различита у поступку чији је предмет одређено грађанскоправно питање спорног карактера, као што је то у парничном поступку и процедуре чији је предмет тзв. *causa criminalis*, односно кривично дело, односно дело које је противправно и законом прописано као кривично дело, а што се решава у кривичном поступку.

На пример, у немачкој кривичнопроцесној теорији се традиционално истиче да у «цивилном», тј. парничном поступку, у којем се пре свега, одлучује о «приватним интересима», важи принцип диспозиције, што се огледа у томе да парничне странке саме сносе одговорност за утврђивање чињеница које би биле подлога за одлуку суда. То се своди и на постојање одговарајућег терета доказивања, па тако суд сходно принципима парничног поступка, своју пресуду може засновати само на ономе што су странке тврдиле, подвеле под одређене доказе, односно доказале, при чему оно што је за странке неспорно, обавезује и самог судију, у вези чега се истиче да генерално у парничном поступку важи *начело формалне истине*.[8]

Обрнуто, у немачкој теорији кривичног процесног права се наглашава да супротно парничном поступку, у кривичном поступку важи *начело материјалне истине,* као и принцип истраживања од стране суда, што означава да сам суд истражује садржински аспект предмета кривичног поступка («сам од себе инструисан»), те при том, у остварењу тог задатка и у односу на разјашњење

[8] C.Roxin und B.Schünemann, op.cit., стр. 78.

ствари, није везан активностима процесних странака,[9] а што се посебно огледа у томе да суд «истражује истину извођењем по службеној дужности свих доказа који су од значаја за одлучивање суда».[10]

За разлику од овог претходно описаног класичног континентално-европског погледа на циљ кривичног поступка и правила извођења доказа, односно официјелног судског утврђивања чињеничног стања у кривичном поступку, у САД се на ово питање гледа сасвим другачије, тако да је амерички кривични поступак веома сличан парничном поступку, што се своди на конструисање «адверзијалног поступка», чија је основна особеност да свака странка сноси терет доказивања својих тврдњи, а одлуку о томе «ко је био бољи у доказивању», доноси порота.[11]

За класичне континентално-европске кривичне поступке је типично да суд тежи утврђивању истине, која је декларисани циљ кривичне процедуре, али при том, узима у обзир и одговарајућу доказну иницијативу странака, што се не чини безусловно, већ само када суд оцени да се ради о адекватним доказним предлозима странака. Тако на пример, у немачком кривичном поступку суд *у циљу утврђивања истине*, по службеној дужности изводи доказе у погледу свих чињеница и доказних средстава, који имају значаја за доношење одлуке (§ 244 Abs. 2 StPO).[12]

Савремено кривичнопроцесно право се иначе, карактерише и све изразитијом конвергенцијом елемената из два велика светска кривичнопроцесна система, што је последица како општих глобалистичких тенденција, тако и свести о потреби уграђивања у поједине правне системе оних елемената који су потенцијално ефикасни и корисни, независно од тога да ли потичу из једног или другог великог кривичнопроцесног система.[13] Тако на пример, данас многи континентално-европски кривични поступци садрже и неке елементе адверзијалних поступака, за шта је свакако најтипичнији институт окончања поступка на темељу споразума тужиоца и окривљеног о признању кривице (*plea bargaining*, односно *deal*), што је довело и до тврдњи неких аутора о постојању својеврсне заразе овим кривичнопроцесним институтом у европским земљама (*plea bargaining infection*). Обрнуто и многи адверзијални кривични поступци прихватају нека решења из континентално-европских процедура, а посебно у вези давања већих овлашћења јавном (државном) тужиоцу. Оваква конверген-

[9] Ово се посебно илуструје карактеристичним примером *немогућности доношења пресуде због изостанка у кривичном поступку*, тј. правилом по којем за разлику од парничног поступка, где недолазак једне уредно позване странке на суђење, доводи до пресуде због изостанка, односно ако се ради о тужиоцу, сматра се да је самим недоласком на главну расправу, он прећутно одустао од оптужбе, таквих правила нема у класичном континентално-европском кривичном поступку.

[10] C.Roxin und B.Schünemann, op.cit., стр. 78.

[11] Ibid., стр, 79 – 80.

[12] Више о томе: L. Meyer-Goßner und J. Cierniak, *Strafprozessordnung – Kommentar*, "Verlag C.H.Beck", München, 2009., стр. 958 – 959.

[13] Више о томе: М. Шкулић, *Основи упоредног кривичног процесног права и основи проблеми реформе кривичног поступка Србије,* зборник "Казнена реакција у Србији", Београд, 2011, стр. 54 - 55.

ција, иако свакако оправдана, ипак има своје границе, које се у битној мери морају заснивати и на присутној правној традицији одређене државе. Није једноставно, а по правилу, није ни оправдано, да се једном правном систему који већ устаљено припада одређеном великом типу кривичног поступка, вештачки калеме доминирајући елементи из другог таквог типа, јер то може довести до огромних практичних проблема, а пре свега, до несналажења субјеката поступка у новом кривичнопроцесном амбијенту, а што онда, по логици ствари, доводи до неефикасног или неправичног, односно и неефикасног и неправичног кривичног поступка.

Из самог атрибута «адверзијални» произлази да је суштина кривичног поступка који се ближе обележава таквим атрибутом, да се он своди на одређени процесни «сукоб» или доказни «двобој» међусобно супростављених странака, односно процесних субјеката који имају супротне процесне интересе – окривљеног у функцији одбране и тужиоца који врши функцију оптужбе. Данас је свакако најтипичнији поступак ове врсте, кривични поступак САД, који је изворно произишао из енглеског кривичног поступка, односно тзв. англосаксонске кривичне процедуре. И данас се сасвим уобичајено и релативно често, као синоним за «адверзијални кривични поступак», говори о англосаксонском кривичном поступку, али то постаје све мање оправдано самим тим што је све више држава које су у географском смислу део континенталне европе, а које своје кривичне поступке уређују претежно на адверзијалним основама, као што је то уосталом случај и са новим српским Законником о кривичном поступку из 2011. године. Истовремено, самим тим донекле губи оправдање и израз «европско-континентални» кривични поступак, али како још увек далеко највећи број држава континенталне Европе не прихвата адверзијалан кривични поступак, што је посебно типично за државе које спадају у тзв. стару Европу, попут Немачке, Француске, Аустрије итд., ми ћемо као опозит адверзијалном типу кривичног поступка, наводити континентално-европски модел кривичне процедуре.[14]

Код оба основна упоредноправна типа кривичне процедуре, односно главна *упоредноправна модела* кривичног поступка, потребно је упоредити неколико основних карактеристика, које се пре свега тичу следећих питања: 1) опште кривичнопроцесне проблематике, попут учења о основним доказним забранама, (не)могућности коришћења тзв. индиректних доказа, односно индиција, начина организације суда (порота или професионалне судије, односно мешовита судска већа), значаја који се даје појединим општим кривичнопроцесним начелима, као што је то начело истине, значај признања као доказа и његове везе са другим доказима итд., те 2) организације кривичног поступка у стадијумском смислу, где спадају питања као што су степен (не)формалности истраге, број процесних стадијума, доминантан начин организације главног претреса,

[14] Више о томе: М. Шкулић, *Модификације кривичног законодавства Србије у време економске кризе – неке грешке у српском КЗ-у и катастрофално лоша концепција Нацрта Законика о кривичном поступку Србије,* зборник: "Заштита људских права и слобода у време економске кризе, Удружење за међународно кривично право, Београд, 2011, стр. 129 – 154.

са доказно претежно активним или пасивним кривичним судом итд. Наравно, треба имати у виду да практично не постоје два идентична кривична поступка, када говоримо о различитим државама, односно њиховим правним системима, јер се међусобно често и прилично разликују кривични поступци конкретних држава који иначе доминантно припадају једном или другом тзв. великом кривичнопроцесном систему.

Нови Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године уређује српски кривични поступак претежно на адверзијалан начин и то пре свега када се ради о организацији главног претреса, као основне процесне фазе (стадијум суђења у ужем смислу), али истовремено и уз развијање и јачање и неких типичних инквизиторских елемената (који нажалост, често нису демократског карактера), што га у ствари суштински чини мешовитим типом кривичног поступка. Могуће је издвојити неколико основних адверзијалних и неколико доминантних инквизиторских елемената српског кривичног поступка.[15]

4.1. Основни адверзијални елементи у новом Законику о кривичном поступку

Нови Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године уређује српски кривични поступак претежно на адверзијалан начин, али истовремено и уз развијање и јачање и неких типичних инквизиторских елемената, што укупно чини прилично чудну или чак "бизарну" кривичнопроцесну комбинацију. Тиме нови ЗКП не само што поприлично драстично одступа од наше досадашње вишедеценијске, па донекле, чак и вишевековне традиције, већ представља и изузетно негативан пример када је реч о кохерентности нашег правног система, те његовој усклађености са класичним стандардима модерне и демократске кривичне процедуре.

Постоје следећи основни *адверзијални елементи* у новом Законику о кривичном поступку из 2013. године:

1. веома лимитирано начело истине, уз инсистирање на питању терета доказивања, те ускраћивање, односно ограничавање права суду да сам и мимо страначке иницијативе утврђује чињенично стање;
2. стварање могућности за тзв. паралелну истрагу, односно формално омогућавање «одбрани» да током јавно-тужилачке истраге сама прикупља одређене доказе и «материјале»;
3. увођење посебног процесно-правног механизма "опонирања" оптужби од стране субјеката у функцији одбране (оптужени и бранилац), који у односу на оптужницу могу да поднесу свој *одговор*;

[15] У ствари, супротно извесним већ створеним стереотипима у јавности, нови Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године, није никаква "американизована" кривична процедура, већ он представља веома лошу мешавину акузаторских елемената кривичног поступка са неким изразито недемократским инквизиторским елементима. Он у ствари, највише личи на "хашки" кривични поступак, односно правила поступка која се примењују у Хашком трибуналу.

4. увођење припремног рочишта (које је обавезно за тежа кривична дела), чији је основни *ratio legis* да ограничи страначку доказну иницијативу, односно уопште, лимитира могућност предлагања и извођења нових доказа;
5. давање великог значаја страначким споразумима, односно пре свега, споразуму о признању кривичног дела, који је могућ у односу на било коју врсту кривичног дела, без обзира на његову тежину, при чему је поред признања окривљеног, довољно постојање било којих других доказа који *нису у супротности са признањем*, уместо да се захтева егзистирање доказа који дато признање *поткрепљују;*
6. стварање врло широких могућности за задобијање тзв. кооперативних сведока, у виду окривљених/осуђених који добијају статус *окривљеног сарадника*, односно *осуђеног сарадника*, на темељу споразума са јавним тужиоцем;
7. потпуно адверзијално конструисан главни претрес, а нарочито инсистирање на страначком извођењу доказа, што је посебно типично у погледу испитивања сведока, које се дели на основно и допунско, али се то односи и на формално временско ограничавање завршне речи итд.;
8. започињање главног претреса доношењем формалног решења о томе;
9. формално и обавезно претходно изјашњавање странака о предмету поступка, непосредно по започињању главног претреса;
10. наглашено казуистички приступ који се понекад испољава и у донекле претераном «нормирању», што је посебно изражено у «појмовнику» новог Законика, тј. одредби које се односе на значење израза, где се чак дефинишу и израз као што је «кривични закон» или «исправа» (идентично дефиницији јавне исправе у КЗ-у), односно «организована криминална група, што се такође чини потпуно исто као и у Кривичном законику и сл.

4.2. Основни инквизиторски елементи у новом Законику о кривичном поступку

Иако је скоро уврежено мишљење (не само у стручној, већ и у широј лаичкој јавности), да је нови ЗКП Србије вид својеврсне «американизације» српског кривичног поступка, те да је наш нови кривични поступак изразито

адверзијалног карактера, то је само донекле тачно. Наиме, иако заиста нови кривични поступак Србије садржи веома бројне адверзијалне елементе, као што је то претходно већ објашњено, он не личи много на типичан кривични поступак САД, а с друге стране, има и прилично изражене инквизиторске елементе, нарочито када се ради о врло бројним и екстензивно формулисаним могућностима за одступање од начела непосредности у извођењу доказа на главном претресу.[16]

Одличан пример који указује да нови српски кривични поступак не личи много на класичан адверзијални кривични поступак САД је чињеница да се чак и начелу истине даје далеко већи значај у америчком кривичном поступку, него у новој српској кривичној процедури. У САД не постоји начело истине на начин на који се оно схвата у класичним континентално-европским кривичним процедурама, али је при том наглашено и да ни у америчком кривичном поступку истина није без значаја, већ је само суд начелно доказно пасиван, те не трага официјелно за истином, већ се искључиво ослања на доказне активности странака. Међутим, *нека доказна правила у САД*, дају практично *више значаја истини у кривичном поступку , него што је то сада случај у Србији*, *када је у питању нови Законик о кривичном поступку из 2011. године,* што представља својеврсни апсурд, када се има у виду како наша досадашња традиција, тако и чињеница да Србија неспорно припада кругу континентално-европских држава, не само у географском већ и у историјском, културолошком, па и правном смислу.

Наиме, тачно је да правила кривичног поступка САД (*Federal Rules of Crimina Procedure*), која се понекад погрешно сматрају сличним извором права као што су закон(ици) о кривичном поступку у Европи, не говоре о "истраживању истине" или "трагању о истини", али то и није потребно у том извору права, јер у англосаксонским државама постоји посебна правна дисциплина – доказно право (*Law on Evidence*), што представља и посебан извор права, када је реч о нормативном аспекту. У оквиру те области установљавају се правила која се односе на утврђивање истине и доказивање, како у кривичном, тако и у парничном поступку, тј. уопште у релевантним "правним процедурама", где спада и "материја истине" у процесном смислу. Тако се већ у другом члану Савезних правила о доказивању (*Federal Rules on Evidence*), спомиње истина, тако што се утврђује да "правила треба тумачити на начин који омогућава да се ***сазна истина*** *и донесе правична одлука*.

Правило 1.02 Савезних правила о доказивању у САД, буквално гласи: "*Ова правила би требало примењивати тако да се сваким поступком управља поштено (правично), да се отклоне неоправдани трошкови и одуговлачење,*

[16] Више о томе: М. Шкулић, *Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка,* Crimen – часопис за кривичне науке, Правни факултет Универзитета у Београду и Институт за упоредно право, Београд, 2013., стр. 176 – 234.

као и да се допринесе развоју доказног права, да би се на крају сазнала истина и правично одлучило".[17]

За основне инквизиторске елементе новог кривичног поступка Србије је у ствари, најкарактеристичније да су они по правилу, изразито недемократског карактера, те да потенцијално представљају могући извор процесних злоупотреба. Ту пре свега спадају следећи процесни механизми:

У основне *инквизиторске елементе* новог кривичног поступка Србије пре свега, спадају следећи процесни механизми:

1. давање претераног доказног значаја признању окривљеног:[18]
2. имплицитна законска подела доказа на непосредне и посредне (учињена формалним законским дефинисањем различитих степена сумње);
3. претерана склоност законодавца ка дефинисању, што се огледа у изразито обимном «појмовнику», када је реч о одредбама које се односе на значење појединих израза у ЗКП-у;
4. постојање могућности да се у поступцима за кривична дела из делокруга тужилаштава посебне надлежности, сведок у истрази испита од стране тужиоца, а да се одбрана о томе уопште ни не обавести;
5. сувише екстензивно утврђивање разлога за искључење јавности са главног претреса, јер је један од алтернативно прописаних разлога за одступање од начела јавност и потреба заштите «других оправданих интереса у демократском друштву»;[19]

---

[17] Због важности ове теме, наводимо и оригинални текст на енглеском: *These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.*

[18] Својеврстан је парадокс да је признање било *regina probationem* у некадашњим најкласичнијим инквизиторским кривичним поступцима који су се, између осталог, одликовали формалном оценом доказа, те могућношћу да се до признања (чак и сасвим рутински), може долазити применом тортуре, а да је данас признање, додуше више фактички, него формално, стекло статус «краљице доказа» у најтипичнијим адверзијалним кривичним процедурама. Дакле, признање има велики значај и у адверзијалним поступцима, шго је претходно објашњено у погледу страначких споразума и задобијања тзв. кооперативних сведока, али је чињеница да је оно било посебно јак, "крунски" или *кључан доказ*, пре свега у класичним инквизиторским кривичним процедурама.

[19] Ово је по свему судећи, такође и *противуставна норма,* јер наш Устав не познаје такав разлог као *посебан основ* за искључење јавности, већ ту формулацију стриктно повезује са *јавним редом и моралом*, док се у ЗКП-у «јавни ред и морал», те «други оправдани интереси у демократском друштву», дефинишу као *два самостална и одвојена, односно један од другог независна разлога* за искључење јавности на главном претресу. Према члану 32 став 3 Устава Србије (норма која је сегмент *права на правично суђење*), јавност се може искључити током читавог поступка који се води пред судом или у делу поступка, само ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку, у складу са законом.

6. омогућавање на главном претресу да се суд у сваком тренутку умеша у страначко извођење доказа, што је истовремено нелогично и због тога што суд иначе нема дужност утврђивања истине, па је онда, препуштено потпуно арбитрерној оцени председника већа, када ће да се "инволвира" у извођење доказа;[20]
7. прописивање могућности да се окривљеном суди у одсуству, што је иначе, потпуно незамисливо у типичним адверзијалним кривичним процедурама;
8. сувише широко дефинисање разлога за притвор,[21] при чему су неки од тих разлога и својеврсне "каучук" норме;[22]
9. одређивање као циља истраге не само прикупљање доказа и података који су потребни за одлучивање о томе да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак итд., већ и *доказа за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано*…;[23] те
10. остављање могућности за веома широко одступање од начела непосредности у објективном смислу на главном претресу,[24] јер се скоро исто као и раније (док је истрага била судска), омогућава читање записника о исказима датим у истрази (али не судији, него јавном тужиоцу), или у неком другом кривичном поступку,

[20] Посебно може бити неправично да се председник већа умеша у ток основног или унакрсног испитивања сведока, јер тада постоји могућност да потпуно поремети концепцију испитивања, које је иначе, начелно дефинисано као "страначко". Тако нешто на пример, у САД, које има типичан адверзијални кривични поступак, није могуће, јер би се сматрало некоректним да судија на такав начин омета ток основног или унакрсног испитивања сведока, када субјект који спроводи испитивање (било у функцији оптужбе или одбране), има одређени редослед постављања питања који је врло важан, јер по правилу, води одређеном фактички *кључном питању*.

[21] Притвор се као и раније, може одредити због опасности од доказне опструкције окривљеног, тј. његовог *колузионог утицаја* на сведоке, саучеснике или прикриваче. Овакав разлог за притвор је сада донекле супротан адверзијалној конструкцији кривичног поступка, јер од окривљеног се, самим тим, што би примарно морао сам да изводи "своје" доказе, очекује и одговарајућа "припрема" сведока, а ако би он то покушао да учини, самим тим ризикује да му се одреди притвор.

[22] Одредба из члана члан 211 став 1, у делу који се односи на узнемирење јавности као разлог за притварање окривљеног је веома лоше правно-технички формулисана. Ради се о изразито *каучук норми*, која је у ствари, нека врста "повампирене" одредбе из времена социјалистичке Југославије, а и тада је тај притворски разлог пуно критикован, као изузетно недемократски и подложан веома "еластичним" тумачењима.

[23] Такав циљ истрага начелно може имати једино када је води истражни судија, а могућа је таква сврха истраге и онда када је она поверена јавном (државном) тужиоцу, али само уколико постоји законска могућност да се у погледу одређених доказних радњи (тзв. хитне судске радње), ангажује судија, као што је то и иначе, случај у већини европских држава које имају систем државно-тужилачке истраге.

[24] Наиме, јавно-тужилачка истрага има низ предности у односу на судску, али она има и одређене потенцијално озбиљне мане, а основна мана је да се веома рестриктивно докази из истраге могу користити на главном претресу, већ је њихова основна функција да послуже као *утемељење оптужнице*, а онда се касније, сви докази по правилу, морају понови изводити на главном претресу.

уместо да се давалац исказа непосредно испита пред претресним већем.

Када се уведе неки нови законски механизам и уопште ново законско решење (попут јавно-тужилачке истраге), онда се истовремено морају, како искористити све предности новине, тако и поднети, ("истрпети") неке мане новог решења. Међутим, новим Закоником се сада покушава остварење "немогуће мисије", тако да истрага буде тужилачка, али да истовремено, сви докази које је јавни тужилац као несудски државни органи прикупио, могу да се путем читања записника о датим изјавама, користе на главном претресу, исто или слично као што је то чињено и са исказима који се дају истражном судији, када он у судској истрази испитује сведоке или вештаке. Тако нешто начелно није могуће, односно није оправдано., а потенцијално би се могло сматрати и кршењем права на правично суђење утврђеном у члану 6 ЕКЉП.

5. Нека неадекватна решења у систему страначких споразума и већ настала лоша пракса

Основне особености споразума између јавног тужиоца и окривљеног у Законику о кривичном поступку Србије из 2011. године су:

- Постоје три врсте страначких споразума које подразумевају признање кривичног дела од стране окривљеног – један је класичан споразум о признању, у основи сличан и раније постојећем споразуму о признању кривичног дела, што подразумева и споразум о кривичној санкцији и другим релевантним питањима, а друга два споразума представљају вид «задобијања тзв. кооперативног сведока», што значи да се њима уређује начин на који окривљени предузима дужност сведочења, те постаје «окривљени/осуђени сарадник;
- За разлику од ранијег законско решења (уведеног новелама из 2009. у односу на ЗКП из 2001. године), када је споразум о признању кривице био могућ само у односу на кривична дела за која је прописана казна затвора до дванаест година (као и за нека друга кривична дела из делокруга тужилаштава посебне надлежности), сада споразум о признању кривичног дела као основна врста страначких споразума у новом ЗКП-у више није на било који начин ограничен врстом кривичног дела у погледу којег се такав споразум закључује, што значи да се он може тицати било којег кривичног дела које је предмет кривичног поступка, независно од његове тежине, односно запрећене казне;
- Оштећени нема могућност да било каквим посебним правним средством побија споразум о признању кривичног дела који закључују странке, а законодавац покушава да интересе оштећеног заштити тиме што као обавезни елемент споразума наводи и споразум о имовинскоправном захтеву, онда када је он поднесен, што иначе, не представља добро нормативно решење

Споразум о признању кривичног дела је процесни механизам који може да буде од користи, али није пожељно да у нашим условима суђење постане *изузетак,* а споразумевање *правило.* Страначки споразуми морају да буду ипак релативно рестриктивно примењивани, а не по сваку цену, јер то некада може бити супротно и интересима који произлазе из начела *правичног вођења кривичног поступка.*

Значајна аномалија овог споразума јесте што је он сада могућ у односу на *било коју врсту кривичног дела*, без обзира на његову тежину, што значи да се такав споразум, на пример, може закључити и са окривљеним који је оптужен за силовање детета, вишеструко убиство итд.

У самом законском тексту постоје и *неке правно-техничке, па и суштинске нелогичности*, које већ значајно утичу и на креирање погрешне праксе. То је посебно карактеристично за законске захтеве који се односе на неке *обавезне елементе* споразума о признању кривичног дела.

Када је реч о кривичној санкцији која је предмет споразуме, нелогично је да се странке могу договорити и само о «распону казне», тј. одређивању минималне и максималне казне, а у којим би оквирима, потом суд могао да утврди казну која ће се изрећи пресудом произишлом из споразума о признању кривичног дела. Тако нешто је могуће на пример, у САД, али тамо казна проистиче из врло прецизних и скоро механички одређених и примењивих «инструкција» или «упутстава» за кажњавање, а у Србији је сходно правилима кривичног материјалног законодавства за одмеравање казне неопходно да суд узме у обзир све околности које утичу да казна буде мања или већа у оквиру конкретног могућег распона кажњавања, што се односи како на «класичан» случај када се ради о распону утврђеном кривичним законом, тако и овде, где су такав распон у оквиру свог споразума утврдиле странке.

У САД се у оквиру споразума странке могу договорити и о правној квалификацији кривичног дела, што је понекад, већ на први поглед супротно ономе што се заиста збило у конкретном случају То некада личи на тзв. *компромисне пресуде*, као када су докази релативно "танки", па се на пример, а на темељу "испреговараног признања", уместо за убиство првог степена, окривљени осуди за убиство другог степена и сл. Тиме се практично, драстично умањује значај материјалног кривичног права, јер се слично може поступити у односу на *било које материјално кривичноправно питање,* како из домена објективних елемената кривичног дела (*actus* reus), тако и у погледу његовог субјективног елемента (*mens rea*), сходно општем појму кривичног дела у кривичном праву САД.[25] Сматрамо да тако нешто не би било прихватљиво у нашем кривичном поступку, али се чини да пракса већ резонује другачије.

[25] Више о томе: М. Шкулић, *Однос организованог криминалитета у кривичноправном смислу и саучесништва*, »Наука, безбедност, полиција» - Журнал за криминалистику и право, број 3/14, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2014., стр. 15 – 16. (текст доступан и на Интернету - http://www.kpa.edu.rs/cms/data/akademija/nbp/NBP_2014_3.pdf.

Како суд, онда када прихвати споразум о признању кривичног дела, више нема могућност да изводи било какве доказе, он није у прилици ни да изведе доказе који би се односили на околности од којих зависи мера казне Стога је грешка што се одредбама Законика омогућава и споразумевање које би се односило само на *распон казне*, јер како би се суд могао определити за конкретну меру казне унутар распона утврђеног споразумом, када није био у прилици да извођењем доказа утврди околности од којих у кривичноправном смислу зависи мера казне (олакшавајуће и отежавајуће околности). Поред тога, тиме се, а што је посебно значајно са становишта окривљеног, овде непотребно уноси и један елемент «несигурности», јер окривљени у ствари и поред тога, што је признао кривично дело, не зна «шта га коначно чека».

Ако је законодавац имао интенцију да свакако постоји могућност да се странке договоре само о распону казне, а не да се она мора прецизно "фиксирати" у споразуму, те да се онда суду препусти да коначно, уколико прихвати споразум, у оквиру тог распона изрекне конкретну меру казне, онда се морало прописати да суд мора извести доказе којима утврђује чињенице од којих зависи мера казне.

Када је реч о обавезним елементима споразума, они ипак нису сви апсолутно обавезни, иако их законодавац на први поглед, формално дефинише као *обавезне*. Наиме, као што је претходно већ објашњено, споразум ће се односити и на *имовинскоправни захтев*, али само ако је такав захтев уопште и поднесен.

С друге стране, није јасно ни зашто би се споразум баш увек морао тицати имовинскоправног захтева, чак и онда ако је такав захтев поднесен, јер би то тада значило да лице које је овлашћено да поднесе имовинскоправни захтев, а то је практично, оштећени кривичним делом, увек може да «блокира» споразум о признању кривичног дела, уколико свој захтев усмери тако да његово остварење (па самим тим и споразумевање у том погледу у оквиру споразума о признању кривичног дела), практично буде немогуће, јер би на пример, захтев који би се тицао накнаде штете био потпуно нереалан и сл.

Поред тога, нелогично је да се као (чак обавезни) елемент споразума између две странке, одређује имовинскоправни захтев, тј. некакво «(под)споразумевање» између окривљеног и оштећеног (подносиоца имовинскоправног захтева), када само лице које је овлашћено да такав захтев подноси, уопште и није «страна» која се споразумева о признању кривичног дела. У пракси се иначе, већ искристалисао став да се под споразумом о имовинскоправном захтеву, подразумева и споразумевања странака да се оштећени, тј. подносилац таквог захтева, упути да га остварује у парничном поступку.

Споразум о признању кривичног дела има свој посебан *ratio* који се разликује од онога разлога постојања страначког споразума друге врсте, а то је *споразум о сведочењу окривљеног.* У пракси се већ примећује склоност неких јавних тужилаца да комбинују ове институте, што начелно није прихватљиво. Наиме, постоји тенденција да се споразум о признању кривичног дела посредно користи као начин задобијања "кооперативног сведока", тако што се у

признање унесу елементи који терете неког другог окривљеног у истом или другом кривичном поступку, а онда се сама пресуда проистекла из споразума о признању кривичног дела користи као доказ против другог окривљеног. Сматрамо да то није прихватљиво, јер не само што се на тај начин један законски механизам користи прешироко и супротно законској интенцији, већ се ова пракса комбинује и са претераним, практично драстичним одступањем од начела непосредности.

Наиме, из саме чињенице да је у Законику о кривичном поступку паралелно уређено постојање више врста страначких споразума, од којих је једна врста "чист" споразум о признању кривичног дела, чиме се омогућава релативно сумарно окончање кривичног поступка, док су друге две врсте начини (за)добијања кооперативних сведока (споразуми о сведочењу окривљеног/осуђеног), произлази да се споразумом о признању кривичног дела не могу остваривати они интереси који се могу постићи једино споразумом о сведочењу. Супротна пракса се своди на својеврсно "изигравање" законског решења и представља крупно одступање од начела правичног вођења кривичног поступка.

У пракси се претходно објашњено коришћење једне врсте страначког споразума за остваривање циљева који би требали/могли да се постижу једино другом врстом споразума, комбинује и са претераним, суштински драстичним и сасвим неоправданим одступањем од начела непосредности, јер се сама пресуда проистекла из признања кривичног дела користи као доказ у другом кривичном поступку, односно против другог окривљеног. Поред тога, у пракси су неки судови стали на становиште и да није могуће да се окривљени који је споразумно признао кривично дело, испита као сведок у другом кривичном поступку, односно у погледу другог окривљеног. Ово становиште се темељи на тврдњи да не може у односу на исти предмет исти субјект да се појави и као сведок и као окривљени, али је тако резоновање суштински погрешно, јер исти окривљени не може истовремено бити и сведок, само када се ради о кривичном поступку који се води против њега самог, а не и онда када је у питању кривичним поступак усмерен против других лица.

Забрана прописана у члану 481 став 2 Законика о кривичном поступку се не односи ситуацију која се тиче (не)могућности испитивања као сведока окривљеног који је закључио споразум о признању кривичног дела из којег је проистекла правноснажна пресуда. Наиме, према тој одредби законодавац прописује један посебан случај обавезног одступања од начела непосредности у извођењу доказа приликом поновног суђења лицу које је претходно правноснажно осуђено у одсуству. То значи да се поновљеном поступку саучесник окривљеног који је већ осуђен, не може саслушавати, нити се може суочити са окривљеним, већ се упознавање са садржином исказа осуђеног саучесника обавља тако што председник већа укратко износи садржину записника о тим исказима или их чита, а могуће је и репродуковање оптичког или тонског снимка који садржи такав исказ, с тим да се пресуда не може искључиво или у одлучујућој мери заснивати на таквом доказу. И ова законска забрана је суштински прилично некоректна и

представља претерано одступање од начела непосредности, али се она при том, уопште ни не односи на претходно објашњењу ситуацију која произлази из неких споразума о признању кривичног дела, а сматрамо и да овде нема услова за примену аналогије у пракси.

6. Закључна разматрања

Скоро целокупна кривичнопроцесна теорија у Србији и велики део праксе, изузетно оштро критикују текст новог Законика, тврдећи да је у њему пуно противуставних норми, омашки и грубих правно-техничких грешака, али и да је заснован на суштински изузетно лошем и неправичном концепту. Раније важећи Законик су релевантне међународне институције оцењивале као напредан и демократски, али се сматрало да није довољно ефикасан. Шта смо добили са новим Законником? Искуства из праксе већ показују да просечан кривични поступак дуже траје него раније и да је знатно скупљи. Чују се понекад и речи хвале за нови Законик. Понекад се тврди да се елиминисањем начела истине превазилази некакав некадашњи проблем, који се сводио на дужност суда да «подржава» или «подупире», оптужницу, јер се сада то коначно, «пребацује» на тужиоца. Заиста, невероватна констатација. Судије које тако доживљавају правила раније Законика су изгледа ослобађајућу пресуду сматрали "сопственим неуспехом"… Ван памети је да било који судија у кривичном поступку «подржава» оптужницу, јер би се таквим поступањем судија грубо оглушио о своју дужност непристрасног поступања.Тиме што је судија према некадашњем Законику имао дужност утврђивања истине, он не само да није био дужан да «стаје на страну тужиоца», већ судија то никако није ни смео чинити, а онај судија који признаје да је до сада, тј. док га "такве дужности није ослободио нови ЗКП", подржавао оптужницу, тиме практично, сам себе оптужује за озбиљно кршење закона, односно то чак "покајнички" признаје.

И након више година покушаја да се наш кривични поступак темељно реформише, реформа још увек траје.[26] Новим Законником о кривичном поступку из 2011. године је, нажалост, далеко више нових и тешких проблема створено, него што је решено раније постојећих проблема.[27] Питање је како сада поступити. Чини се да је најцелисходније да се предузму "два корака": први и мањи, који би релативно брзо уследио и други, већи - који би морао да буде изузетно добро осмишљен, пажљиво припремљен и доследно реализован. Први корак би се свео на најнужније промене у тексту Законика из 2011., а у другом би се кораку приступило изради потпуно новог Законика о кривичном поступку.

---

[26] Више о томе: М.Шкулић, *Основни проблеми у примени новог Законика о кривичном поступку Србије и како "реформисати реформу" српског кривичног процесног права,* «Правни живот», тематски број: "Право и начело савесности и поштења", Том I, број 9/2014., Београд, 2014., стр. 575 – 595.

[27] Више о томе: М. Шкулић, *Основни облици кршења права на правично суђење у новом Законику о кривичном поступку Србије,* Правни живот – часопис за правну теорију и праксу, тематски број: "Право и достојанство", Београд, 2013., Том I, број 9/2013., стр. 691 – 713.

У првом кораку, који би уследио након анализе досадашњих резултата у целовитој примени новог Законика, а који су по свему судећи, већ у *prima facie* смислу веома лоши, потребно је, колико је могуће, предузети најургентније поправке тог веома лошег законског текста. Од овог првог корака не треба очекивати чуда. Немогуће је од лошег "материјала" направити добар "производ", а нарочито уколико се задрже и нека веома лоша концептуална решења новог Законика. Међутим, тај корак је нужан и боље је учинити бар нешто, него допустити даље урушавање нашег кривичног правосуђа. Концепт јавно-тужилачке истраге сам по себи није споран, али је велико питање, колико је тај систем квалитетно уведен у новом ЗКП-у, чија се примена у пракси суочава са огромним проблемима, не само због недовољно средстава и кадрова, већ пре свега, због недовољно квалитетног законског текста и лоше генералне концепта, Већ постоје сада неке јасне "индиције" (на пример, о томе је **јавно** било речи и на неким саветовањима и округлим столовима), да не само да нова концепција није у пракси дала боље резултате, већ и да је далеко *већи број заменика јавног тужиоца у односу на број некадашњих истражних судија*, сада парадоксално *спровео знатно мањи број истрага* у приближно истом временском периоду.

Када је реч о судијама, треба имати у виду да многим судијама можда донекле и "прија" теза која се претежно пласира у обукама за примену новог Законика о кривичном поступку, а по којој тај нови Законик сада суд битно релаксира, јер терет доказивања оптужбе стриктно пребацује на тужиоца, те уопште, извођење доказа примарно поверава странкама. **Суд се тобож неће упуштати у "доказну арену"**, све ће то бити препуштено странкама, а онда ће "на крају представе", суд само оценити која је странка била успешнија, тј. да ли је тужилац успео да докаже оптужбу. Погрешно је да неке судије тако, тј. у стилу – **"бриго моја – пређи на другога"**, доживљавају нови ЗКП, не само због тога што је то изузетно крупан и радикалан прекид са нашом вишедеценијском традицијом и уобичајеном свешћу о правој улози судије у кривичном поступку, већ и стога што то једноставно **није ни истинито, нити логично**. Па *ко одговара за кривичну пресуду*? Суд наравно. Како суд може имати *право кажњавања*, односно кривичног санкционисања, ако је био доказно пасиван?

Како судија може имати *моралне снаге* да потпише пресуду засновану на чињеницама утврђеним чисто или примарно страначки изведеним доказима уз мање више, потпуно доказно пасивни суд?

Коначно, па *и сада постоји жалба због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања*, што значи да судија "ризикује" на пример, укидање пресуде из тога разлога, а сам није имао никакву дужност да уопште и утврђује чињенично стање, тако што би по својој иницијативи извео потребне доказе.

Последњих година дана спроводи се **обука за примену новог Законика**, али је велико питање да ли је и поред свих напора и најбоље воље, само таквим активностима учињено довољно. И раније се код нас већ дешавало да се целокупна припрема за нови закон или бар њен "лавовски део", сведе само на какву

такву обуку. Треба ипак рећи да се добро зна како по правилу (част изузецима), изгледа обука која се своди на предавања експерата, уз углавном пасивне учеснике, а треба имати у виду и да велики број носилаца правосудних функција чак ни такву обуку није прошао, јер се радило о људима који претходно нису "прошли" општи избор, односно реизбор, па су накнадно "враћени" у правосудни систем.

Коначно, код нас је већ уобичајено да се сматра да је у припреми за неки нови и битно другачији закон у односу на ранија законска решења, најважнија обука, или је можда такву врсту припреме најлакше реализовати… Наравно да обука, иако није неважна, никако не представља најважнији елемент припреме за неки радикално другачији закон у односу на ранија искуства, као што је то сада случај са новим ЗКП-ом, јер у крајњој линији, судије и јавни тужиоци, као и адвокати, могу и сами, тј. без посредника, па и без "шарених" power point презентација, да читају закон и упознају се са новим решењима. Додуше, није спорно да је једноставније систематско упознавање са новим законским решењима путем организоване обуке, али не може бити спорно да је *од саме обуке далеко важније имати техничка средства*, зграде, друге ресурсе, а ту нажалост, за сада није много учињено.

Као што сви лако увиђају да није крив дечак из поучне приче, који је коначно изговорио – **"цар је го"**, тако не треба да буде тешко ни да се кривци за евидентне проблеме које је већ начинио и које ће вероватно и у будућем периоду проузроковати нови ЗКП, не траже у онима који тај лош Законик критикују, већ у онима који га или некритички и у ствари, без јаких аргумената хвале, или просто не желећи да се можда "некоме замере" или тежећи да избегну ризик потенцијалног пребацивања некакве "неспособности да се прилагоде модерним одредбама", једноставно прећуткују да се ради о изузетно лошим одредбама.

И *шта сад*. Није сасвим јасно зашто још увек није битно промењен нови Законик о кривичном поступку. Могуће је да просто није било довољно времена за битније промене, предвиђене Законом о изменама и допунама ЗКП-а, па су сада реализоване само неке за које је оцењено да су ургентне, а остале остављене за будуће време. Тако нешто не би било идеално, јер не треба заборавити да је Нацрт Закона о изменама и допунама, иако свакако, сам по себи, не нека савршена "нормативна хармонија" и реално сведен на покушај да се једним **"разумним компромисом спаси, што се спасти може"** у веома лошем тексту новог ЗКП-а, од стране релевантне стручне јавности у Србији, без дилеме оцењен као текст који може *битно поправити квалитет новог Законика о кривичном поступку*, а пре свега, отклонити најкрупније концепцијске аномалије и противуставне одредбе. Можда се некоме учинило да је штета да се нови ЗКП радикално мења након што су уложена велика средства у обуку правосудних кадрова за његову примену. То није добар разлог, јер та средства, без обзира колика су, нису нажалост, вероватно ни промил штете коју ће Србија и њени грађани претрпети ако се покаже, а што је врло веро-

ватно, да нови ЗКП нимало не доприноси ефикаснијем кривичном поступку, већ напротив, наш кривични поступак чини компликованијим, скупљим и знатно мање ефикасним.

Ако би се у догледно време приступило изради новог Законика о кривичном поступку, ту би као узор могао послужити (а тако је историјски посматрано, код нас било и раније) и веома модеран нови ЗКП Аустрије. Аустријска искуства и њихов нови законик би за Србију у упоредно-правном смислу били посебно интересантни јер је и та земља пре неколико година са судске прешла на државно-тужилачку истрагу, али није суд учинила потпуно доказно пасивним, нити је елиминисала начело истине из кривичног поступка, а наравно и "поред тога", или боље речено – *захваљујући томе,* њихов кривични поступак спада међу најбоље и најефикасније европске кривичне процедуре.

У ствари, можда је и добро што радикалне промене новог Законика нису усвојене, као што је то покушано пре нешто више од годину дана, јер сасвим је јасно да се ни тиме не би у довољној мери поправио нов ЗКП, а било би нејасно да ли проблеми у пракси настају због лошег квалитета основног законског текста, или услед промена самог тог основног текста, што би вероватно тврдили они изузетно малобројни који сматрају да је нови ЗКП добар законски текст. Сада је све јасно, али и ова ситуација представља познати случај о *учењу на грешкама,* као о *најбољем*, али истовремено и *најскупљем начину стицања знања.* Зато је потребно, да се одмах након првог и мањег "корака", приступи реализацији другог далекосежнијег и дужег "корака", који би се свео на израду потпуно новог Законика о кривичном поступку, при чему би у концептуалном смислу, требало поступити на следећи начин:

1. развити концепт јавно-тужилачке истраге, али тако да он буде усклађен са потребама наше земље и нашом кривичнопроцесном традицијом, а не да се у оквиру њега "експериментише" са својеврсним "егзотичним" идејама, попут тзв. паралелне истраге.[28] Добар узор у том правцу може да буде нови ЗКП Аустрије, земље у којој је недавно судска истрага, замењена државно-тужилачком. У новом Законику треба да постоји само једна истражна фаза, а не

[28] Упореди: С. Бејатовић, "Радна верзија Нацрта Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге", *Ревија за кривично право и криминологију* број 2/2010, Београд, 2010, стр. 23 – 39. Израз "паралелна истрага" ни иначе није законског карактера, већ се претежно користи у теоријско-концептуалном смислу, онда када се појединим законима (што је у Европи веома ретко, а типичан пример је Италија, мада је и она мењала своја законска решења која се у пракси показују као веома неефикасна) омогућава одбрани да током државнотужилачке истраге, у одређеном формалном или "полуформалном" облику прибавља доказе који иду њој у прилог.

као сада две – предистражни поступак и истрага.[29] Поред тога, овде треба имати у виду да је у ствари, наш некадашњи преткривични поступак увек и био нека врста неформалне или полуформалне *јавно-тужилачко/полицијске истраге,* па треба користити и та већ устаљена искуства;

2. дати већи значај начелу непосредности, што значи да се не могу рутински и сасвим једноставно докази тужиоца аутоматски користити на главном претресу (јер то нису докази суда, нити докази изведени пред судом), при чему истовремено треба омогућити шире ангажовање судије (било да је то судија за истрагу, или судија за претходни поступак), приликом обезбеђења доказа у истрази, онда када постоји опасност да они неће моћи да се понове на главном претресу, или када се ради о доказним активностима у корист одбране; [30]
3. пажљивије поступити приликом увођења у систем разних облика задобијања тзв. кооперативних сведока (сведоци сарадници, односно "окривљени/осуђени сарадници), јер систем уведен Закоником из 2011. године у том погледу омогућава и неке потенцијалне злоупотребе, нарочито када се ради о примеру да се чак осуђујућа пресуда

[29] Предистражни поступак је заменио садашњи преткривични поступак, али је то у учињено на суштински погрешан начин. Наиме, и предистражни поступак, као и истрага, води се када постоји исти релативно низак степен сумње, а то су основи сумње, који је, узгред, веома лоше дефинисан у члану 2 тачка 17, а при том се истрага на том нивоу степена сумње може водити како против одређеног лица, тј. онда када постоји осумњичени, тако и против непознатог учиниоца. Како се и предистражни поступак води на нивоу постојања основа сумње и како се он, по правилу, а посебно у неким ранијим фазама и док се кривично дело тек разјашњава, води у односу на непознатог учиниоца, јер његова сврха, поред осталог, и јесте откривање осумњиченог, која је онда сврха омогућавања да се истрага такође може водити против непознатог учиниоца кривичног дела, онда када постоје основи сумње да је учињено кривично дело? Овде је такође грешка, што се не означава да се мора радити о кривичном делу за које се гони по службеној дужности.

Било би најцелисходније, ако се већ жели чист концепт јавнотужилачке истраге, да уопште не постоје посебне одвојене фазе предистражног поступка, као неке врсте супститута садашњег преткривичног поступка и истраге, коју би, уместо садашњег истражног судије, водио јавни тужилац. Таква раздвојеност постоји и у неким другим кривичним поступцима који се одликују тужилачком истрагом. Ту је, на пример, карактеристична Црна Гора, у којој постоји извиђај, који замењује некадашњи преткривични поступак, и истрага, која се води по наредби државног тужиоца. Иако ни ово није идеално решење, оно је ипак боље него оно у новом ЗКП-у Србије, јер се у Црној Гори извиђај води на нивоу *основа сумње,* док се истрага покреће онда када већ постоји *основана сумња,* као озбиљнији степен сумње, па то онда представља одговарајуће оправдање за разликовање ових фаза. Ако то формално није случај када се ради о извиђају, јесте суштински, односно садржински када је реч о истражном поступку, јер обе заједно представљају његов својеврстан сегмент.

[30] Сада, према ЗКП-у из 2011. године, судија за претходни поступак не може непосредно да врши неку доказну радњу у корист одбране у истрази (што би било логично), већ може само да наложи јавном тужиоцу да предузме такву радњу, ако се јавни тужилац претходно оглуши о такав захтев окривљеног, односно браниоца. Ово је лоше решење, тим пре, што законодавац уопште не решава проблем евентуалног оглушења јавног тужиоца о налог судије за претходни поступак. Коначно, и ако јавни тужилац по налогу судије за претходни поступак изврши захтевану радњу, сасвим је јасно да он то по правилу, неће учинити са неким великим "ентузијазмом", јер се ради о радњи коју је претходно сам тај јавни тужилац сматрао непотребном.

донесена на темељу исказа окривљеног/осуђеног сарадника, користи (чита) као доказ у другом предмету, уз истовремено онемогућавање да се саокривљени/саоптужени испитују као сведоци и сл.;

4. боље дефинисати споразум о признању кривичног дела, као и механизам опортунитета кривичног гоњења, при чему треба посебно имати у виду и потребу адекватније заштите интереса оштећеног, али при том, увести и стриктну забрану да се сама пресуда проистекла из споразума о признању окривљеног, рутински користи као доказ у другим кривичним поступцима, те чак и уз својеврсну "забрану" да се окривљени који су склопили споразума о признању кривичног дела, испитују као сведоци у другим кривичним поступцима, односно поступцима који се воде против других окривљених, чиме се драстично одступа од начела непосредности;[31]
5. развити алтернативне начине решавања предмета кривичног поступка, односно тзв. упрошћене и сумарне процесне форме,[32] те поступак за лакша кривична дела начелно учинити бржим и једноставнијим;
6. укинути одржавање припремног рочишта, јер се оно у пракси показало као изузетно компликовано и потпуно некорисно, а истовремено се тиме и непотребно одуговлачи поступак, те увести бољи и ефикаснији систем судске контроле оптужнице;

---

[31] Ово је посебно спорно када имамо у виду да окривљени може да се брани на било који начин који сматра адекватним, што значи и да исказује или да не исказује, а ако исказује он није дужан да говори истину, па и ако се утврди да није говорио истину, то свакако не може да буде нека отежавајућа околност приликом одмеравања казне, нити му се уопште, због тога сме погоршати процесни положај. С друге стране, сведок је дужан да говори истину и ништа не прећути, а у супротном чак чини кривично дело давања лажног исказа. Из тога произлази да ако би исто лице исказ дало прво као окривљени, а потом у односу на исте околности исказивао као сведок, онај исказ који је дао као сведок би начелно по правилу, ипак имао виши степен доказног кредибилитета, мада наравно не априорно, већ према слободној оцени суда, који би га као и сваки други доказ ценио према слободној оцени доказа, те појединачно и у вези са осталим доказима. Ово би тако било без обзира што је у поступку у којем је саслушан као окривљени, већ донета правноснажна одлука суда, којом је достигнута нека врста формалне истине, према правилу – *res iudicata pro veritate accipitur.*

Дакле, иако наш законодавац покушава да "пошто пото – побегне од истине" у кривичном поступку, то ипак није могуће, а јавни тужиоци би у пракси, без обзира што мањкав текст Законика то питање не регулише сасвим јасно, морали да се уздрже од својеврсног "замаскираног" коришћења једне процесне форме ради постизања циљева којој је намењена друга, прилично слична, али ипак битно другачија процесна форма. То значи да нису и не могу да буду исто *споразум о признању кривичног дела и споразум о сведочењу окривљеног.* Окривљени који је признао кривично дело тако што се споразумео са јавним тужиоцем није окривљени сарадник, као што је то онај окривљени који са јавним тужиоцем закључи споразум о сведочењу, па се ни ефекти те две врсте страначких споразума у доказном смислу, не могу, односно не смеју изједначавати.

[32] Више о томе: В. Ђурђић, *Основна начела кривичног процесног права и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, зборник "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени", Београд, 2013. стр. 62 – 63.

7. наћи праву меру између деловања начела истине и правила о терету доказивања;
8. уредити на бољи начин главни претрес, тако да се отклоне неки сада постојећи непотребни елементи који омогућавају одуговлачење кривичног поступка, али га истовремено и значајно поскупљују;
9. учинити суд доказно активнијим, али тако да то буде у складу са основним елементима начела правичног вођења кривичног поступка;
10. уредити на адекватнији начин систем правних лекова, при чему посебно треба обратити пажњу на квалитетније формулисање конкретних жалбених разлога, те што је посебно важно, увести више разлога за жалбу о којима другостепени суд води рачуна по службеној дужности.

Dr. Milan Škulić
Professor at the Faculty of Law
University of Belgrade

Summary

Possible Changes in the Criminal Procedure of Serbia

Author analyses in critical point of view new Criminal Procedure Code of Serbia Completely adversatorial construction of the main trial is not adequate for Serbian criminal procedure and that could be in the practice the cause of many serious problems. In this type of procedure the parties would be equal only in formal point of view. In the practice that could be very inconvenient and bad for the defendant, especially when he/she has not a defense counsel and in Serbian criminal procedure is mandatory defence counsel provides only for limited number of criminal offences. In the article are explained too some great contradictions connected to the new system of interrogation of the witnesses during the main trial, especially the controversial way of cross examination the witnesses with the possibility to use the suggestive questions.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure, i.e. in the new Criminal Procedure Code of Serbia, is very negative solution. It is without doubt that the truth is not a "holly cow" in Serbian valid criminal procedure and also in criminal procedures in other states in continental Europe which legal systems know this vital principle. The truth is not achieving at any price and when it is objectively not possible, the principle *in dubio pro reo* has to be applied. It is not more the case in the new Criminal Procedure Code of Serbia, which is very bad solution that must be seriously criticized. Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is in a contradiction to many other vital criminal procedural rules. It is completely senseless and nonsense, that the new Code of Criminal Procedure provides appeal against the verdict because erroneous or incomplete finding of fact, i.e., when the judgment is ground on the incorrect or incomplete finding of fact or when the court has determined a relevant fact incorrectly and besides, the court officially does not have a duty to determine a truth. Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is essentially unmoral, because the truth in criminal procedure can not be divided from general connectivity criminal law and moral. The majority of citizens expect the truth in and from criminal procedure. This truth has often historical significance too. If the fact is, that criminal offence principally is unmoral and if only in criminal procedure can be determined if the crime was committed, then this kind of question can not be only the mater of so called evidential duel between prosecutor and defendant with no active role of independent and impartial court.

Author explained too, that the key provisions of the new CPC of Serbia are **unconstitutional,** while in accordance with the article 32 of the Serbian Constitution,

the citizen has a right on the more active court in criminal procedure (the court has a duty to discuss the indictment and it is not the right of the discussion of the parties before the court); and on the another side, the court must decide of the suspicion which is the ground for the initiating the criminal prosecution.

It is necessary to make *two steps*. In the first step it is vital to correct some of the obvious mistakes in the Criminal Procedure Code, because first practical experiences with that Code are very bad. In the second step, which should be very good organized and prepared, it is vital to make completely new text and later adopt completely new Code of Criminal Procedure. The new Code of Criminal Procedure would too prescribe public prosecutor investigation, the agreement between public prosecutor and defendant, i.e. some forms of plea barging and many others modern and efficient normative mechanisms, but the new and future CPC ought to be too more connected with Serbian legal tradition and generally in accordance with classical and proved legal tradition of continental Europe.

Key words: C*riminal procedure, Criminal Procedure Code, Principle of truth, Investigation, Main trial, Reform of criminal procedure.*

Др Горан Илић,
председник Удружења тужилаца Србије,
заменик републичког јавног тужиоца

УРЕЂЕЊЕ АДВОКАТСКЕ ПРОФЕСИЈЕ У ПЕРИОДУ 1945-1957. И САВРЕМЕНА АДВОКАТУРА СРБИЈЕ

Апстракт: У раду су приказани и анализирани принципи аутономности и професионалности у текстовима Закона о адвокатури из 1946. године, Закона о адвокатури из 1957. године, Закона о адвокатури из 1998. године и Закона о адвокатури из 2011. године. Анализа и приказ начина на који су разрађени поменути принципи обухвата и анализу прилагођености закона о адвокатури са међународним стандардима.

Кључне речи адвокатура, међународни стандарди, начело аутономности, начело професионалности

Адвокатура је недржавни субјекат кривичног правосуђа заснован на начелима аутономности, јединствености, начелу слободне адвокатуре и професионалности. Да би се успоставила паралела између историјске организације адвокатуре утврђене законима ФНРЈ из 1946. и 1957. године и савремене адвокатуре према Закону о адвокатури из 1998. године и Закону из 2011. године, упоредићемо садржај начела аутономности и професионалности у ова четири прописа и три историјска периода.[1] Поред тога, анализираће се и прилагођеност важећег закона стандардима садржаним у документима УН, као и сличности, односно разлике са организацијом адвокатуре у упоредним системима.

Начело аутономности значи да су адвокати у обављању професионалне делатности и њихове адвокатске организације независни од државе. Дакле, начело аутономности има два вида. Први је самосталност адвоката у вршењу професије, а други је самосталност адвокатских професионалних удружења.[2] Закон о адвокатури из 1946. године (у тексту главе: Закон од 1946.)[3] није поста-

[1] Начело слободне адвокатуре проистиче из начела аутономности, тако да ће о том начелу бити речи у оквиру расправе о начелу аутономности. У прописима о адвокатури из 1946. и 1957. године, као и важећем Закону о адвокатури, начело јединствености је на истоветан начин нормирано, што такође чини излишним посебно бављење овим начелом.

[2] В. Ракић-Водинелић, *Правосудно организационо право*, Београд, 1994, 137.

[3] Службени лист ФНРЈ, бр. 102 од 18.12.1946.

вљао непосредна ограничења за самостално вршење адвокатске делатности, али су била успостављена посредна ограничења за самостално бављење адвокатуром. Било је предвиђено да у циљу заштите интереса државе или заштите законитости адвокат може бити разрешен дужности чувања професионалне тајне, тако да су интерес државе и законитост постављени изнад принципа аутономног обављања адвокатске делатности у кривичном поступку. Осим тога, Закон од 1946. је прописивао да адвокатске коморе могу одредити седиште адвокатске канцеларије независно од седишта, које је у свом захтеву за упис у именик адвокатске коморе означио будући адвокат или да могу да промене седиште већ постојећој адвокатској канцеларији. Практично, адвокат је могао да буде упућен да врши адвокатуру и борави изван места свог пребивалишта, чиме се угрожавала његова професионална и лична позиција.

Аутономност адвокатских комора у Закону од 1946. године била је нарушена овлашћењима државних органа у погледу одлучивања о статусу адвоката. Приликом уписа у именик адвоката, одлуку Коморе којом се дозвољавао упис потврђивао је министар правосуђа народне републике. У случају одбијања уписа министарство правосуђа је било другостепени орган, јер је одлучивало по жалби на решење о одбијању уписа. Поред тога, министарство правосуђа је имало право да врши општи управни надзор над радом адвокатских комора (чл. 37). Овлашћења министарстава правосуђа да врше општи управни надзор над адвокатским коморама била су обезбеђена стриктно прописаним обавезама надзираних адвокатских комора да трпе, односно, омогуће надзор. Према томе, опсег овлашћења министарства правосуђа из Закона о адвокатури од 1946. године практично је затирао аутономност адвокатских струковних организација.

Закон о адвокатури из 1957. године (у тексту главе Закон од 1957. године)[4] предвиђао је да се адвокатура врши као самостална делатност. Губитак права на адвокатуру наступао је као последица губитка држављанства, пословне способности, грађанских права, на основу судске пресуде и услед ступања у службенички однос. Чланом 38. Закона успостављала се посебна гаранција самосталности адвоката у вршењу делатности, тиме што је притвор због кривичног дела учињеног у вршењу адвокатске службене дужности могло да одреди искључиво посебно судско веће, састављено од тројице судија окружног суда. Закон о адвокатури из 1957. године уклонио је запреке из Закона од 1946. године и створио услове за слободно обављање адвокатског позива. Поврх тога, прецизније се уређивао надзор над радом адвокатских комора. Предмет надзора била је законитост аката у оквиру кога су Савезно извршно веће, републичка извршна већа и Покрајинско извршно веће имали овлашћење да пониште или укину незаконити акт адвокатске коморе. Управним надзором били су обухваћени сви акти, а не само акти које су адвокатске коморе доносиле вршећи јавна овлашћења. Дакле, овлашћење управног надзора било је прешироко постављено јер се односило на све акте који нису били подложни судској контроли. Друго ограничење аутономности адвокатских организација произилазило је и

[4] Службени лист ФНРЈ, бр. 15 од 14.4.1957.

из овлашћења Савета адвокатске коморе да учествује у одлучивању о пријему у АК. Савет адвокатске коморе је тело које није имало самоуправни карактер, јер је половину чланова Савета бирала народна скупштина, народне републике или аутономне покрајине.

Закон о адвокатури из 1998 године[5] (у даљем тексту главе Закон од 1998. године) дефинише адвокатуру као независну и самосталну делатност. Право бављења адвокатуром губи се у случају промене држављанства, губитка пословне способности, изрицања мере безбедности забране бављења адвокатуром, осуде за кривично дело које адвоката чини недостојним за обављање адвокатуре, осуде на безусловну казну затвора од шест месеци, у случају изрицања дисциплинске мере брисања из именика адвоката, као и отварања стечаја ортачког адвокатског друштва. Закон о адвокатури СРЈ од 1998. године предвиђа управни надзор над радом адвокатске коморе у делу у коме коморе врше јавна овлашћења. Тачније, предвиђа се да на одредбе статута адвокатске коморе којима се уређује начин вршења јавних овлашћења сагласност даје надлежни орган. Законом се допушта и управносудска контрола законитости одлука о одбијању уписа у адвокатску комору (чл.8).

Законом од 2011. године[6] на веома сличан начин се дефинише адвокатура. Према том закону, адвокатура је независна и самостална служба пружања правне помоћи физичким и правним лицима (чл 2). Право на бављење адвокатуром престаје на лични захтев, у случају смрти, лишења пословне способности, изрицања дисциплинске мере брисања из именика адвоката, изрицања мере безбедности забране бављења адвокатуром у кривичном поступку, осуде за кривично дело које га чини недостојним за бављење адвокатуром, осуде за кривично дело на безусловну казну затвора у трајању дужем од шест месеци, ако се не бави адвокатуром непрекидно дуже од шест месеци, заснивања радног односа ван адвокатуре, уписа у регистар предузетника, стицања статуса статутарног заступника, именовања за директора или председника управнога одбора у правном лицу и томе слично, ако се не закључи уговор о осигурању од професионалне одговорности, ако адвокату уписаном у уписник А и уписник Б именика адвоката, престане својство адвоката или му буде забрањен рад у матичној држави. Каталог разлога за престанак права на бављење адвокатуром је проширен Законом донетим 2011. године. Новина је да незакључење уговора о осигурању од професионалне одговорности представља разлог за престанак права на бављење адвокатуром, као и да се нормирају специфични разлози за престанак права на бављење адвокатуром који се односе на стране адвокате. Промена држављанства преста је да буде основ за губитак права на бављење адвокатуром.

Када се компарира изнет садржај начела аутономности, уочава се да је према Закону из 1946. године аутономност професионалне делатности адвоката била озбиљно нарушена, а да због недостатка самосвојних овлашћења и

[5] Службени лист СРЈ, бр. 24, измењен 26/98, 69/2000, 72/2002.
[6] Службени гласник РС, бр. 31/2011, 24/2012.

остваривања потпуног управног надзора над њиховим радом, адвокатске коморе нису биле аутономне струковне организације. Премда Закон од 1957. године није директно ограничавао аутономију адвоката у вршењу позива, ограничења наметнута адвокатским коморама имала су одраза на аутономност адвоката у вршењу професије. Важећи закон о адвокатури успео је да обезбеди да адвокати у кривичном поступку не буду изложени неприхватљивом мешању у вршење њихових професионалних обавеза [7] и тако оствари битну садржину аутономије адвокатског позива у кривичном поступку. Претпоставке за аутономију адвокатских комора закони из 1946. и 1957. године, Закон из 1998. и важећи закон о адвокатури уређују, сваки за себе, на посебан начин. Према Закону од 1946. године, адвокатске коморе нису имале аутономију. Законом из 1957. године, као што је речено, био је допуштен општи управни надзор над законитошћу аката адвокатске коморе, тако да је обим управног надзора у знатној мери ограничавао аутономију адвокатских комора. Закон из 1998. године допушта управни надзор аката којима се уређује вршење јавних овлашћења и управносудску контролу негативне одлуке извршног одбора адвокатске коморе поводом захтева за упис у именик адвоката. Законом од 2011. године предвиђено да се против другостепене, односно коначне одлуке Адвокатске коморе Србије, може се покренути управни спор, као и да нема неправилне примене прописа када комора решава по слободној оцени, односно против такве одлуке се не може водити управни спор пуне јурисдикције. То значи да је последњим законом опсег судске заштите против одлука адвокатске коморе ограничен и да у случајевима када комора одлучује по слободној оцени суд својом одлуком не може заменити одлуку адвокатске коморе.

Потребно је рећи да је начин на који се уређује однос државних органа и адвокатских комора у Закону из 1998. године и Закону од 2011. године у свему саображен са документом УН ‘’Основни принципи о улози адвоката”,[8] јер допушта да професионално удружење адвоката у Србији своје функције обавља без спољашњег уплитања и своди интервенцију државе на заштиту законитости.[9] Битно ограничена аутономност из Закона од 1946. године прераста у ограничену аутономију у Закону донетом 1957. године, да би важећи закон успоставио однос поступне аутономности адвокатских комора у Србији, у чему

[7] Забрана застрашивања и неприхватљивог мешања у одбрану у кривичном поступку ‘’без застрашивања, сметњи, шиканирања или неовлашћеног уплитања’’ иначе је међународни правни стандард. Види: Basic Principles on the Role of lawyers, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990.

[8] Види: Basic Principles on the Role of lawyers, Adopted by Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990.

[9] У неким земљама се иде и даље, па се струковна удружења адвоката третирају као сви други привредни субјекти. Пример за то је Енглеска у којој би се правни положај адвокатских (barristers) комора могао упоредити са положајем било које фирме. Erika Fairchild наводи пример четири веће коморе из Лондона које су исто што и фирме за адвокате унутар the Inns of Court тј. четири већа удружења адвоката у Лондону. Види: E. Fairchild, *Comparative Criminal Justice Systems*, Belmont, California 1993, 147.

је његов садржај саображен са стандардима из документа УН који се баве тим питањем.

Начело професионалности значи да адвокатуром могу да се баве само правни стручњаци који испуњавају услове у погледу школске спреме, дужине професионалног стажа и положеног посебног испита предвиђеног за правосудна занимања. Закон од 1946. године је прописивао услове за обављање адвокатуре: завршен правни факултет, три године приправничког стажа, од чега најмање годину дана у адвокатској канцеларији и положен адвокатски испит. Програм и услове полагања адвокатског испита одређивао је министар правосуђа народне републике на основу општих упутстава министра правосуђа ФНРЈ. Закон о адвокатури из 1957. године прописивао је сличне услове за стицање својства адвоката: завршен правни факултет, приправничка пракса и положен судски или адвокатски испит. Приправничка пракса је трајала три године, од којих је приправник најмање годину дана морао да проведе у адвокатској канцеларији и годину дана у суду. Три године проведене на дужности судије, јавног тужиоца или заменика, правобраниоца, заменика или помоћника правобраниоца или ванредног професора или доцента правног факултета одговарале су времену проведеном на приправничкој пракси. Осим тога, сматрало се да је лице остварило приправничку праксу потребну за упис у именик адвоката ако је провело пет година на другим правним пословима у суду, тужилаштву, правобранилаштву, органима државне управе, привредним или друштвеним организацијама, од чега је најмање годину дана морало да буде у суду, тужилаштву или правобранилаштву. Закон о адвокатури из 1998. године утврђује завршен правни факултет и положен правосудни испит као услове за обављање адвокатског позива. У Закону о правосудном испиту[10] утврђују се услови за полагање правосудног испита, а то су две године на пословима правне струке у суду, тужилаштву или правобранилаштву или три године на пословима правне струке у органу за прекршаје или другом државном органу и четири године на пословима правне струке у предузећу, установи или другој организацији. Закон од 2011. године уводи нови услов за приступ адвокатској професији, и то положен адвокатски испит у Републици Србији. Од обавезе полагања адвокатског испита изузети су кандидати који су дванаест и више година обављали судијску или јавнотужилачку функцију (чл. 6). Адвокатски испит састоји се од провере познавања домаћих и међународних прописа и правних аката који се односе на адвокатуру, полаже се пред комисијом за адвокатски испит, а право на полагања испита има лице са положеним правосудним испитом.

Закон од 1946. године као и Закон од 1957. године захтевају обавезно универзитетско правничко образовање за адвокате, премда у истом периоду такав услов није био постављан за судије и тужиоце.[11] Закон о адвокатури донет 1957. године изједначавао је време проведено на дужностима у државном правосуђу

[10] Службени гласник РС бр. 67 од 16.4.1997.

[11] У Енглеској обавезно универзитетско правничко образовање у том периоду нису поседовали ни сви адвокати, тако да је до 1960. године ретко који солицитор био дипломирани правник. Види: E. Fairchild, C*omparative Criminal Justice Systems*, Belmont, California, 1993, 149.

са приправничком праксом у адвокатури, што засигурно није било последица става да је адвокатски позив сложеније правничко занимање од судијског или јавнотужилачког. У погледу стручних критеријума за обављање адвокатуре у три прописа није било битних промена, осим што је посебан адвокатски испит из Закона од 1946. године изједначен са судијским у Закону из 1957. године, а потом замењен јединственим правосудним испитом у закону који уређује савремену адвокатуру у Републици Србији.

Закони из 1946. и 1957. године нису предвиђали посебну обуку за адвокатски позив, већ се стручна оспособљеност ценила према времену проведеном на пракси. Сличан модел познаје Немачка у којој је државни испит услов за напредак у каријери и за касније бављење адвокатуром. Први државноправни испит полаже се након три године и шест месеци студирања (овај испит би одговарао дипломском испиту на факултету), а други на крају приправничког стажа у трајању од три године и шест месеци током којег приправник обавља праксу у свим областима права.[12] Разлика у односу на приправнички стаж какав се проводи у Србији је у томе што обука током приправничког стажа није индивидуална, већ се проводи по тачно прописаном програму. Француска познаје сасвим другачији систем обуке правника за адвокатски позив. Прво, различити су начини приступа адвокатском позиву и позиву судије. Друга разлика је у томе што кандидати за адвокате тек након положеног правосудног испита стажирају обављајући праксу у појединим правним институцијама. Наиме, након положеног испита адвокат проводи на обуци две године, где обавља праксу да би по истеку двогодишње праксе стекао звање стални адвокат (avocat definitiv).[13] Посве другачији модел познаје Холандија, у којој је обука једини услов за регистрацију при окружним судовима, чиме правник стиче право на вршење адвокатског позива.[14] Услов за бављење адвокатуром у САД је завршен лиценцирани правни факултет и положен правосудни испит (Bar examination). Премда услови за полагање правосудног испита варирају од државе до државе, Америчка адвокатска комора (ABA) сваке године издаје упутства за полагање правосудног испита у виду препорука, чиме се постиже извесна мера једнообразности у погледу услова и начина полагања правосудног испита.[15]

Упоредни поглед на садржај начела професионалности у четири различита закона упућује на следеће закључке. Адвокатура је без разлике одређена као правнички позив, што у законима из 1946. и 1957. године није био случај са судијским и тужилачким позивом. Услови за вршење адвокатуре нису битно мењани, али се одиграло изједначавање посебних услова за бављење адвокатуром са посебним условима за вршење судијске или тужилачке дужности.

[12] E. Fairchild, *Comparative Criminal Justice Systems*, Belmont, California, 1993, 150-152.

[13] Правосудни испит - реалност и могућност, Приручник младих правника Србије, Београд 2004, 16-17.

[14] Peter J. P. Tak, *The Dutch criminal justice system*, second revised edition, Den Haag 2003, 37.

[15] Чланство у Америчкој адвокатској комори није обавезно нити представља предуслов за вршење адвокатског позива, али престиж Коморе утиче да већина адвоката приступи чланству. Види: Правосудни испит - реалност и могућност -, приручник удружења Млади правници Србије, Београд 2004, Београд, 2004, 13-14.

Закон о адвокатури из 1998. године не предвиђа програм обуке приправника и вредновање њене успешности (што би био пожељан законски модел), већ следи историјска решења из Закона од 1946. и 1957. године према којима је обука препуштена самим кандидатима за адвокатски позив. Последњим законом од 2011. године напуштају се традиционални принцип по коме су услови за бављење адвокатуром изједначени са условима за избор на судијску или јавнотужилачку функцију и уводи се посебан адвокатски испит, као додатни услов за приступ адвокатури

Закључак

На крају, може се закључити да гаранције аутономије адвокатуре закони из 1946. и 1957. године и закони о адвокатури из 1998. и 2011. године уређују, сваки за себе и на посебан начин, у смеру проширивања основне аутономије адвокатских комора и личне аутономије адвоката. Са друге стране, начело професионалности у прва три прописа одређено је на приближно исти начин, док се последњим законом прописује додатни услов за бављење адвокатуром тако да се може закључити да у погледу услова за обављање адвокатуре Закон из 1998. године следи историјске узоре из закона донетих 1946. и 1957. године, док Закон од 2011. године напушта историјски узор по коме су професионални услови за бављење адвокатуром и судијским и тужилачким позивом истоветни.[16]

[16] Овај рад представља резултат реализовања научноистраживачког пројекта *Срби и Србија у југословенском и међународног контексту: унутрашњи развитак и положај у европској/светској заједници* (бр. 47027). Пројекат реализује Институт за новију историју, руководилац пројекта је др Софија Божић.

Phd Goran Ilić
President PAS
Deputy GP

THE REGULATION OF THE ATTORNEY PROFESSION IN THE PERIOD 1945-1957 AND THE MODERN ADVOCACY

Abstract. This paper presents and analyzes the principles of autonomy and the professionalism in the texts of Law on Advocacy from 1946, Law on Advocacy from 1957, Law on the Legal Profession Act from 1998 and Law on Advocacy from 2011. The analysis and the way in which the legislator worked out the mentioned principles includes the analysis of the adaptation of the Law on Advocacy with the international standards. The author draws special attention to the fact that the law from 2011 leaves the historical model, in which the professional conditions for the advocacy practice and with the judiciary and prosecutorial work the same.

Key words. advocacy, international standards, the principle of autonomy, the principle of professionalism

Проф. др Миле Матијевић, Интернационални центар за криминалистичка и криминолошка истраживања, Бања Лука
Александар Миладиновић, МА, Висока школа унутрашњих послова Бања Лука

SI FECISTI NEGA! - ПИСМО КРИВЦУ (ако си извршио кривично дјело, поричи)

Апстракт:

Још давне 1954 год. доајен Југословенске криминалистике проф. др Владимир Водинелић је у својој Криминалистици – тактици написао рад на тему "Si fecisti nega[1]" – писмо кривцу, гдје детаљно анализира разне аспекте признања осумњиченог, а посебно могуће садржаје и посљедице његовог порицања у оквиру испитивања од стране истражиоца, иследника[2]. Ово писмо и данас има велику актуелност и значај из више разлога и циљева.

У оквиру цјелокупног оперативно истражног и доказог арсенала истражних, доказних радњи признање осумњиченог представља традиционално гледано "круну доказа", чему и данас теже они који су у суштини сасвим свјесни такве ирелевантности, и искључивости.

У контексту наведеног у овом раду ће се презентирати најзначајнији садржаји писма, гдје се проблематизује и девалвира снага признања. Посебно ће се указати на потребу схватања свих опасности које носи лакомислено прихватање "тактички" смишљеног истинитог, али и неистинитог признања.

Кључне ријечи:

Осумњичени, кривац, инфромативни разговор, признање, порицање, докази

[1] "Ако си то урадио пореци" - Ово имагинарно писмо је намјењено уствари органима криминалстичке службе. Стало се на кривчево гледиште, јер и криминалиста мора третирати могућност опозива и сам опозив са становишта кривчеве тактике, чији је то потез. Тада се боље уочавају ствари (проф. др Владимир Водинелић, Криминалистика – тактика, (општи свезак) други свезак, Предавања одржана на Школи за унутрашњу упрву ДСУП ФНРЈ у школској 1954/55, Београд, 1954. стр.(553-564).

[2] Иследник – истражилац, криминалиста, оперативац

"Ако си извршио кривично дјело, поричи. Веома је далек пут од основане сумње до пуног признања"[3]. Овако почиње чланак уважени криминалиста, некадашњи полицајац, професор, научник проф. др Владимир Водинелић

За сваког читаоца овог чланка сигурно је да ће на почетку већ оваква констатација бити поприлично спорна, проблематична, сумњива, интриганта. Поставља се питање: Зашто криминалиста помаже осумњиченицима, често и извршиоцима кривичних дјела?. Управо је то желио постићи уважени професор кроз презентацију свог виђења појама, статуса и доказне вредности признања у оквиру криминалистичко оперативног рад полиције, истраге, па и доказног поступака.

Полазећи од чињенице да је сваки криминални догађај "прича за себе", да органи сазнања најчешће сазнају само појединце "фрагменте" криминалног сценарија на основу којих формирају цјелокупну "своју" омиљену[4] верзију догађаја. На основу такве верзије креће се у даљу оперативну, истражну активност са мањим, већим увјерењем о стварној - доказној увјерености, схватању суштине, и истинитости расположивих чињеница, околности кривичног дјела, учиниоца. У контексту наведеног, сваки истражилац, тужилац[5] у првој фази криминалистичко оперативног, истражног поступања често је увјерен у истинитост баш своје "омиљене" верзије, којом следи даљи оперативно истражни, доказни поступак.

Признање као својеврсни чин прихватања, покајања и доприноса у откривању, разјашњавању кривичног дјела, учиниоца, јесте криминалистичко, криминолошко, психо социјално питања, чин свјесне воље, или својеврсног прорачуна свих околности конкретног догађаја, и посљедица које слиједе. Посебно је данас актуелан кривично процесни институт изјашњења о кривици, признања кривице који има своје теоријско и практично мјесто у доказној теорији кривичног поступка[6].

Међутим, потребно је имати у виду чињеницу да појединац, а понекад и бројнији осумњиченици кривичних дјела, који су доста вјешти, искусни у комуникацији са криминалистичко оперативним радницима, у суштини сматрају да је њихов криминални чин одраз њихове способности, рада, а да је откривање, доказивање посао истражних доказних органа, који су дужни прибавити доказе за успјешно вођење кривичног поступка. Због тога свјесно негирају извршење кривичног дјела, и када су стварни учиниоци, али и онда када нису учиниоци кривичног дјела.

У том контексту професор је обрадио ово веома динамично, интригантно питање не признавања извршења кривичног дјела, кроз призму указивања,

---

[3] Водинелић В, "Si fecisti nega – писмо кривцу"

[4] У криминалистичкој пракси је позната тзв. Омиљена верзија догађаја,кримналног догађаја,који најчешће у први план истичу "искусни практичари" или лаковјерни криминалисти, па и незналице, који веома брзо стварају тенденциозну верзију, без дозвољавања да се оствари "неопходни" плурализам криминалистичких верзија заснован за реално постојећим индицијама.

[5] У раду се собзиром на време писања дефинише иследник, судија,

[6] Матијевић М, Признањем кривице до блаже казне, Зборник радова, Научна конференција. "Казнена политика" – Раскол између закона и његове примјене, Источно Сарајево, 2013, стр. 221

“својеврсне фингиране сарадње” са осумњиченикoм, кривцем[7]. Истражилац ће понекад већ у првом контакту са осумњиченим, своју оптужну верзију заснивати на веома “благим, проблематичним” индицијама, које не дају довољно квалитета за планирање реалне, квалитетне верзије. Свјестан тога, ипак криминалистичко оперативни радник иде на тзв. “блеф”, покушај да изричитим захтјевом за признањем брзо, одмах добије од осумњиченог оно што вјероватно не би успио добити током дуготрајне криминалистичке обраде - истраге. Несигурност криминалисте искусан осумњичениk ће брзо прозрети, а посебно ако направи материјалне грешке у индицирању и постављању “нереалних, промашених” криминалистичких верзија о елементима кривичног дјела, учиниоца[8].

Наступ таквих “криминалиста” у суштини је одраз извјесног незнања кључних криминалистичких института, неспособности дијалектичког промишљања и расуђивања – закључивања, као и неоперативности да у сваком случају поступају у складу са правилима криминалистике о планирању и провјеравању криминалистичких верзија[9] у конкретном кривичном случају. Већ на самом почетку обраде конкретног случаја одвија се тзв. “рововска борба” између супротстављених страна. Оперативни – истражни радник жељан ефективног завршеткa[10], поентирања у послу на брзину, а несигуран да развија своју истражну, тактичку стратегију, кроз сериозну примјену научно валоризоване криминалистичке методологије, прибјегава овом методу брзог, и фактички изнуђеног признања, које сматра да је одраз његове способности, а опредјељења осумњиченика. Оно што је кључни проблем у тој ситуацији јесте несхватање оперативца да таквим радом може упропастити цјелокупан криминалистичко истражни посао - задатак. Наиме, ако осумњичени не призна извршења, а схвати да истражилац не влада материјом, да нема “ваљаних” аргумената, доказа, онда ће “зацементирати” своју позицију, и највјероватнији “побиједити” у дуготрајном тактичком надмудривању.

Када је ријеч уопште у карактеру, садржају признања познато је да се оно може манифестовати као: истинито и лажно[11]. У односу на овај садржај признања сваки осумњичених ће се опредијелити за једно од ова два облика, у зависности шта је заиста истина, а у односу на његово психолошко или тактич-

[7] “Уколико сте кривац покајте се и признајте. То је најпаметније. Тако ћете створити олакшавајуће околсности. Каква брига!. Већ због тога што те он мами на признање, поручи. Још упрониje и живље.не вјеруј да иследник и судија нешто знају о догађају”. “(Детаљније у Криминалистици – тактици, В. Водинелић, 1954. Предавања одржана на школи за унутршњу управу ДСУП ФНРЈ.).

[8] Учење о односу индиција и верзија је незаобилазна материја за сваког искуственика, који жели да истражне радње проводи у складу са правилима криминалистике.

[9] Матјевић М, Планирање и провејравање криминалитичких верзија у оперативном раду ОУП, са посебеним осврtом на искуства у БиХ – РС., Магистарски рад, Факултет безбедности, Скопје, 1999.

[10] Психосоцијални аспект “брзог” поентирања у смислу “расвјетљавања, доказивања” кривичног дјела,учиниоца је апсолутно непотребан са становишта свеукупне криминалистичке и доказне технологије откривања и доказивања. Напротив, стабилност и службена дисциплина у провођењу планираних откривачко доказних радњи је неопходна у свим фазама истражне и доказне активности.

[11] Симоновић Б, Криминалистика, Правни факултет Универзитета Крагујевац, 2012.

ко опредељење[12]. Данас је истинито признање и кривично процесни институт признања доживјело своју велику експанзију и трансформацију у кривичном поступку у свијету. Слиједом свјетских искустава на просторима Босне и Херцеговине се постепено интензивира тај "ефикасни и економски оправдан" кривично процесни институт достижући и високи проценат у судској пракси[13]. За разлику од свих видова истинитог признања, како у току истраге, тако и у току даљег кривичног поступака, лажно признање представља једну својеврсну тактичку игру осумњиченика и оперативно истражних радника. Најчешће ће лажно признање бити смишљен план тактичке одбране осумњиченог лица. У таквом признању управо лежи својеврсна опасност и лакомисленост истражилаца, да добијањем "формалног" признања брзо заврше истрагу, и без добијања других, далеко значајнијих неопходних доказа, за крајњи квалитет судске пресуде[14].

Неискусни и криминалистички неинформисани истражиоце нису свјесни могућих каснијих проблема које ће произвести такво "брзоплето" неутемељено и формално признање осумњиченог. У току даље истраге, кривичног поступка у цјелокупном тактизирању осумњичени ће у једном моменту повући то признање и опет довести истражиоце у велике, и још веће проблеме[15]. Опозив признања је посебно добар начин квалитетне одбране осумњиченог, кривца. Опозив се може чинити, само ради пробе, као тактички потез, али и као крајњи циљ. Опозивом признања се истражилац доводи у позицију, да мора "потегнути" за новим доказима који потврђују кривицу, што неће бити лако, посебно ако је то било након извјесног времена, када се и сам истражилац удаљио од случаја[16]. Бројни примјери из праксе управо говоре да "само признање" није, и не треба да се сматра довољним и толико снажним да може опстати без других доказа[17] који ће исто ојачати, као у материјалном, тако и у формалном смислу и садржају.

Познати криминалисти[18] прошлих времена су упозоравали да је једини начин заштите од таквих честих промјена признања јесте форма фиксирања исказа. Наведени криминалисти препоручују истражним радницима да максимално

---

[12] Ако је осумњичени заиста учинио кривино дјело које му се ставља на терет, онда е ради о грижи савјести, док лажно признање је својеврстан тактички потез у циљу остваривања одређеног циља у току истраге и уопште у конкретном слуачју.

[13] Матијевић М, Признањем кривице до блаже казне, Зборник радова, Науно стручна конференција, Источно Сарјево, Српско удружење за крививично првну теорију и праксу, 2012.

[14] Необразложено признање, без других доказа у сутини нема никакве вриједности, осим у формалном смислу, али се узима као доказ, на основу кога се може остваривати даља истрага, кривични поступак.

[15] Генерал "Време" према учењу проф. Водинелића учиниће своје страховито уништење чињеница, сјећања, "време које пролази – истина која бјежи, нестаје".

[16] Искусан и квалитетан кримналиста, истражилац опозив признања провјерава како са логичке стране, тако и са психолошке, а посебно доказне тачке гледишта. Криминалиста мора схватити потпун разлог како признања, тако и опозива.

[17] Станаревић М, вишеструким признавањем неких чињеница и околности више убистава, а онда вјештим опозивом, без могућности да иследници квалитетно исте провјере, доводио је истрагу у проблеме и недоумице.

[18] Познати криминалисти Јагемен, Гросс, Хеллвинг, Сцхнеицкерт, Меинерт и др.

поклоне пажњу начину обезбјеђења признања, стварајући одређеном техником и тактиком протоколисања признања "посебне доказе[19]."

Такви докази се посебно одражавају кроз:

- Исцрпан и тачан приказ извршења кривичног дјела уз детаљно навођење оних чињеница које су на око изгледају сасвим безначајне и од трећеразредне су вриједности,

- Изношење чињеница које може сазнати само стварни извршилац кривичног дјела,

- Изношење чињеница које су до тада биле непознате органима гоњења[20],

- Довођење, обезбјеђење свједока који ће присуствовати саслушању, разговору,

- Аутентично објашњење кривичног догађаја "кривчевим ријечима"

- Фиксирање исказа кривчевим ријечима,

- Допуштање осумњиченику да сам диктира свој исказ у његовим главним дијеловима, или у цјелини, властитим изразима[21].

У криминалистици проф. Водинелића[22] детаљно се наводе и образлажу сви аспекти наведених "замки" кроз које пролази сваки осумњичених, али и истражилац. У њиховом међусобном "дуелу" који карактерише како криминалистичко тактичко, тако и интелектуално надмудривање, симулирање и вођење исказа ка крајњој доказној вриједности, у зависности од начина и доказног карактера фиксираних чињеница, па и признања. Након наведених, бројних тактичких "замки" које је успоставио искусан криминалистички зналац, поставља се питање, да ли је могуће ипак опозвати[23] такав исказ, избјећи крајњу судбину признања у даљем поступку. Без обзира што се на основу изнесеног стиче утисак да је све готово, ипак шанса постоји. Сигурно је да тактика испитивања осумњиченог од стране криминалисте директно ће утицати и на могућност и свеукупну тактику поступања осумњиченика, у свим сегментима рада, а посебно у вези са евентуалношћу накнадног порицања, тј. опозива признања.

Ако је исљедник оформио записник о саслушању у смислу његових верзија и жеља[24]. Шанса постоји да се ипак добије битка, ако се оперативац углавном руководио тзв. својом омиљеном[25] верзијом догађаја, не инсистирајући на

---

[19] Криминалистика – тактика, стр. 557.

[20] Х. Грос

[21] Свако лице има индивидуалне карактеристичне изразе, узречице, и др. Што ће увјерити у аутентичност, истинитост, оригинарност.

[22] Водинелић В, Криминалистика – тактика општи дио, Свезак 2. Београд, 1954. , стр. 553-564.

[23] Опозив признања представља сталу омчу око врата "лаковјерним" истражиоцима, који су у првој фази рада сматрали да је и то сасвим довољно за коначну истину, или који нису ипак успјели ући "под кожу злочина".

[24] Упркос претходном признању да је извршио убиство премијера, што је фиксирано писменом изјавом, Јовановић је на суђењу се бранио ћутањем, а на крају поступка порекао да је био премијера Ђинђића.

[25] Криминалистика учи да оперативци, истражиоци "понекад", па и чешће имају навику да форсирају тзв. своје омиљене верзије, које каткад имају реалности да постоје, али понекад су и нереалне, али их оправдани радни из "својеврсне заблуде, занесености, неинформисаности, незнања" тенденциозно стављају у први план.

разјашњењу и верзије одбране[26]. Због тога се препоручује осумњиченом да не формира своју одбрану, ако супротна страна на томе не инсистира. Ако су резултати истражних радњи супротни исказу осумњиченика, тада се тражи предочавање тих чињеница, о којима ће се осумњичени изјаснити.

Питање тзв. илустративног признања[27] је посебно интересантно, које има за циљ да на још убједљивији начин докаже кривицу осумњиченог. Давно су још познати криминалисти[28] скицирали доказне аспекте овог вида признања, гдје се осумњичени удобровољи да сам нацрта својеручним цртежом пут доласка на мјесто извршења кривичног дјела, изглед лица мјеста , карактеристичне садржаје, радње у начину извршења кривичног дјела, те одлазак са мјеста извршења. Овакав цртеж је изванредна доказна вриједност која се прилаже изјави о признању. Такав доказ, посебно, ако је истовјетан са утврђеним истражним, доказним чињеницама од стране истражних органа има изврсну како истражну, тако и коначну доказну вриједност.

Такође је могуће и тзв. фотографско признање[29], гдје се осумњичени фотографише на лицу мјеста, у позицији радњи извршења. Овај облик тзв. реконструктивног признања уз фотографско, а тек видео тонско документовање, представља веома увјерљиву доказну садржину, која ће се тешко касније оборити, демантовати, ако је проведена по правилима доказивања и реконструкције криминалног догађаја[30].

Исто тако је интересантно читање и исправљање записника о саслушању од стране самог осумњиченика. Могуће је да се осумњиченом да оригинални записник о саслушању, а истражилац ће пратити читање на копији, инсистирајући да осумњичени изврши исправке на оригиналу, ако их има[31]. Таквом "иследничком" замком, сам осумњичени ће додатно потврдити своје учешће у признавању одређених чињеница, кривичног дјела у цјелини, посебно ако исти записник на крају и потпише.

Закључак:

У раду смо жељели да презентирамо, анализирамо и дамо извјесну оцјену давно изнесеног схватања познатог криминалисте о не признавању извршења

[26] Верзија одбране се показује као веома битна, чак је од веће важности да се у потпуности разјасни, документује, и да индиректним или директним чињеницама докаже и "ојача" верзију сумњичења, оптужбе.

[27] Тешко теби ако се упустиш још и у цртање ситуације кривичног дјела, јер ријеч можеш некако порећи, али цртање, чињенице, много теже, (детаљније на страни 562).

[28] Хеиндл, Меинерт, Грассбергер и др.

[29] Уз такав вид признања може се комбиновати и тзв. Реконструктивно признање, гдје осумњичениk поред вербалног признања, конкретно објашњава и показује начин извршења кривичног дјела и друге битне детаље.

[30] Веома је битно да осумњичени – извршилац самостално и сасвим слободно покаже све факте извршења кривичног дјела, а посебно оне "сегменте" криминалног сценарија, које су само њему познате.

[31] Интересантно је схватање једног вишедеценијског осуђеника за више убистава, које није никада признао, да на иследничком папиру треба све негирати, чак и потпис. (Детаљније у књизи Станаревић М, "Осам пута између живота и смрти"). Беседа, Бања Лука, 2003.

кривичног дјела од стране осумњиченика. Сваки читалац је у почетку, вјероватно био сумњичав, и питао се о карактеру и сврси оваквог рада, гдје се "поучава" извршилац кривичног дјела. Међутим, ученом читаоцу брзо ће постати јасно да је циљ овог рада да ојачања и форсира, инсистира на проналажењу и других "необоривих" доказа од стране органа истраге, како у давним временима, тако и данас, након огромног протока времена, измјене низа околности откривачке, истражне, доказне активности. То доказује пуну актуелност, примјењивост, а посебно поучност рада за младе, неискусне криминалисте, али потребу подсјећања старијих практичара.

Сваки криминалиста, истражилац, тужилац, морао би имати у виду основне постулате криминалистичког темељног учења проф. Водинелића. Превасходно због тога да не упадне у "најављену, замку", признања, које ће касније ишчезнути, нестати, бити оповргнута. Тек тада ће се и такав "искључиви" заговорник квалитета и снаге признања запитати шта се догодило, зашто је дошло до тога, и како ријешити настали проблем.

Због тога, квалитетним, на научним темељима и практично доказаним квалитативним садржајима, криминалистичко оперативно, истражне и доказне вриједности треба стално инсистирати и трагати за широком лепезом доказних чињеница, како идеалног, тако и материјалног садржаја. Исте је неопходно "увезати" у доказни ланац, доказну зграду, у циљу обезбјеђења опстојних "независних и неспорних[32]" доказних чињеница, које неће зависити од "психо социјалних" карактеристика исказа осумњиченика, па макар и биле моментално веома афирмативне, увјеравајуће, и задовољавајуће за службене капацитете и носиоце истраге и доказног поступка.

На крају свеукупног анализирања, проблематизовања тактике и последица признања од стране осумњиченог, те могућности оповргавања, интересантно је истаћи и неке карактеристике тзв. механичког записника, који је у данашњој ери технологизације дјелимично ишчезао, али ипак задржава неке карактеристике традиционализма. Признање осумњиченог, кривца на филм тонском записнику, некада је имао другачије оперативне, али и кривично процесне вриједности и последице. Данас, када је у цјелокупни оперативно истражни и доказни арсенал уврштен низ "нових" доказних радњи, ова, некада "ефикасна" оперативна метода у суштини се веже за примјену посебних истражних радњи, које су прецизно регулисане Законом о кривичном поступку, али се ипак примјењују на принципима криминалистичке тактике, оперативе. Управо се ту крије "својеврсни проблем" у доказној вриједности фиксираних изјава, исказа на такав начин, било да су о том чину лица обавијештена, или не.

Литература:

1. Алексић Ж, Савремене методе откривања кривичног дјела, Институт за криминолошка истраживања, Београд, 1972.

[32] Правила кривичног процесног права и одредбе Закона о кривчном поступку истичу постојаност спорних и правно релеватних чињеница.

2. Ангелески М, Криминалистичка тактика, Универзитет “Св. Кирил и Методије” Скопје, 2003.
3. Водинелић В. Криминалистика – тактика (општи део) други свезак, Београд, 1954.
4. Водинелић В, Криминалистика, Савремена администрација, Београд, 1984.
5. Матијевић М, Планирање и провјеравање криминалистичких верзија у оперативном раду ОУП, са освртом на искуства у БИХ РС, Магистарски рад, Факултет безбедности Скопје, 1999.
6. Матијевић М, Признањем кривице до блаже казне, Зборник радова, Научна конференција. “Казнена политика” – Раскол између закона и његове примјене, Источно Сарајево, 2013.
7. Симоновић Б, Криминалистика, Правни факултет Универзитета Крагујевац, 2012.
8. Станаревић М. – Осам пута између живота и смрти, Беседа, Бања Лука, 2003.

Доц. др Александар Фалаџић и Мирослав Јањић

МЈЕРЕ ЗА ОБЕЗБЈЕЂЕЊЕ ПРИСУСТВА ОСУМЊИЧЕНОГ, ОДНОСНО ОПТУЖЕНОГ КАО ПРЕДУСЛОВ ЕФИКАСНОГ ВОЂЕЊА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Сажетак: Право на живот и слободу за човјека представља основну одредницу и најважније људско право. Иако најважније оно није апсолутно него је под одређеним условима дерогабилно и то не само у ванредним ситуацијама већ и у мирнодопско доба у тачно предвиђеним ситуацијама. Слиједом наведеном ова основна људска права представљају суштински и прави објект заштите државе и њеног правног поретка које се не може одузети никоме али који може бити ограничен. То значи да нпр. право на слободе одређене особе може бити ограничено правном одредбом да може бити лишено слободе и притворено.

За успјешно и квалитетно вођење кривичног поступка нужно је одствари ти низ објективних претпоставки које се односе како на сами суд тако и на странке у поступку. С тим у вези је свакако једна од најважнијих претпоставки којом се постиже успјешно и ефикасно вођење кривичног поступка управо обезбјеђење присуства осумњиченог, односно оптуженог (у зависности од фазе кривичног поступка) кривичнопроцесним радњама које се спроводе пред надлежним судом. Посебно имајући у виду значај осумњиченог односно оптуженог као процесног субјекта без чијег присуства није могуће водити и успјешно завршити кривични поступак у БиХ.

Закон о кривичном поступку БиХ прописује сљедеће мјере за обезбјеђење присуства осумњиченог односно оптуженог у кривичном поступку: позив, довођење, мјере забране, јемство и притвор као најтежа мјера обезбјеђења присуства осумњиченог односно оптуженог која гази један од основних постулат кривичног поступка о претпоставци невиности.[1]

Наиме самим законским разлозима лишења слободе и одређивања мјере притвора: ...да не учини ново кривично дјело, или не доврши покушано кривично дјело, односно заштите безбједности грађана и имовине, осумњиченом (оптуженом) се ставља на терет кривње у моменту када још није утврђено да ли је учинио кривично дјело које му се ставља на терет.

[1] У раду није анализиран и обрађен притвор као посебна мјера овог карактера. Према нашем мишљењу анализа и обраде притвора захтијева, својим значајем, обимом и практичном примјеном самосталан рад.

У вези са наведеним као значајно питање поставља се основ и одабир мјере обезбјеђења присуства осумњиченог односно оптуженог у кривичном поступку, процедуре његовог одређивања, вријеме трајања и конкретне мјере које се морају предвидити у циљу спречавања злоупотреба до којих може доћи том приликом.

Кључне ријечи: мјере обезбјеђења, кривични поступак, тужилац, осумњичени, оптужени, суд

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Модерно кривичнопроцесно законодавство заснива се како на традиционалним тако и новим рјешењима кривичнопроцесних института уз поштовање и имплементацију међународног права и међународног стандарда који су тековина демократског развоја цивилизованих земаља, те тако добија и димензију универзалности. Тако конципирано кривичнопроцесно законодавство треба да допринесе ефикаснијем и економичнијем поступку те да је заснован на моделу правичног поступка уз гарантовање и заштиту па и јачање процесних права па и основних људских права и слобода учесника у кривичном поступку.

Примјена мјера обезбјеђења присуства осумњиченог, односно оптуженог везује се за чињеницу да се примјењује унаточ принципу претпоставке невиности. Начело законитости, као најзначајније правно начело у кривичнопроцесном законодавству формулисано је тако да испуњава највише међународноправне стандарде. У свом пуном капацитету испуњава пет захтјева:

- Само је закон извор кривичног права (*nullum crimen sine lege scripta*),
- Забрањена је аналогија у кривичном праву (*nullum crimen sine lege stricta*),
- Забрањена је ретроактивност кривичног закона (*nullum crimen sine lege praevia*),
- Захтијева се одређеност законских описа битних елемената кривичних дјела (*nullum crimen sine lege certa*) и
- Захтјева се законитост у кажњавању (*nulla poena sine lege*)[2]

Европска конвенција о људским правима и основним слободама обавезује законодавца у БиХ да мјере обезбјеђења присуства осумњиченог односно оптуженог уреде у складу са читавим низом начела, препорука и правила која се односе на правичност поступка, санкције и мјере у заједници које су усклађене са: претпоставком невиности (члан 6 став 2), начелом пропорционалности и оправдани разлози за притвор (члан 5 став 1ц и став 3). Непоштовање било којег од наведених права чини кривични поступак незаконитим. Учествовање

[2] Бачић Ф.:Казнено право-Опћи дио; Информатор, Загреб, 1998. године, стр.72

осумњиченог односно оптуженог у кривичном поступку је управо његова једна од основних права и обавеза. Он је заинтересован за исход кривичног поступка и своје интересе управо најбоље може да заштити активним учествовањем али у исто вријеме није искључено да судјелујући у кривичном поступку има интерес и да предузме одређене радње које ометају нормални ток тј. вођење кривичног поступка.[3]

Закон о кривичном поступку БиХ садржи основна правила за примјену мјера за обезбјеђење присуства осумњиченог односно оптуженог која су заснована на основном принципу кривичнопроцесног законодавства да се кривични поступак спроводи са што мање ограничења права грађанина без обзира у ком својству учествује у поступку. С тим у вези је прописано да надлежни суд када одлучује о примјени мјере води рачуна да не примјењује тежу мјеру, ако се иста сврха може постићи и са блажом мјером и да ће се изречена мјера, када престану разлози због којих је одређена по службеној дужности, обавезно укинути или замијенити блажом мјером.

Мјере које се могу предузети према осумњиченом односно оптуженом за обезбјеђење присуства и за успјешно вођење кривичног поступка према ЗКП БиХ су:

1. Позив;

2. Довођење;

3. Мјере забране (забрана напуштања боравишта и забрана путовања, забрана предузимања одређених пословних активности или службених дужности, забрана посјећивања одређених мјеста или подручја, забрана састајања са одређеним особама, наредба да се повремено јавља одређеном државном органу и привремено одузимање возачке дозволе);

4. Јемство и

5. Притвор.

Све ове мјере имају двојако одређен циљ, то је прво обезбјеђење присуства осумњиченог односно оптуженог у кривичном поступку и друго, њима се обезбјеђује успјешно, односно несметано вођење кривичног поступка. Ове мјере се могу само примјенити према лицима за које постоји сумња да је извршило кривично дјело и које има својство осумњиченог односно оптуженог без обзира о којој фази кривичног поступка се ради.

Основна сврха ових мјера је обезбјеђење присуства осумњиченог односно оптуженог у кривичном поступку правда се логичном немогућношћу суђења у одсуству оптуженом. Овде се превасходно мисли на мјере којима се смањује или неутралише могућност за његово бјекство и на тај начин постане недоступан органима кривичног гоњења али и мјерама које омогућавају ефикасан ток и окончање кривичног поступка. Наведеним се доприноси и остваривању

[3] Ђорђевић Д.: Мјере за обезбјеђење присуства окривљеног у кривичном поступку, Примјена новог кривичног законодавства Србије, Копаоник, 2006. године, стр. 177

принципа правичности према коме је постулат правне државе да сваког кривца стигне заслужена казна.[4]

Прегледом законских мјера за обезбјеђење присуства осумњиченог односно оптуженог и за несметано вођење кривичног поступка се може рећи да се кривичнопроцесно законодавство БиХ успјешно ускладило са преузетим међународним обавезама и стандардима о правима човјека и смјерницама које се налазе у пресудама Европског суда за људска права. Сходно том настојању усклађивања са међународним стандардима о правима човјека, законска рјешења настоје одговорити специфичностима БиХ и њеног степену развоја као и потребама за супротстављање криминалитету и организацији система кривичног правосуђа.

Природа оптужно-расправног начела вођења кривичног поступка заснована на принципу усмености и непосредности изискује свакако потребу да у току читавог трајања кривичног поступка у њему активно учествује и сам осумњичени, односно оптужени. То је и логично јер је примарни његов циљ да докаже да је невин, односно у случају утврђивања кривице да добије што блажу осуду или што блажу правну квалификацију учињеног кривичног дјела.[5]

ПОЗИВ

Позив је прва и најблажа мјера за обезбјеђење присуства осумњиченог, односно оптуженог као и других субјеката у кривичном постуку који је предвиђен ЗКП БиХ и то чланом 124. Позив је писмена наредба суда односно тужиоца до подизања оптужнице којом се налаже одређеном лицу да дође у одређени дан и сат на одређено мјесто ради предузимања одређене процесне радње, под пријетњом законске санкције у случају недоласка. Позив представља и обавјештење осумњиченом односно оптуженом о коришћењу законског права да присуствује извођењу појединих истражних радњи. Позивање се врши достављањем затвореног писменог позива, који обавезно мора садржавати: назив органа који позива, име и презиме оптуженог/осумњиченог, назив кривичног дјела које му се ставља на терет, мјесто гдје оптужени има да дође, дан и сат кад треба да дође, означење да се позива у својству оптуженог или осумњиченог и упозорење да ће у случају недоласка бити принудно доведен, да је дужан одмах суд, односно тужиоца обавијестити о промјени адресе, као и о намјери да промјени боравиште и службени печат и потпис судије/тужиоца који позива. Поред ових елемената, позив садржи и допунске елементе, и то: када се осумњичени/оптужени први пут позива, поучиће се у позиву о праву да узме браниоца, као и да бранилац може да присуствује његовом саслушању.

---

[4] Више: Митровић Љ., Јовашевић Д.: Мјере за обезбјеђење присуства осумњиченог, односно оптуженог у кривичном поступку у Републици Српској, Зборник радова ИАК, број 1 2013. година стр.141-154

[5] Бејатовић С., Радуловић Д.: Законик о кривичном поступку СР Југославије, Београд 2002. година

Позив сам по себи не представља ограничење слободе кретања или других права осумњиченог/оптуженог али избјегавање да се позив прими и неодазивање позиву повлачи за собом казну и ограничење слободе кроз примјену строжијих мјера обезбјеђења присуства, почевши од довођења. Уколико је то лице спријечено да се одазове на позив из оправданих разлога, дужан је да о томе без одлагања обавијести орган који га је позвао.

Позивањем се обезбјеђује присуство и других учесника у кривичном поступку као што су оштећени, свједоци, вјештаци, тумачи, стручна лица и др.

ДОВОЂЕЊЕ

Довођење се у правилу чини уз примјену присиле и ово је друга врста мјере за обезбјеђење присуства осумњиченог, односно оптуженог у кривичном поступку и представља, можемо слободно рећи, својеврсну санкцију извршења за неуспјело позивање. Треба имати у виду да ова мјера а приори не мора да буде принудног карактера, већ се стварна принуда примјењује само уколико лице одбије да добровољно пође са припадницима судске полиције који спроводе наредбу о довођењу. Ову мјеру наредбом одређује суд или у изузетним, хитним случајевима тужилац и то само ако осумњичени који је уредно позван не дође, а свој изостанак не оправда. Наредба о довођењу издаје се писмено и треба да садржи: име и презиме осумњиченог/оптуженог који се има довести, назив кривичног дјела које му се ставља на терет уз навођење одредбе кривичног закона, разлог због којег се наређује довођење, службени печат и потпис судије/тужиоца који наређује довођење. Наредбу за довођење извршава судска полиција која је дужна да наредбу преда лицу на које се односи и позове га да пође са њим а ако то лице одбије да крене довест ће га принудно.

МЈЕРЕ ЗАБРАНЕ

Мјере забране којима се обезбјеђује присуство осумњиченог, односно оптуженог у кривичном поступку налазимо у одредбама чл. 126.-126г. Закона о кривичном поступку БиХ. Ради се о доста бројним и међусобно доста различитим мјерама што је, са гледишта потреба кривичног поступка, добро рјешење јер омогућава примјену принципа индивидуализације тј. да суд примјени ону мјеру забране, односно надзора која пружа највише могућности да обезбиједи присуство осумњиченог/окривљеног у кривичном поступку. Наведено у зависности од, првенствено, личности онога према коме се примјењује али и других околности које постоје или се могу појавити у конкретном случају.

Мјере забране напуштања боравишта и забрана путовања је факултативног карактера и примјењује се када постоје околности које алтернативно указују на то да би осумњичени односно оптужени у току трајања кривичног поступка могао побјећи, сакрити се, отићи у непознато мјесто или у иностран-

ство. Суд ће рјешењем забранити осумњиченом односно оптуженом да напусти мјесто боравишта и наложиће му мјесто у којем мора боравити док траје ова мјера забране као и граница ван којих се он не смије удаљавати (то може бити и само његов дом). Суд може, било као додатну мјеру уз забрану напуштања боравишта, било као засебну мјеру, наредити привремено одузимање путних исправа уз забрану издавања нових путних исправа, као и забрану коришћења личне карте за прелазак државне границе Босне и Херцеговине (забрана путовања). Лице против којег је донесено рјешење о изрицању мјера забране упозориће се да се против њега може одредити мјера притвора ако прекрши обавезе из изречене мјере. Мјерама забране не може се ограничити право осумњиченог односно оптуженог на несметано контактирање са својим браниоцем у БиХ, да живи у свом дому у БиХ, да се несметано виђа са члановима породице и блиским сродницима, осим кад се поступак води због кривичног дјела учињеног на штету члана породице или блиских сродника и не може се ограничити право да обавља своју професионалну дјелатност осим ако се кривични поступак води због кривичног дјела учињеног у вези са обављањем те дјелатности.

Такође, када околности случаја на то указују, суд може изрећи осумњиченом, односно оптуженом уз мјеру забране напуштања боравишта или путовања или као посебне мјере забране изрећи једну или више следећих мјера забране:

- Забрану предузимања одређених пословних активности или службених дужности,
- Забрану посјећивања одређених мјеста или подручја,
- Забрану састајања с одређеним особама,
- Наредбу да се повремено јавља одређеном државном органу и
- Привремено одузимање возачке дозволе.

Суд доноси образложено рјешење о изрицању мјера забране напуштања боравишта, забране путовања и других мјера забране на предлог странке или браниоца а такође суд кад одлучује о притвору може по службеној дужности изрећи мјере забране умјесто одређивања или продужења притвора. У току истраге мјере забране одређује и укида судија за претходни поступак, а у фази након подизања оптужнице-судија за претходно саслушање. Уколико је предмет достављен судији, односно вијећу у сврху заказивања главног претреса о захтјеву за мјере забране одлучује тај судија односно предсједник вијећа. Трајање мјера забране је ограничено самом потребом ради које је конкретна мјера забране и изречена што представља фактичко питање које суд цијени у сваком конкретном случају имајући у виду све конкретне околности. ЗКП БиХ постављена су још и следећа ограничења, и то: мјера забране може трајати најдуже до правоснажности пресуде ако тој особи није изречена казна затвора и најкасније до упућивања на издржавање казне ако је тој особи изречена казна затвора и забрана путовања може трајати док изречена новчана казна не буде плаћена у потпуности и/или док се у потпуности не изврши одлука о имовин-

скоправном захтеву и/или о одузимању имовинске користи. Надлежни судија (у зависности од фазе кривичног поступка) дужан је да свака два мјесеца испита да ли је примијењена мјера још потребна.

ЗКП БиХ предвиђа чланом 126.е поступак извршења мјера забране према којем рјешење којим се изриче мјера забране напуштања боравишта доставља се и органу који извршава мјеру забране (надлежни полицијски орган), док мјеру забране путовања доставља се и граничној полицији, а привремено одузимање путних исправа уз забрану издавања нових путних исправа, као и извршење забране коришћења личне карте за прелазак државне границе унијет ће се у главни центар за обраду података Агенције за идентификациона документа, евиденцију и размјену података БиХ.

У изузетним, хитним случајевима, када је ријеч о кривичним дјелима за која се може изрећи казна затвора од десет година или тежа казна и тужилац може издати наредбу о привременом одузимању путних исправа и личне карте уз забрану издавања нових докумената који се могу користити за прелазак државне границе. О наведеној наредби тужилац је дужан одмах обавијестити надлежног судију (у зависности од фазе кривичног поступка) који у року од 72 сата мора донијети одлуку о тој наредби тужиоца.

ЈЕМСТВО

Јемство је предвиђено ЗКП БиХ и то члановима 127-130 као мјера за обезбјеђење присуства осумњиченог, односно оптуженог у кривичном поступку. Јемство се као кривичнопроцесна мјера примјењује као замјена за притвор осумњиченом/оптуженом који му се има одредити или му је већ одређен само због бојазни да ће побјећи. Јемством се та особа може пустити на слободу ако он особно или ко други за њега пружи јемство да до краја кривичног поступка неће побјећи, а сам оптужени обећа да се неће крити и да без одобрења неће напустити своје боравиште. То значи да се осумњиченом односно оптуженом лицу коме је одређен притвор из неког другог разлога осим опасности од бјекства не може замјенити притвор и изрећи мјера јемства као мјера обезбјеђења његовог присуства кривичном поступку.

Јемство се састоји у моралној обавези (изјави-обећању да се неће крити и да без одобрења неће напустити своје боравиште) и материјалној гаранцији. Јемство увијек гласи на новчани износ који се одређује с обзиром на тежину кривичног дјела, личне и породичне прилике осумњиченог односно оптуженог и имовинског стања лица које даје јемство. Јемство се састоји у полагању готовог новца, папира од вриједности, драгоцијености или других покретних ствари веће вриједности које се лако могу уновчити и чувати или у стављању хипотеке за износ јемства на непокретна добра лица које даје јемство или у личној обавези једног или више грађана да ће у случају бјекства осумњиченог/оптуженог платити утврђени износ јемства. Особа која даје јемство мора доставити доказе о свом имовном стању, поријеклу имовине, власништву и посједу над имовином која се даје као јемство.

У случају бјекства осумњиченог/оптуженог рјешењем ће се јемство одредити као приход буџета БиХ. Дакле, да ли ће јемство бити враћено лицу које га је дало или ће га суд одузети, односно да ли ће јемство постати дио "државног буџета" зависи искључиво од понашања осумњиченог, односно оптуженог лица и самог окончања кривичног поступка. Јемство ће наиме бити укинуто ако наступе разлози због којих је постала неоправдана примјена јемства осумњиченом/оптуженом, ти разлози су: а) ако на уредан позив не дође а изостанак не оправда, б) ако се спрема за бјекство или в) ако се против тог лица појаве други законски основ за притвор. Јемство ће бити укинуто и враћено и кад се кривични поступак правоснажно заврши рјешењем о обустави поступка или пресудом. Такође, јемство ће бити укинуто када се може замијенити блажом мјером забране напуштања мјеста боравишта и тад се јемство укида за вријеме трајања кривичног поступка.

У току истраге рјешење о јемству и о његовом укидању доноси судија за претходни поступак, послије подизања оптужнице-судија за претходно саслушање, а након достављања предмета судији, односно судском вијећу у сврху заказивања главног претреса, тај судија, односно предсједник вијећа. Рјешење о одређивању јемства и о укидању јемства суд доноси након саслушања поступајућег тужиоца.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Мјере за обезбјеђење присуства осумњиченог односно оптуженог и за несметано вођење кривичног поступка ни у ком случају не представљају врсту кривичне санкције или мјере одмазде, иако се извршавају принудно, против воље осумњиченог односно оптуженог лица и представљају по својој садржини извјесно ограничење његових слобода и права, посебно у погледу слободе кретања и слободе комуникације са другим лицима.

Као и у сваком савременом демократском правном систему и у БиХ нормирање мјера да се осигура неометано вођење поступка и присуство осумњиченог односно оптуженог, а и њихова примјена стално се мора балансирати између два често супротстављена захтјева. Један је обавеза државе да омогући ефикасан кривични судски поступак, заштити интегритет поступка и права и интересе свих учесника у њему, као и јавни интерес, а други је обавеза државе да заштити права осумњиченог односно оптуженог прије свега у смислу права на слободу и права на правичан поступак.

С тим у вези, суд и странке у поступку морају да воде рачуна да мјере обезбјеђења не нарушавају могућност и право одбране да спроведе своју истрагу и прикупља доказе, укључујући саслушање свједока, па и оштећених, и да у сваком случају може активно да учествује у поступку што му је и обезбијеђено као странци у поступку по принципу "једнакости оружја".

Веома је важно због правне сигурности а и због ефикасности вођења кривичног поступка да се нађе одређени баланс између та два начела кривичног

поступка и да он буде усаглашен са стандардима Европске конвенције о људским правима а самим тим и са прокламованим вриједностима самог Устава БиХ.

Повећање броја опција за изрицање различитих мјера обезбјеђења присуства осумњиченог, односно оптуженог у кривичном поступку доводи несумњиво до смањења броја притворских предмета и броја притвореника што је свакако један од циљева законодавца посебно имајући у виду и преоптерећеност затворских капацитета у БиХ.

MEASURES TO GUARANTEE THE PRESENCE OF A SUSPECT OR ACCUSED AS A PRECONDITION TO AN EFFICIENT CONDUICT OF CRIMINAL PROCEEDINGS

Abstract: The right to live and be free is the man's fundamental determination and the most important human right. Although the most important right, it is not the absolute right, as it is derogable under certain conditions, in extraordinary situations, but also in precisely predictable situations in times of peace. Accordingly, the aforementioned fundamental human rights represent essential and actual objects of protection of a state and its legal order, of which no person can be deprived, but which can be restricted. That implies that, for example, a right to a person's freedom can be restricted by a legal provision which allows the person's deprivation of liberty and detention.

The successful and adequate conduct of the criminal proceedings necessitates a series of objective prerequisites that relate to both the court and the parties in the proceedings. Accordingly, one of the most important prerequisites for a successful and efficient conduct of the criminal proceedings is guaranteeing the presence of the suspect or the accused (depending on the phase of the criminal proceedings) by implementing actions of the criminal procedure which are conducted before the authorized court. One should particularly take into account the importance of the suspect or the accused as a subject to the procedure, without whose presence a successful conduct and completion of the criminal proceedings is impossible in Bosnia and Herzegovina.

The Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina stipulates the following measures to guarantee the presence of a suspect or accused in the criminal proceedings: summons, apprehension, prohibiting measures, bail, as well as custody as the most severe measure to guarantee the presence of the suspect or the accused that

treads upon one of the basic postulates of the criminal proceedings- a presumption of innocence.

The legal reasons for deprivation of liberty and ordering the measure of custody, namely, not to perpetrate a new criminal offense or finish the attempted criminal offense, or to protect the safety of citizens and property, puts the burden of guilt upon the suspect or the accused at the moment when it has not yet been determined whether the suspect or the accused actually committed the criminal offense he is charged with.

In relation to the foregoing, very important issues that need to be raised are the ones pertaining to the grounds for security measures and the selection of the measure to guarantee the presence of the suspect or the accused in the criminal proceedings, along with the issues pertinent to the procedure for determining the right measure, duration of such measure and concrete measures that have to be envisaged for the purpose of preventing any misuses that may occur on that occasion.

Key words: measures of guarantee, criminal proceedings, Prosecutor, suspect, the accused, the court

ЛИТЕРАТУРА

1. Бачић Ф. (1998). Казнено право-Опћи дио; Информатор, Загреб.
2. Бејатовић С., Радуловић Д.(2002). Законик о кривичном поступку СР Југославије, Београд
3. Чејовић. Б. (2013). Притвор, Београд
4. Ђорђевић Д. (2006). Мјере за обезбјеђење присуства окривљеног у кривичном поступку, Примјена новог кривичног законодавства Србије, Копаоник.
5. Ђурђић В. (1997). Ограничење слободе кретања у кривичном поступку, Правни живот број 9/1997, Београд.
6. Ђурђић В, Јовашевић Д. (2006). Кривично право, Посебни дио. Београд
7. Митровић Љ., Јовашевић Д. (2013). Мјере за обезбјеђење присуства осумњиченог, односно оптуженог у кривичном поступку у Републици Српској, Зборник радова ИАК, број 1.
8. Закон о кривичном поступку БиХ, број 03/03

Др Дарко Димовски*

ПОСТПЕНАЛНА ПОМОЋ КАО ОБЛИК ТРЕТМАНА*

Апстракт: Аутор је, полазећи од различитих дефиниција појма пенологије, нагласио да је постпенална помоћ један од њених најзначајнијих делова, јер су многи пенолози наглашавали значај постпеналне помоћи њеним помињањем на директан или индиректан начин у самом одређењу пенологије. У даљем раду аутор посебну пажњу посвећује анализирању настанку и развоју постпеналне помоћи, као облика третмана, у Енглеској, јер је то држава у којој су направљени први кораци ка пружању помоћи осуђеницима након изласка из пенитенцијарних установа. Како је Законом о извршењу казни, мера безбедности и васпитно-поправних мера из 1951. први пут уведена постпеналне заштите отпуштених осуђеника у тадашњој ФНРЈ, аутор је анализирао одредбе овог Закона везане за постпеналну помоћ. Уједно, сви закони из извршне кривичноправне материје у нашој земљи посматрани су кроз призму постпеналне помоћи. На крају рада аутор износи одређење предлоге везане за систем постпеналне помоћи у Републицу Србији, с циљем њеног побољшања.

Кључне речи: третман, постпенална помоћ, историјски развој.

1. Увод

Ресоцијализације осуђеника, као циљ казне затвора, условљава примену третмана, који се, у најширем смислу, може одредити као начин поступања са осуђеницим лицима. Другим речима, третман представља сложен систем институционалних и ванинституционалних метода, мера и поступака, којима се утиче на услове живота осуђених лица и промену њихове личности, с циљем његове ресоцијализације. Посматрајући третман као начин поступања са учиниоцем кривичног дела, можемо истаћи да се у том случају могу разликовати три фазе третмана: судски третман, третман у установи и постпенални третман, које су међусобно повезане истим циљем – ресоцијализацијом осуђеника (Константиновић Вилић, Костић, 2011: 163).[1]

* доцент, Правни факултет Универзитета у Нишу, darko@prafak.ni.ac.rs

* Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 179046, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије

[1] Константиновић Вилић, С., Костић, М. (2011). *Пенологија*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу

Из оваквог одређења третмана, у ширем смислу, увиђамо значај постпеналне помоћи, без обзира што пенолози, као што је Милутиновић, сматрају да постоје други облици третмана, попут морално-педагошког васпитања и образовања осуђеника, рад и професионално оспособљавање, организовање слободног времена, учешће осуђеника у свом преваспитању, примена психотерапије, примена групне терапије, награђивање и кажњавање осуђеника, приближавање осуђеника условима живота на слободи (Милутиновић, 1981: 124).[2] Наиме, он је, у свом одређењу пенологије, посебно нагласио постпеналну помоћ: "*Пенологија је наука која проучава еволуцију кривичних санкција, еволуцију третмана осуђених лица, организацију, средства и методе третмана, као и постпеналну помоћ*" (Милутиновић, 1985: 82).[3]

Иако пенолошкиње Слободанка Константиновић Вилић и Миомира Костић у свом одређењу пенологије, као *"самосталне правне дисциплине о различитим облицима друштвене реакције на криминалитет, кривичним санкцијама, начину њиховог извршења, различитим моделима ресторативне правде примењеним у затвору, као и поступању са извршиоцима кривичних дела, с циљем њихове успешне ресоцијализације, социјалне рехабилитације и спречавања будућег делинквентног/криминалног понашања*", не наглашавају посебно значај постпеналне помоћи, истицањем поступања са извршиоцима кривичних дела, као саставног дела дефиниције пенологије, можемо закључити да оне на индиректан начин признају, између осталог, и вредност постпеналне помоћи у ресоцијализацији осуђеника (Костић, Димовски, 2011: 25-26).[4]

2. Историјски развој постпеналне помоћи

Иако државе широм света посебну пажњу посвећују пружању постпеналне помоћи, аутори ће посебну пажњу посветити настанку и развоју овог облика третмана у Енглеској, јер је то држава у којој су направљени први кораци ка пружању помоћи осуђеницима након изласка из пенитенцијарних установа.

Џон Хаурд (John Howard), заједно са Врајтом (Wright), Елизабет Фрej (Elizabeth Fry), као и Саром Мартин (Sarah Martin), сматра се "одговорним" за увођење постпеналне помоћи отпуштеним осуђеницима. Наиме, Џон Хаурд је, поставши шериф округа Bedfordshire 1773. године, увидео лоше стање пенитенцијарних установа у овом делу Енглеске. Убрзо након тога почео је са испитивањем стања у пенитенцијарним установама широм Велике Британије, при чему је посетио преко 100 пенитенцијарних установа између новембра 1773. године и марта 1777. године (Roth, 2006: 129).[5] Приликом инспекције затво-

[2] Милутиновић, М. (1981). *Пенологија*. Београд: Савремена администрација

[3] Милутиновић, М. (1985). *Пенологија*. Београд: Савремена администрација

[4] Костић, М., Димовски, Д. (2011). Постпенална помоћ као облик третмана и/или криминалнополитичка мера (простор и начини њене примене). У *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (стр. 23-40). Ниш: Правни факултет у Нишу

[5] Roth, M. (2006). *Prisons and Prison Systems: A Global Encyclopedia*. Westport: Greenwood Press

ра, установио је да у енглеским пенитенцијарним установама постоји систем затворске надокнаде, која се састоји у томе да отпуштени осуђеници остају затворени све док својим чуварима не исплате храну и пиће, коју су им продавали тамничари (Newman, Brown, 1997: 344).[6] Пре реформе затвора Џона Хаурда, тамничари за свој рад нису били плаћени од стране државе, већ су за свој живот зарађивали тако што су продавали основне животне намернице осуђеницима (Roth, 2006: 113).

Средином XIX века у Манчестеру постојао је облик постпеналне помоћи у виду тражења посла за бивше осуђенике од стране Врајта (Ashton, Young, 1956: 159). Елизабет Фрej, рођена у поштованој квекерској породици у Норвичу, је једна од првих реформатора пенитенцијарног система. Наиме, она је негде око 1883. године посетила затвор Њу Гејт (Newgate). Услови у којима су осуђеници живели били су очајни. На поду су се могле наћи жене и деца без одеће, окована и болесна. Поново је покренула реформу затвора, што је резултирало одвајањем осуђеника по полу, класификацијом по врсти почињених кривичних дела и, за постпеналну помоћ најбитније, упошљавање осуђеника на различитим пословима (Hirschel, Wakefield, Sasse, 2008: 233).[7] Крајем свог живота основала је удружење, с циљем помагања осуђеницама да нађу смештај у локалној заједници или да емигрирају (Ashton et. al., 1956: 158).

Негде у исто време као и Елизабет Фрej, још једна жена је значајна за реформу затвора – Сара Мартин. Наиме, она је увела књиговезачки занат за осуђенике, а шивење за осуђенице (Prochaska, 2003: 167).[8] Такође, Сара Мартин је помагала бившим осуђеницима да нађу смештај, као посао након изласка из пенитенцијарне установе (Ashton et. al., 1956: 159).[9]

Године 1847. председник управног одбора затвора у Енглеској (Director of Convict Prisons), пуковник Џошуа Џеб (Joshua Jebb) инсистирао је на пружању постпеналне помоћи малолетним делинквентима, док је 1853. године иста ова потреба пропагирана и за пунолетне бивше осуђенике. Наиме, пуковник Џеб је сматрао да је узалудно очекивати да се бивши осуђеници неће одати поновном вршењу кривичних дела, ако не нађу сврху живота након изласка из пенитенцијарне установа (Ashton et. al., 1956: 159-160).

Убрзо након тога енглески парламент доноси одређене нормативне акте, којима легализује постпеналну помоћ бившим осуђеницима. Наиме, 1862. године парламент је препознао значај добротворних установа за помоћ бившим осуђеницима, доневши Закон о помоћи отпуштеним осуђеницима (Discharged Prisoners Aid Act). Законом је омогућено да овакве установе постоје при свакој

---

[6] Newman, G., Brown, L., (1997). *Britain in the Hanoverian Age, 1714-1837: An Encyclopedia*. New York: Routledge

[7] Hirschel, D., Wakefield, O. W., Sasse, S. (2008).Criminal Justice in England and the United States. Sudbury: Jones & Bartlett Publishers

[8] Prochaska, F. K. (2003). Women and Philanthropy in Nineteenth-century England. Oxford: Oxford University Press

[9] Ashton, E. T., Young A. F. (1956). British Social Work in the Nineteenth Century. London: Routlegde & Kegan Paul

пенитенцијарној установи. Такође, Министарство правде је плаћало суму од две фунте по осуђенику добротворним установама, које имају за обавезу да нађу одговарајући смештај бившим осуђеницима. Већ до 1895. године свака пенитенцијарна установа имала је помоћ од две до три такве установе (Bryans, Martin, Walker, 2002: 57).[10] Као проблем рада добротворних установа јавила се околност да добротворна организација, која ради са осуђеницима тачно одређене пенитенцијарне установе, није била у могућности да пружи адекватну помоћ за смештај бивших осуђеника, уколико они одлуче да живе у некој другој области (McConville, 1995: 319).[11] Значај рада добротворних установа у пружању постпеналне помоћи најбоље се види у ставу чланова државног органа надлежног за пенитенцијарне установе да без сумње се може очекивати да бивши осуђеници, услед непостојања адекватне помоћи, поново врше кривична дела, јер су анксиозни због тога што нема ко да им помогне у обезбеђивању основних услова за живот, зато што немају адекватна средства за рад да се сами издржавају или ниједан послодавац није вољан да их запосли (McConville, 1995: 319-320).

Током XIX века у Енглеској организоване су посебне смештајне јединице за отпуштене осуђенице. Међутим, таквих смештајних јединица није било шездесетих година XIX века за бивше осуђенике. Стога су, од стране Евдарда Шепарда (Edward Shepard), управника затвора West Riding у Wakefield-у, основане смештајне јединице за бивше осуђенике, уз обезбеђивање запослења, што је требало да им помогне у коначном решавању стамбеног питања. Слични подухвати предузети су и у градовима попут Lewes, Leicester и Reading. Бивши осуђеници су радили послове као што су израда отирача, цепање дрва или уређење башта. Иако су бављењем оваквим пословима бивши осуђеници сами себи обезбеђивали минималне надокнаде, ипак им је остајало довољно новца за обезбеђивање сопственог смештаја (McConville, 1995: 325-326).

Ради праћена развоја постпеналне помоћи у Енглеској битно је напоменути Закон о затворима (Prison Act) из 1877. године. Иако се овај Закон није непосредно бавио пружањем постпеналне помоћи, њега је битно споменути, јер је њима створена сукоб надлежности између Director of Convict Prisons и Prison Commission, које је основано управо Законом о затворима из поменуте године. Такође, одредбама Закона о затворима пренешена надлежност о раду затвора са локалних власти на Министарство надлежно за унутрашње послове - Home Secretary (Bryans et al., 2002: 188).

Исте године, када је доношен Закон о помоћи отпуштеним осуђеницима, основана је добротворна установа, под именом Discharged Prisoners Aid Societies, чији задатак је био успостављање јединственог начина рада код свих добротворних установа. До 1897. године широм земље постојало је таквих 56 установа, код којих су радили агенти, чији је задатак био саветовање бивших

[10] Bryans, S., Martin, C., Walker, R. (2002). P*risons and the Voluntary Sector: A Bridge into the Community*. Winchester: Waterside Press

[11] McConville, S. (1995). *English Local Prisons, 1860-1900: Next Only to Death.* London: Routledge

осуђеника, као и давање препорука надлежним органима о захтевима бивших осуђеника за помоћ (Bryans et al., 2002: 57).

Међутим, врло брзо дошло је до ривалитета између Discharged Prisoners Aid Societies, с једне стране, и осталих добротворних организација, с друге стране. Уједно, бивши осуђеници нису били задовољни начином пружања постпеналне помоћи од стране Discharged Prisoners Aid Societies, због лошег приступа бившим осуђеницима.

Као последица једног таквог стања, написан је Gladstone Committee Report 1895. године, под вођством Херберта Гладстона (Herbert Gladstone). У самом Извештају наглашено је да је сврха извршења казни било застрашивање, при чему је постојала тежња остваривања равнотеже између извршеног кривичног дела и казне (Brown, 2003: 116).[12] Херберт Гладстон је био забринут, како је наведено у Извештају, о смештају осуђеника, њиховом раду, пракси неодвајања осуђеника у посебне категорије, посетама осуђеника, као и о дисциплини (Cross, 1971: 3).[13]

Стога, истакнута је потреба реформисана пенитенцијарног система. Као сврха извршења пенитенцијарног третмана треба да буде, не само одвраћање и застрашивање осуђеника да убудуће не врше кривична дела, већ да се тежи и њиховој ресоцијализацији. Такође, предложено је да се непродуктиван рад, попут рада на ручицама, који су осуђеници вртели без икаквог смисла (crank labour) или рада на млину који се покретао тежином осуђеника (tread-wheel labour), укине и замени сврсисходним радом (Joyce, Wain: 2010: 278).[14]

Постпеналну помоћ је, како је наведено у Извештају, зависила од тога у ком затвору је осуђеник издржавао казну затвора. Дешавало се да неки бивши осуђеници добијају постпеналну помоћ више пута, док неки осуђеници нису добили ниједном. Агенти добротворних организација нису имали правни основ за вођење интервјуа ради увида у потребе осуђеника на слободи, пре његовог пуштања. Осуђеници, који су изашли из затвора на условни отпуст, имали су обавезу периодичног јављања полицији, а не радницима службе за поступеналну помоћ, као што је то данас случај. Новчана помоћ отпуштеним осуђеницима износила је седам фунти, са тенденцијом даљег смањивања (Cross, 1971: 81-82). Са лошом праксом покушано је да се прекине на тај начин што би, како је наведено у Gladstone Committee Report, сваки бивши осуђеник добио помоћ одмах након изласка из пенитенцијарне установе, при чему би била дата могућност агентима добротворних организација да успоставе контакт са осуђеницима док су још на издржавању казне лишења слободе (Bryans et al., 2002: 58).

За пружење постпеналне помоћи бившим осуђеницима битан је Закон о затворима (Prison Act), који је донет 1898. године. Овај Закон је, поред тога што је предвидео мере за побољшање положаја осуђеника у затворима у виду

[12] Brown, A. (2003). *English Society and the Prison: Time, Culture, and Politics in the Development of the Modern Prison, 1850-1920.* Suffolk: The Boydell Press

[13] Cross, R. (1971). *Punishment, Prison and the Public*. London: Stevens & Sons

[14] Joyce, P., Wain, N. (2010). *A Dictionary of Criminal Justice*. Oxon: Routledge

напредовање осуђеника кроз одређене фазе, значајан за постпеналну помоћ, јер је установио Главну добротворну организацију за помоћ бившим осуђеницима (Central Discharged Prisoners Aid Society). Наиме, задатак ове добротворне организације био је координација свих локалних добротворних установа за помоћ бившим осуђеницима. Значај Закона се отелотворује и у укидању рада на ручицама, који су осуђеници вртели без икаквог смисла - crank labour и рада на млину који се покретао тежином осуђеника - tread-wheel labour (Bryans et al., 2002: 188). Законом о затворима створено је јединствено тело од представника Prison Commission и Directors of the Convict Prisons (Brown, 2003: 116).

Затворски комисионар од 1895. до 1921. године, по имену Руглес-Брисе (Ruggles-Brise), покушао је да још више реформише добротворне организације, с циљем подизања пружања постпеналне помоћи на још виши ниво. Међутим, сви његови покушаји су пропали због раскола и тадашње политике. Овакво стање је потрајало све до тридесетих година прошлог века, када је 1935. године нови извештај поднешен, с циљем реформе добротворних организација које пружају постпеналну помоћ. Резултат нових напора био је установљавање тела под називом Национална асоцијација добротворних друштава за пружање помоћи бившим осуђеницима (National Association of Discharged' Aid Societies - NADPAS). Задатак NADPAS-а је био координација пружања постпеналне помоћи од стране добротворних друштава локалног карактера са Prison Commission. Такође, NADPAS је предложио додељивање државне новчане помоћи бившим осуђеницима (Bryans et al., 2002: 58-59). Стварање Националне асоцијације добротворних друштава за пружање помоћи бившим осуђеницима довело је до тога да се бројне мале добротворне установе удружују, с циљем лакшег пружања постпеналне помоћи, што је резултирало бољом сарадњом између разних добротворних установа (Bryans et al., 2002: 59).

3. Историјски развој постпеналне помоћи у Републици Србији

Република Србија иако има дуги историју доношења закона из кривичноправне материје, тек је Законом о извршењу казни, мера безбедности и васпитно-поправних мера (Службени лист ФНРЈ, бр. 47/51) из 1951. први пут уведена постпеналнa заштита отпуштених осуђеника. Наиме, посебна глава Закона, по имену Одбори грађана за лица отпуштена из казнено-поправних установа, посвећена је пружању постпеналне помоћи (чл. 74-76). Одговорност за пружање постпеналне помоћи лежи на одборима грађана за пружање помоћи лицима, која су отпуштена из казнено-поправних установа, који имају за обавезу пружања помоћи коју затражи отпуштено лице, а нарочито помоћи око налажења запослења у складу са способностима отпуштеног лица, у случају да они сами такво запослење не могу наћи, као и пружање материјалних средстава у случају њиховог обољења пре запослења из фонда за унапређење културно-просветног рада у казнено-поправним установама и за помоћ лицима отпуштеним

из завода, у којем се ставља до 10% од зараде коју осуђени прима за свој рад у пенитенцијарним установама (члан 75).

Уколико се ради о малолетницима који су пуштени на слободу, а немају родитеља или ако родитељи не могу обезбедити његово даље васпитање, Закон у члану 76. предвиђа да одбор стави предлог органу старатељства да предузме одговарајуће мере. Исто тако, одбор има обавезу да се стара о животу и раду отпуштених малолетника за време док се то старање покаже непотребним. У случају да се малолетник налази у средини која може штетно утицати на његов развој, одбор ће предложити органу старатељства да, у оквиру своје надлежности, предузме мере, с циљем издвајања и смештаја малолетника у другу средину која ће на њега повољније утицати.

Законодавац је у члану 73. прописао пружање још једне врсте тзв. спољашње постпеналне помоћи. Наиме, ако лице које се отпушта из казнено-поправне установе нема свог одела, рубља или обуће, нити средстава да их набави, управа казнено-поправне установе даће му бесплатно одело, пар рубља и пар обуће. У ситуацији да када лице, које је издржало казну, нема сопствених средстава да купи возну карту до места које је изабрало као своје пребивалиште, односно до станице која је томе месту најближа, управа казнено-поправне установе има обавезу да исту набави из фонда за унапређење културно-просветног рада у казнено-поправним установама и за помоћ лицима отпуштеним из завода.

Новелацијом Кривичног закона 1959. година створена је потреба доношења новог закона о извршењу кривичних санкција. Стога је тадашња држава, Федеративна Народна Република Југославија, донела 1961. године Закон о извршењу кривичних санкција (Службени лист ФНРЈ, бр. 24/61). У члану 10. на један уопштен начин законодавац спомиње постпеналну помоћ у виду пружања потребне помоћи осуђеним лицима отпуштеним са издржавања казне лишења слободе од стране надлежних органа, установа и организација ради њиховог лакшег и бржег укључивања у редован живот на слободи. Законодавац је посебну главу посветио пружању постпеналне помоћи. Наиме, у глави VII, под називом Условни отпуст, отпуштање осуђених лица и помоћ по издржаној казни, законодавац детаљно разрађују пружање постпеналне помоћи.

Тако је у члану 73. прописано да ако је осуђени у време када се отпуштања са издржавања казне тешко болестан и услед тога неспособан за путовање, казнено-поправна установа има обавезу да га смести у најближу установу опште здравствене службе ради лечења. У истом члану је предвиђено да осуђеном, који нема средстава да плати трошкове лечења, казнено-поправна установа сноси трошкове лечења за први месец, док ова обавеза после истека првог месеца прелази на општину у којој је осуђени имао пребивалиште у време када је почео да издржава казну.

Закон о извршењу кривичних санкција из 1961. године предвиђа већи опсег пружања постпеналне помоћи у односу на Закон из 1951. године. Тако је у члану 74. став 1. Закон о извршењу кривичних санкција прописана постпе-

нална помоћ на један уопштен начин - осуђенима, који се отпуштају из казнено-поправних установа, пружиће се, у границама могућности, помоћ, која им је потребна ради што лакшег укључивања у редован живот на слободи, док је у истом члану став 2. детаљно наведено шта све спада у постпеналну помоћ. Наиме, она се може састојати у привременом смештају и обезбеђењу исхране, у обезбеђењу нужног лечења, у избору нове средине у којој ће осуђени живети, у сређивању породичних прилика, у проналажењу подесног запослења, у организовању довршења започетог стручног оспособљавања и у давању новчаних износа за подмиривање најнужнијих потреба. За разлику од Закона из 1951. године, Закон из 1961. године не прописује износ новчаних средстава, који се даје отпуштеном осуђеника за подмиривање најнужнијих потреба, што представља лоше решење. Народни одбори у већим местима могу, како је то прописано у члану 74. став 3, да оснују прихватилиште за смештај лица отпуштених са издржавање казне, која нису могла да се сместе и упосле по изласку на слободу.

Посебни одбори, који постоје при сваком савету општинског народног одбора надлежном за послове социјалног старања, дужни су да пружају помоћ отпуштеним осуђеним лицима (члан 75. став 1). У надлежности казнено-поправне установе је утврђивање, на извесно време пре отпуштања осуђеног лица, да ли му је и каква помоћ потребна. Уколико је неком осуђеном лицу помоћ потребна, казнено-поправна установа обавестиће, по правилу, три месеца пре његовог отпуштања на слободу, одбор за помоћ отпуштеним осуђеним лицима општине, у којој ће отпуштено лице имати пребивалиште, при чему је неопходно навести каква врста помоћи долази нарочито у обзир. Такође, отпуштено лице са издржавања казне лишења слободе може се обратити за одбору за помоћ отпуштеним осуђеним лицима, оне општине на чијем подручју је непосредно пре издржавања казне имало пребивалиште. У случају да се осуђени по отпуштању из казнено-поправне установе не жели вратити у раније пребивалиште, а за то постоје оправдани разлози, казнено-поправна установа ће га саветовати при избору новог пребивалишта, и ако осуђени поступи по њеном савету, упутиће га на одбор за помоћ отпуштеним осуђеним лицима изабраног места, који је дужан да му пружи потребну помоћ.

Из оваквог законског текста, применом argumentum a contrario, произилази да отпуштено лице неће имати право на помоћ од стране одбора за помоћ отпуштеним осуђеним лицима изабраног места, уколико при одабиру новог пребивалишта не поступи по савету казнено-поправне установе.

Доношењем Устава СФРЈ из 1974. година законодавна надлежност је прешла са федерације на федералне јединице. Стога су републике, као и покрајине, почеле да доносе сопствене кривичне законе, а након тога о законске текстове о извршењу кривичних санкција. Социјалистичка Република Србија је усвојила Кривични законик 1977. године. Закон о извршењу кривичних санкција (Службени гласник Социјалистичке Републике Србије, бр. 26/77, 50/84, 46/86 и 16/86) донет је исте године. Постпенална помоћ прописана је на један општи начин у члану 18. Закона о извршењу кривичних санкција. Наиме,

осуђеном, који је отпуштен са издржавања казне затвора, државни и други органи, организације удруженог рада и друге самоуправне организације и заједнице пружиће потребну друштвену помоћ за његово лакше и брже укључивање у живот на слободи. Чланом 173. предвиђено је право отпуштеног осуђеника да добије бесплатну превозну карту до места свог пребивалишта, односно боравишта, а ако је у питању страни држављанин, превозна карта се купује до граничног прелаза, ако посебним прописима није друкчије одређено. Ово право отпуштеног осуђеника није било експлицитно предвиђено у ранијим законским текстовима о извршењу кривичних санкција, иако се могло остварити на један посредан начин – обраћањем одбору за помоћ отпуштеним осуђеним лицима општине, у којој ће отпуштено лице имати пребивалиште. На овај начин додатно је ојачан положај осуђеника по изласку из пенитенцијарних установа, што указује на приширивање опсега пружања постпеналне помоћи.

Као и у ранијим законским текстовима, и у Закону из 1977. године обавеза је установе да смести тешко болесног осуђеника, који је при том неспособан за путовање, у најближу здравствену установу и да сноси трошкове његово лечења за првих 30 дана, под условом да отпуштени осуђеник нема сопствена средства да плати лечење (члан 174).

Отпуштеном осуђенику се, приликом изласка из установе, предају све ствари и предмети дати на полог, као и његова уштеђевина и новац, који је примио током издржавања казне. Спољашњи облик постпеналне помоћ отелотворен је у виду обезбеђивања рубље, одеће и обуће, а по потреби и новчане помоћи, у случају да отпуштено лице не поседује ове ствари (члан 176). Установа има за обавезу обавештавање органа управе надлежног за послове социјалне заштите у месту пребивалишта, односно боравишта осуђеног, уколико му је потребна друштвена помоћ (члан 177).

С циљем обезбеђивања активног учешћа у решавању сопствених проблема везаних за постпеналну помоћ, Законом је омогућено појединим осуђеним лицима да се писменим путем обрате надлежним органима и организацијама удруженог рада или другим самоуправним организацијама и заједницама (члан 178). Представницима надлежних државних органа или организацијама удруженог рада или другим самоуправним организацијама и заједница установа омогућује да посећују поједина осуђена лица, с циљем упознавања њихових личних и породичних проблема и учествовања у њиховом решавању, као и ради организовања у пружању друштвене помоћи осуђеним лицима (члан 179).

Законско решење, којим је омогућено представницима надлежних органа да посећују поједина осуђена лица, представља новину у односу на раније законске текстове, јер је, сходно ранијим законским решењима, казнено-поправна установа обавештавала надлежни државни орган, три месеца пре пуштања осуђеника на слободу, о врсти потребне помоћи. Међутим, законодавац у Закону из 1977. године није прописао временски оквир када представници надлежних органа могу да посете поједина осуђена лица, што у пракси може довести до одређених проблема.

Република Србије је 1997. године донела нови Закон о извршењу кривичних санкција (Сл. гласник РС, бр. 16/97 и 34/2001 - други закон). Достигнути стандард о лечењу отпуштеног осуђеника, који је тешко болестан, као и осуђеника који је, због болести, неспособан за пут, на рачун казнено-поправног завода за првих тридесет дана додатно је појачан (члан 159), јер је, према ранијим законским решењима, казнено-поправна установа сносила трошкове лечења само ако отпуштени осуђеник није имао сопствена средства да плати трошкове лечења. Уједно више није потребно да истовремено ради о осуђенику који је тешко болестан и неспособан за путовање, већ је довољно испуњење једног од та два услова.

Један од облика спољашње постпеналне помоћи је предаја осуђеном лицу ствари и предмети које му је завод чувао, уштеђевина и новац који је примио за време издржавања казне приликом отпуштања. Осуђеном који нема одећу ни средстава да је набави, завод обезбеђује рубље, одећу и обућу (члан 161). Достигнути стандард о превозу отпуштеног осуђеника до места пребивалишта или боравишта на рачун завода из којег се осуђеник отпушта, очуван је и у Закону из 1997. године. Иста ситуација је и за отпуштеног осуђеника, који има држављанство друге државе, с тим је њему превоз плаћен на рачун завода, из којег се отпушта, до граничног прелаза, уколико посебним прописима није друкчије одређено (члан 162).

Сходно члану 164, обавеза је завода да обавести орган старатељства надлежном према пребивалишту, односно боравишту осуђеног, у време када је одлука којом је казна изречена постала правноснажна, о потребној помоћи отпуштеном осуђенику. Поред тога, завод обавештава орган старатељства и о врсти помоћи која је осуђеном потребна. За разлику од ранијих законских решења из 1977. године када су представници надлежних органа могли да посећују осуђенике, с циљем упознавања њихових личних и породичних проблема и учествовања у њиховом решавању, као и ради организовања у пружању друштвене помоћи осуђеним лицима, према законским одредбама из 1997. године таква могућност не постоји.

Законодавац је боље регулисао пружање спољашње постпеналне помоћи за тешко болесног осуђеника и осуђеника који је неспособан за пут због болести, јер сада отпуштени осуђеник се смешта у најближу одговарајућу здравствену установу, за разлику од ранијих законских решења када се осуђеник смештао у најближу здравствену установу (члан 168). Закон из 2005. године је на исти начин регулисао предају ствари, предмета и новца, као и превоз отпуштеног осуђеника до места пребивалишта, односно боравишта, као и Закон из 1997. године.

Године 2005. усвојен је нови Закон о извршењу кривичних санкција (Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 72/2009 и 31/2011). Законодавац је, схвативши значај постпеналне помоћи, посебну главу посветио овом облику третмана – глава XI, под називом Припрема за отпуштање осуђеног и помоћ након отпуштања. Наиме, у члану 174. прописано је да дужност завода да, пре отпуштања осуђе-

ног са извршења казне затвора, у оквиру програма поступања, утврди програм пружања помоћи након отпуштања. С циљем пружања помоћи, завод сарађује са организационом јединицом у саставу Управе надлежном за третман и алтернативне санкције, органом старатељства надлежним према месту последњег пребивалишта, односно уколико осуђени није имао пребивалиште, према месту последњег боравишта осуђеног пре упућивања на извршење казне затвора, полицијом или одговарајућом организацијом или удружењем. Међутим, законодавац није предвидео облике пружања постпеналне помоћи, што може утицати на положај осуђеника након изласка из пенитенцијарне установе. Ова правна празнина доводи до тога да неки пенолози, попут Миомире Костић, сматрају да је постпеналну помоћ могуће схватити као вид стања социјалне потребе, што захтева примену одредаба Закона о социјалној заштити (Сл. гласнику РС, бр. 24/2011). Иако није експлицитно наведено да отпуштени осуђеник има одређена права по основу овог Закона, могуће је примени одредбе овог Закона за пружање постпеналне помоћи (Константинтновић Вилић, Костић, 2013: 105).[15] Наиме, у члану 3. Закона о социјалној заштити предвиђено је, између осталог, као циљ социјалне заштите достизање, односно одржавање минималне материјалне сигурности и независности појединца и породице у задовољавању животних потреба; стварање једнаке могућности за самостални живот и подстицање на социјалну укљученост; очување и унапређење породичних односа, као и унапређење породичне, родне и међугенерацијске солидарности; 5) предупређење злостављања, занемаривања или експлоатација, односно отклањање њихових последица. Право на социјалну заштита обезбеђује се пружањем услуга социјалне заштите и материјалном подршком.

4. Позитивноправна решења постпеналне помоћи у Републици Србији

Постпеналну помоћ се у данашње време пружа према Закону о извршењу кривичних санкција из 2014. године (Сл. гласник РС, бр. 55/2014). Законодавац је у одредбама чланова 185 и 186 регулисао питање постпеналне помоћи. Међутим, и у члановима 179, 180 и 182 се могу наћи норме везане за пружање постпеналне помоћи. Постпеналну помоћ у вези сношења трошкова лечења тешко болесног лица, обезбеђењу рубља, одеће и обуће, предаје ствари и уштеђеног новца, као и вези сношења трошкова превоза осуђеног до места пребивалишта, боравишта, односно граничног прелаза је на исти начин регулисана као и код претходних законских решења. Такође, завод је дужан да пре отпуштања осуђеног са извршења казне затвора, у оквиру програма поступања, утврди програм припреме за отпуст и помоћи након отпуштања. За разлику од одредаба претходног Закона, у члану 185 Закона из 2014. године је, између осталог, регулисано да припреме осуђеног за отпуст почињу након доласка у

[15] Константиновић Вилић, С., Костић, М. (2013). *Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу

завод. Уједно, осуђени се подстиче на активно учествовање у припреми за отпуст, при чему се осуђени подржава у одржавању односа са породицом, као и у успостављању и одржавању контаката са установама и особама које се баве укључивањем осуђеника за живот на слободи. Осуђеник ће на основу утврђеног програма бити укључен у појединачни или групни саветодавни рад у вези са његовом припремом за отпуст најраније једну годину, а најкасније три месеца пре отпуштања, у зависности од дужине изречене казне. Постоји обавеза службе за третман да сарађује у поступку израде програма са повереничком службом, као и органом старатељства надлежним према месту последњег пребивалишта, односно боравишта осуђеног ради утврђивања потреба осуђеног након изласка из затвора. Како је прописано у члану 186 завод сарађује у остваривању пружања помоћи и прихвата са повереничком службом, органом старатељства надлежним према месту последњег пребивалишта, односно последњег боравишта осуђеног пре упућивања на извршење казне затвора, полицијом и одговарајућом организацијом или удружењем. Законодавац се овим Законом обавезао да донесе посебан закон о пружању помоћи и прихвата осуђеног након извршене казне затвора. Међутим, уместо да истовремено донесе и посебан закон, како би квалитет нормативне основе пружања постпеналне помоћи отпуштеном осуђенику био на бољем и уређенијем нивоу, српски законодавац је то пропустио, одредивши при томе рок од 6 месеци за доношење истог.

Доношење новог Закон о извршењу кривичних санкција није било праћено доношењем нових подзаконских аката. Наиме, Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора (Сл. гласнику РС, бр. 72/2010 и 6/2012) је донет 2010. године. Он уређује пружање постпеналне помоћи само двема одредбама. Наиме, поред понављања законских одредби о програму пружања помоћи након отпуштања осуђеника, прописано је да приликом отпуштања осуђеном се предају све његове ствари које су се налазиле на чувању, као и неутрошени новац који је чуван на депозиту. Поред Правилника о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора, у Правилнику о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица (Сл. гласнику РС, бр. 72/2010), који је донео министар правде, предвиђено је да програм припреме за отпуст код казни до шест месеци затвора почињу одмах након разврставања осуђеног, а код дужих казни почињу током спровођења програма поступања најкасније шест месеци пре истека казне. Овакво решење Правилника о кућном реду је у супротности са законском одредбом ЗИКС-а о почетку припреме програма отпуштања осуђеника, јер је законско решење такво да припреме за отпуштање осуђеника почињу одмах након доласка у завод. Ипак, законодавац је у прелазним и завршним одредбама прописао да се примењују прописи донети на основу Закона о извршењу кривичних санкција из 2005. године само ако нису у супротности са одредбама постојећег Закона из 2014. године.

Постпенална помоћ према малолетницима се пружа на основу чланова 147-148. Закона о малолетним извршиоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (Сл. гласник РС, бр. 85/2005). Законом је пропи-

сана обавеза надлежног органа старатељства да, током трајања заводске мере и казне малолетничог затвора, одржава сталну везу са малолетником, његовом породицом, као и одговарајућом пенитенцијарном установом, како би се малолетник у његова породица што боље припремили за враћање малолетника у раније социјалну средину у његово укључивање у даљи друштвени живот. Такође, завод или установа у којима се извршавају заводске мере и завода у којима се извршава казна малолетничког затвора дужни су да најмање три месеца пре планираног отпуштања малолетника о томе обавесте родитеље малолетника, усвојиоца или стараоца, односно блиске сроднике са којима је малолетник живео, као и надлежни орган старатељства и предложи им мере које би требало предузети за прихватање малолетника (члан 147). Родитељи, усвојилац или старалац, односно блиски сродник са којим је малолетник живео пре ступања на извршење заводске мере или казне малолетничког затвора, дужан је да о повратку малолетника у породицу обавести надлежни орган старатељства, који пружа малолетнику потребну помоћ (члан 148). Законодавац је детаљније регулисао пружање постпеналне помоћи малолетним делинквентима после отпуштања са извршења заводске васпитне мере, односно казне малолетничког затвора, јер је за разлику од постпеналне помоћи према пунолетним лицима, код малолетника изричито навео у члану 149. врсте постпеналне помоћи: смештај, исхрана, набавка одеће, лечење, помоћ у сређивању породичних прилика, окончање стручног оспособљавања, као и запошљавање малолетника, које, према слову закона, пружа надлежни орган старатељства, када треба посебно да се брине о малолетнику чије су породичне и материјалне прилике несређене, односно о малолетнику без родитеља. Одређене дилеме се јављају приликом тумачења ове законске норме, јер је надлежни орган старатељства дужан да се нарочито брине о малолетнику чије су породичне и материјалне прилике несређене, при чему се таква брига не очекује уколико неки малолетник има несређене породичне или материјалне прилике.

Правилником о кућном реду васпитно-поправног дома (Сл. гласник РС, бр. 71/2006) уређују се одређени облици постпеналне помоћи. Наиме, чланом 91. прописано је да малолетник, по доношењу одлуке суда о обустављању извршења васпитне мере, мора бити подвргнут лекарском прегледу и уколико је малолетник неспособан за пут, на предлог лекара и по одобрењу управника, смешта се у најближу одговарајућу здравствену установу, при чему трошкови лечења за првих тридесет дана сноси дом. Приликом отпуштања из дома малолетнику се исплаћује уштеђевина и новац који је примао током извршења васпитне мере, обезбеђује му средства за превоз да места пребивалишта, односно боравишта, обезбеђује одећу, рубље и обућу, ако нема средстава да је набави без накнаде и по потреби, на предлог васпитача групе, обезбеђује му се једнократна новчана помоћ (члан 93). Иста права у погледу постпеналне помоћи према малолетнику, који се отпушта из завода са издржавања казне малолетничког затвора предвиђена, су и Правилником о кућном реду казнено-поправног завод за малолетнике (Сл. гласник РС, бр. 71/2006).

Интенција законодавца да у свега пар чланова закона и правилника регулише постпеналну помоћ указује на посредан начин успешност пружања исте. Међутим, законодавац је у обавези да се донесе посебан закон којим би се регулисала област постпеналне помоћи, што представља позитиван корак. Ипак, ситуација у пракси је доста лоша, те је неопходно, поред побољшања законских одредби, радити и на промени стања у пракси. Наиме, полазећи од податка да је стопа рецидивизма у Републици Србији око 70%, увиђамо да је систем постпеналне помоћи лоше постављен и да не даје адекватне резултате. Иако је било немогуће утврдити тачан број отпуштених осуђеника, којима је пружен неки од облика постпеналне помоћи, јер се води неконзистентна евиденција, увидом у евиденцију Центра за социјални рад „Свети Сава“ из Ниша дошли смо до резултата да се у свим случајевима пружања постпеналне помоћи, којих је било укупно 240 од 2006. до 2012. године, она састојала у давању једнократне новчане помоћи. У одређеним случајевима пружена је могућност исхране у народним кухињама. На овај начин обесмишљава се најважнији облик третмана, који треба да допринесе спречавању отпуштених осуђеника да поново врше кривична дела. Уједно, Центар за социјални рад „Свети Сава“ суочава се, приликом давања једнократне новчане помоћи, са тиме да се она исплаћује из градског буџета тек месец-два по њеном тражењу од стране отпуштеног осуђеника, што обесмишљава њен карактер хитности. Како је износ новчане помоћи 3.000 динара, а врло често осуђеници имају лична документа, чији је рок важења истекао, од њих се очекује да новац од једнократне новчане помоћи утроше и на издавање личних докумената, што додатно умањује ионако мали новчани износ.

У Центру за социјални рад „Свети Сава“ и Нишу не постоји психолошка подршка бившим осуђеницима, која је веома важна, нарочито код осуђеника који су издржавали дуге казне затвора. Ипак, поједини бивши осуђеници могу добити психолошку помоћ у оквиру Саветовалишта за брак и породицу, али се та психолошка помоћ односи на решавања брачних и породичних несугласица. Иако је Правилником о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица предвиђено да предвиђено је да програм припреме за отпуст почињен најкасније шест месеци пре истека казне, дешавали су се случајеви да управа одређене пенитенцијарне установе ступи у контакт са Центром за социјални рад „Свети Сава“ тек један дан пре дана који је одређен за излазак из затвора одређеног лица. На тај начин обесмишљава се ова одредба и онемогућава се одговарајућа припрема за пружање постпеналне помоћи.

Као проблем код пружања постпеналне помоћи у виду сношења трошкова лечења отпуштених осуђеника у најближу одговарајућу здравствену установу у року од 30 дана од стране пенитенцијарне установе, оправдано се поставља питање шта ће бити са оним осуђеницима који пате од неке теже болести, која захтева дужевременско лечење, а немају никог ко би могао да сноси трошкове лечења.

Ситуација је доста слична и у другим деловима Републике Србије. Наиме, најчешћи облик постпеналне помоћи отпуштеним осуђеницима је давање јед-

нократне помоћи, која у одређеним случајевима може трајати до три месеца. За разлику од Центра за социјални рад „Свети Сава“ у Нишу, поједини центри за социјални рад у АП Војводина пружају и неке друге видове постпеналне помоћи, који се огледају у подршци приликом издавања личних докумената, у давању препорука за запослење, у обезбеђивању привременог смештаја и посла, као и раду са стручњацима разних профила.[16]

У Војводини је свега у 12 градова, према истраживању покрајинског омбудсмана из 2009. године, регулисана постпеналне помоћ локалним актима – Кикинда, Нови Сад, Рума, Бечеј, Ада, Чока, Бачка Паланка, Апатин, Шид, Пећинци и Ириг. Још пет општина издвајају одређена новчана средства за постпеналну помоћ како пунолетним осуђеницима, тако и малолетним делинквентима, иако је немају регулисану одређеним нормативним оквиром – Врбас, Стара Пазова, Суботица, Беочин и Оџаци.

5. Закључак

Примена постпеналне помоћи према отпуштеним осуђеницима у Србији захтева реформу, како би се достигли стандарди везани за овај облик третмана у односу на водеће државе у свету. Наиме, свођење постпеналне помоћи на давање једнократне новчане помоћи обесмишљава пружање подршку осуђенику након изласка из пенитенцијарне установе. О значају давања једнократне новчане помоћи најбоље сведочи став осуђеника из АП Војводине о корисности новчане помоћи у односу на друге облике постпеналне помоћи, који су је рангирали на задњем месту.[17]

Из овога произилази закључак даље реформе постпеналне помоћи у два правца о чему српски законодавац треба да води рачуна приликом доношења посебног закона о постпеналној помоћи. Први правац се огледа у бољем правном оквиру пружања постпеналне помоћи, јер је према садашњим законским нормама није могуће у Закону о извршењу кривичних санкција препознати облике постпеналне помоћи, иако их неки центри за социјални рад са територије АП Војводине препознају и примењују. Стога је неопходно облике постпеналне помоћи изричито предвидети у посебном закону. Полазећи од чињенице да су отпуштени осуђеници хронично суочени са недостатком посла након изласка из пенитенцијарне установе, један од начина реформисања постпеналне помоћи може да буде могућност наставка радног ангажовања отпуштеног осуђеника у оној установи у којој је радио током издржавања казне затвора. Током издржавања казне затвора део осуђеника кида породичне везе са својим најближима, што доводи до тога да по изласку из затвора немају где да живе. Стога неопходно је посебним законом предвидети као облик постпеналне по-

[16] Извештај о резултатима истраживања – Покрајински омбудсман 2010, *Људска права лица лишених слобода,* Retrieved 22, March 2014, from http://www.ombudsmanapv.org/riv/attachments/article/119/ljudska_prava_lica_lisenih_slobode.pdf

[17] Ibidem

моћи организовање смештаја за отпуштене осуђенике, које би могли да користе у одређеном временском периоду. Приликом једног оваквог смештаја неопходно је водити рачуна о томе да у колективном смештају не буду истовремено отпуштени осуђеници који имају одређене несугласице и сукобе, што може резултирати извршењем насилних кривичних дела.

Давање једнократне новчане помоћи често губи сврху, јер отпуштени осуђеници уместо да тим новцем купе одређену количину хране, набављају психоактивне супстанце, јер је према неким истраживањима 80% осуђеника зависно од употребе психоактивних супстанци. Један од начина превазилажења овог проблема је давање купона отпуштеним осуђеницима, којим би могли да у великим трговинским радњама да купе прехрамбене производе у тачно одређеном износи, при чему немају могућност да купе алкохолна пића.

Уједно, као облик постпеналне помоћи посебним законом треба предвидети и ангажовање стручњака разних профила под окриљем новоосноване службе за супортивни третман, који би давањем савета помагали отпуштеним осуђеницима, нарочито онима који су издржали вишегодишње казне затвора, с циљем решавања свакодневних стресних ситуација.

У претходном делу рада споменули смо проблем код издавања личних докумената, те је стога, са циљем његовог превазилажења, неопходно предвидети посебним законом могућност да се на терет центра за социјални рад изваде потребна лична документа отпуштеним осуђеницима. Лечење одређених болести захтева дужи временски период, те је стога неопходно изменити постојећу одредбу Закона о извршењу кривичних санкција и предвидети да тешко болесни отпуштени осуђеници имају право да се лече о трошку државе и након протека 30 дана, уколико немају таквих могућности и уколико рођаци одређеног степена сродства немају довољно новчаних средстава.

Последица законског нормирања разних облика постпеналне помоћи треба да буде знатно веће издвајање новца државе. На тај начин омогућило би се остваривање другог правца у реформисању постпеналне помоћи. Наиме, предвиђање предложених облика постпеналне помоћи или још неких других остало би мртво слово на папиру без одговарајуће финансијске подршке државе, јер је за државу много боље радити на превенцији извршења нових кривичних дела од стране отпуштених осуђеника, него плаћати цео пенитенцијарни систем, како би се извршила казна затвора.

Библиографија

Ashton, E. T., Young A. F. (1956). *British Social Work in the Nineteenth Century*. London: Routlegde & Kegan Paul

Brown, A. (2003). *English Society and the Prison: Time, Culture, and Politics in the Development of the Modern Prison, 1850-1920.* Suffolk: The Boydell Press

Bryans, S., Martin, C., Walker, R. (2002). *Prisons and the Voluntary Sector: A Bridge into the Community.* Winchester: Waterside Press

Cross, R. (1971). *Punishment, Prison and the Public*. London: Stevens & Sons

Hirschel, D., Wakefield, O. W., Sasse, S. (2008).Criminal Justice in England and the United States. Sudbury: Jones & Bartlett Publishers

Joyce, P., Wain, N. (2010). *A Dictionary of Criminal Justice*. Oxon: Routledge

McConville, S. (1995). *English Local Prisons, 1860-1900: Next Only to Death*. London: Routledge

Newman, G., Brown, L., (1997). *Britain in the Hanoverian Age, 1714-1837: An Encyclopedia*. New York: Routledge

Prochaska, F. K. (2003). *Women and Philanthropy in Nineteenth-century England*. Oxford: Oxford University Press

Roth, M. (2006). *Prisons and Prison Systems: A Global Encyclopedia*. Westport: Greenwood Press

Закон о извршењу казни, мера безбедности и васпитно-поправних мера, Службени лист ФНРЈ, бр. 47/51

Закон о извршењу кривичних санкција, Сл. гласник РС, бр. 16/97 и 34/2001 - други закон

Закон о извршењу кривичних санкција, Службени гласник Социјалистичке Републике Србије, бр. 26/77, 50/84, 46/86 и 16/86

Закон о извршењу кривичних санкција, Службени лист ФНРЈ, бр. 24/61

Закон о извршењу кривичних санкција, Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 72/2009 и 31/2011

Закон о малолетним извршиоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Сл. гласник РС, бр. 85/2005

Закона о социјалној заштити, Сл. гласнику РС, бр. 24/2011

Закону о извршењу кривичних санкција, Сл. гласник РС, бр. 55/2014

Извештај о резултатима истраживања – Покрајински омбудсман 2010, *Људска права лица лишених слобода,* Retrieved 22, March 2014, from http://www.ombudsmanapv.org/riv/attachments/article/119/ljudska_prava_lica_lisenih_slobode.pdf

Константиновић Вилић, С., Костић, М. (2011). *Пенологија*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу

Константиновић Вилић, С., Костић, М. (2013). *Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу

Костић, М., Димовски, Д. (2011). Постпенална помоћ као облик третмана и/или криминалнополитичка мера (простор и начини њене примене). У *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (стр. 23-40). Ниш: Правни факултет у Нишу

Милутиновић, М. (1981). *Пенологија*. Београд: Савремена администрација

Милутиновић, М. (1985). *Пенологија*. Београд: Савремена администрација

Правилник о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора, Сл. гласнику РС, бр. 72/2010 и 6/2012

Правилником о кућном реду васпитно-поправног дома, Сл. гласник РС, бр. 71/2006

Правилником о кућном реду казнено-поправног завод за малолетнике, Сл. гласник РС, бр. 71/2006

Правилнику о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица, Сл. гласнику РС, бр. 72/2010

Darko Dimovski, LLD*

Post-penal help as a form of treatment

Abstract: Author is, starting from different definition of penology, pointed out that the post-penal help one of its most important parts, because many penologists emphasized the importance of post-penal help of its by mentioning directly or indirectly in the definition of penology. In further work, the author paid special attention to analyzing the emergence and development of post-penal help, as a form of treatment in England, because it is the state in which they made the first steps towards assisting prisoners after leaving the penitentiary institutions. How by the Law of enforcement, security measures and correctional measures from the 1951 had been first introduced postpenal protection of released convicts in the former SFRY, the author analyzed the provisions of this Act relating to post-penal help. At the same time, all laws of enforcement criminal matter in our country are viewed through the prism of post penal assistance. At the end of the paper the author presents the definition of proposals related to the system of post penal assist the Republic of Serbia, with a view to its improvement.

Keywords: treatment, post-penal help, historical development.

* Assistant professor, Faculty of Law, University of Niš

Мр sc. Милорад Барашин,
тужилац у Тужилаштву/Тужитељству Босне и Херцеговине,
докторанд, Паневропски универзитет
“Апеирон” Бања Лука

НАЧИН РЈЕШАВАЊА ПРИГОВОРА/ ПРИТУЖБИ НА ОДЛУКЕ ТУЖИЛАЦА У КОНТЕКСТУ УНУТРАШЊЕГ ФУНКЦИОНИСАЊА ТУЖИЛАШТАВА

Апстракт: Реформом кривичног законодавства у Босни и Херцеговини уводи се институт приговора/притужбе као правног средства против одлука тужилаца којим се окончава истрага. Почиње се примјењивати 2003. године. Ради адекватног сагледавања овог правног средства потребно се укратко осврнути на постојећа законска рјешења која регулишу ову материју. Из тог разлога осврнућемо се на врсте одлука против којих се подносе притужбе/приговори, надлежност за рјешавање по поднесеним притужбама/приговорима и на сам начин рјешавања по уложеним притужбама/приговорима са аспекта унутрашњег функционисања тужилаштва.

Кључне ријечи: главни тужилац (уред главног тужиоца), тужилац, истрага, наредба, наредба о неспровођењу истраге, наредба о обустави истраге, притужба/приговор, одлука.

I
НОРМАТИВНО ДЕФИНИСАЊЕ ПРИТУЖБЕ/ПРИГОВОРА

Притужба/приговор као правно средство у ЗКП-у Босне и Херцеговине, дефинише се чланом 216. став 4. и то у оквиру члана који носи назив **“Наредба о спровођењу истраге”.**

Члан 216.

Наредба о спровођењу истраге

(1) Тужилац наређује спровођење истраге ако постоје основи сумње да је извршено кривично дјело.

(2) О спровођењу истраге доноси се наредба, која садржи: податке о починиоцу кривичног дјела уколико су познати, опис дјела из којег произилазе законска обиљежја кривичног дјела, законски назив кривичног дјела, околности које потврђују основе сумње за спровођење истраге и постојеће доказе. У наредби тужилац ће навести које околности треба истражити и које истражне радње треба предузети.

(3) Тужилац неће наредити спровођење истраге ако је из пријаве и пратећих списа очигледно да пријављено дјело није кривично дјело, ако не постоје основи сумње да је пријављено лице учинило кривично дјело, ако је наступила застарјелост или је дјело обухваћено амнестијом или помиловањем или ако постоје друге околности које искључују кривично гоњење.

(4) О неспровођењу истраге, као и о разлозима за то, тужилац ће обавијестити оштећеног и подносиоца пријаве у року од 3 (три) дана. Оштећени и подносилац пријаве имају право поднијети притужбу у року од 8 (осам) дана уреду тужиоца.[1]

Члан 216. дефинише ситуације када тужилац доноси наредбу о спровођењу истраге, шта наредба о спровођењу истраге треба да садржи, ситуације у којима тужилац доноси наредбу да се истраге неће спроводити. Након изношења ових ситуација, законодавац у посљедњем ставу 4. овога члана прописује да ће о неспровођењу истраге, као и разлозима за то, тужилац обавијестити оштећеног и подносиоца пријаве у року од 3 (три) дана од дана доношења наредбе, који имају право поднијети притужбу/приговор од 8 (осам) дана од дана пријема обавјештења уреду главног тужиоца.

Законодавац, осим појма притужбе/приговора и права на притужбу/приговор, рока у којем се исти може поднијети, те надлежности уреда главног тужиоца о рјешавању по истом, не садржи ниједну одредбу о карактеру овог правног средства, начину поступања по истом, као и врсте одлука о наведеном правном средству.

Може се закључити да је само дефинисање овог правног лијека исувише неразумљиво, није адекватно разрађен начин подношења, одлучивања, затим и многа друга питања која се могу везати за правне лијекове.

Законодавац одредбама члана 224. ЗКП-а БиХ прописује ситуације у којима тужилац доноси наредбу о обустави истраге, те ставом 2. овог члана обавезује тужиоца да о истом обавијести оштећеног који има иста права као чланом 216. ЗКП-а БиХ, те осумњиченог уколико је исти испитан и лице које је пријавило кривично дјело.

Члан 224. ЗКП-а БиХ

Обустава истраге

(1) Тужилац ће наредбом обуставити истрагу уколико се установи да:

а) дјело које је учинио осумњичени није кривично дјело,

[1] Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, Службени гласник Босне и Херцеговине 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13

b) постоје околности које искључују кривичну одговорност осумњиченог осим у случају из члана 206. овог закона,

c) нема довољно доказа да је осумњичени учинио кривично дјело,

d) је дјело обухваћено амнестијом, помиловањем или застаром, или постоје друге сметње које искључују кривично гоњење.

(2) О обустави истраге као и о разлозима за обуставу истраге тужилац ће у писменој форми обавијестити оштећеног који има права предвиђена чланом 216. овог закона као и осумњиченог ако је испитан и лице које је пријавило кривично дјело.

(3) Тужилац, у случајевима из става (1) тачке ц) овог члана, може поново отворити истрагу ако се добију нове чињенице и околности које указују да постоје основи сумње да је осумњичени учинио кривично дјело.[2]

Узимајући у обзир напријед наведено, право на притужбу/приговор у ситуацији ако тужилац одлучи да не спроводи истрагу припада оштећеном и подносиоцу пријаве, док у случају ако тужилац обустави истрагу из разлога предвиђених законом, право приговора/притужбе припада оштећеном, док стриктним тумачењем одредби члана 224. ЗКП-а БиХ није јасно да ли ово право припада подносиоцима пријаве.

С обзиром на напријед наведено, ситуације у којима се може поднијети притужба/приговор су сљедеће:

а) када тужилац доноси наредбу о неспровођењу истраге ако је из пријаве и пратећих списа очигледно да пријављено дјело није кривично дјело, ако не постоје основи сумње да је пријављено лице починило кривично дјело, ако је наступила застарјелост или је дјело обухваћено амнестијом или помиловањем или ако постоје друге околности које искључују кривично гоњење;

b) када тужилац наредбом обустави истрагу уколико установи да: дјело које је учинио осумњичени није кривично дјело, постоје околности које искључују кривичну одговорност осумњиченог, ако нема довољно доказа да је осумњичени починио кривично дјело, те ако је дјело обухваћено амнестијом или помиловањем или ако постоје друге сметње које искључују кривично гоњење.

Новом улогом тужиоца као органа откривања и гоњења учинилаца кривичних дјела, дата му је могућност да својом одлуком оконча истрагу и у том случају право на притужбу/приговор се поставља на сасвим другачији начин. Како је већ наведено, притужба/приговор дефинише се на посебан начин, а о институту притужбе/приговора аутори коментара Закона о кривичном поступку нису написали нити једну реченицу. С обзиром на нова тужилачка овлашћења и на обавезе главног тужиоца да одлучује о приговору/притужби, да доноси одлуке о истима, овај правни институт требао би да буде детаљније разрађен. Појам притужбе/приговора за разлику од жалбе у правној теорији подразумије-

[2] Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, Службени гласник Босне и Херцеговине 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13

ва правни лијек који нема деволутивно дејство, не заснива надлежност неког другог вишег органа - Суда, него правно средство у којем одлучује руководилац органа који је донио одлуку против које се притужба/приговор подноси. Притужба/приговор није у цијелости деволутиван правни лијек из једног простог разлога - јер о истом одлучује, као што је већ наведено, руководилац органа - у овом случају главни тужилац.

Законодавац не прописује на који начин се поступа са поднесеним притужбама/приговорима, нити прописује врсту одлуке која се доноси по истом. Ово ствара огромне проблеме у пракси. Свјесни смо чињенице да постоје веома осјетљиве и изазовне истраге у којима тужилац, служећи се својим тужилачким увјерењем заснованим на закону, може доносити јавно тужилачке одлуке као што су: наредба о неспровођењу истраге или наредба о обустави истраге против којих се подносе притужбе/приговори. Када закон не прописује, а правна норма не предвиђа како поступати у оваквим ситуацијама, само се може претпоставити у каквим ситуацијама се могу наћи главни тужилац и његов уред рјешавајући по овом правном лијеку. Очигледно је да се ту појављују одређени недостаци, мањкавости, а поставља се и једно врло озбиљно, а и сложено питање - да ли један човјек у личности главног тужиоца, без обзира колики уред имао, може све квалитетно, благовремено ишчитати, анализирати и након тога донијети ваљане и законите одлуке у сложеним и компликованим предметима? То је један огроман проблем, јер о свим другим редовним и ванредним правним лијековима одлучује законом прописан већи број стручних лица (судија).

II
ПОСТУПАЊЕ ПО ПРИТУЖБИ/ПРИГОВОРИ

Главни тужилац и његов уред, када приме притужбу/приговор, дужни су да затраже предмет од тужиоца против чије одлуке је поднесена притужба/приговор, прво ради утврђивања благовремености, затим ради упознавања са свим чињеницама и околностима како би био у могућности да приступи испитивању, анализирању и рјешавању притужбе/приговора.

Врло битно питање је да ли главни тужилац може и на који начин прибавити потребна изјашњења од поступајућег тужиоца. Овакав проблем имао сам у предмету Вахид Алагић и други, док сам обављао дужност главног тужиоца, јер је по уложеном приговору тужилац који је радио на том предмету створио у датом тренутку одређене проблеме, јер се осјећао повријеђеним што је од њега тражено изјашњење приликом одлучивања по приговору. Одговор је био: "Све се налази у том спису". Законодавац, како је даље истакнуто, није прописао одредбе о поступку рјешавања притужбе/приговора, али поштујући процесна начела о независности и непристрасности, те цијенећи да се ради о поступању по правном лијеку против одлуке тог тужиоца, ово питање врло често долази до изражаја. Као што смо већ навели да се ради о правном средству које нема деволутивно дејство, могло би се доћи и до супротног закључка. Уважавајући

институцију главног тужиоца, а поштујући начела професионалне етике и независности и непристрасности у поступању, мишљења смо да главни тужилац не би требао тражити изјашњења поступајућег тужиоца у погледу његове слободне оцјене, док у питању одређених чињеничних разјашњења, главни тужилац може тражити потребна појашњења са напоменом да води рачуна о слободном тужилачком увјерењу као основном елементу независног и непристрасног одлучивања.

Законом није прописан рок у ком је потребно ријешити притужбе/приговоре. Ово је једна огромна мањкавост и по мени озбиљан правни недостатак у раду по овом правном лијеку. Многи сматрају да је потребно приликом одлучивања водити рачуна о разумном року, поштовати начело разумног рока и по притужбама/приговорима поступати у том смислу. Овдје је потребно напоменути да постоје тужилачки предмети у којима је предузето мноштво истражних радњи, саслушан је велики број свједока, обављена су обимна вјештачења, прикупљен је велики број документације. У таквим предметима је главном тужиоцу потребно много више вријеме да се упозна с предметом како би био у могућности донијети одлуку по притужби, односно приговору. Ово истичемо са аспекта искуства у одређеним, компликованим и сложеним предметима који изазивају посебну пажњу босанско-херцеговачке јавности, а ти предмети су предмети ратног злочина (**Тузланска колона, Добровољачка, Мехмедовић и други**), који већ дужи временски период стоје, а о истима није донесена одлука. У овом случају врло битно питање је питање разумног рока и шта је то разумни рок и како и на који начин га дефинише Европска конвенција о основним људским правима и слободама. Уопште, шта је то разумни рок и да ли се он поштује ако је од уложене притужбе/приговора протекло више година. Сматрамо да у оваквим ситуацијама главни тужилац, који је дужан извршавати своје свакодневне надлежности у погледу функционисања тужилаштва у сложеним турбулентним временима, а посебно у сложеној ситуацији када је у питању рјешавање ових притужби/приговора и поступање у оваквим предметима захтијева дужи временски период.

Када су у питању форма и врсте одлука које се могу донијети у поступку рјешавања по притужбама/приговорима, одредбе ЗКП-а не дају никаква рјешења у том погледу. Када је у питању форма одлуке потребно је јасно знати да ли одлука треба бити у форми рјешења или неке друге процесне одлуке.

Главни тужилац може донијети сљедеће одлуке по притужбама/приговорима:

1. одбацити притужбу као недопуштену у ситуацијама када иста није поднесена против одлука о неспровођењу или обустави истраге или када је поднесена из разлога у којима закон није прописао да се притужба може поднијети;

2. одбацити притужбу као неблаговремену, с обзиром да је предвиђен законски рок за подношење исте, те ако се притужба поднесе након протека тог рока иста је неблаговремена;
3. одбити притужбу као неосновану када утврди да је поступајући тужилац поступио у складу са законом и дошао до правилног закључка у доношењу јавне тужилачке одлуке;
4. уважити притужбу као основану и наложити отварање истраге или наставак истраге.

"Сасвим је јасно да се у прве двије ситуације ради о процесним одлукама без разматрања меритума притужбе, те је у тим случајевима потребно одбацити притужбу, док се у друге двије ситуације Главни тужилац упушта у меритум притужбе – ту је кориштен термин одбити, односно уважавање притужбе као основане.

Такође, у ситуацији када Главни тужилац уважи притужбу, потребно је размотрити шта ће наложити поступајућем тужиоцу. Ово питање је потребно рјешавати у контексту чињенице против које одлуке је притужба поднесена. Стога, уколико је притужба поднесена против одлуке о неспровођењу истраге, неопходно би било да Главни тужилац наложи поступајућем тужиоцу да донесе наредбу о спровођењу истраге, а уколико је притужба поднесена против одлуке о обустави истраге, Главни тужилац ће наложити поступајућем тужиоцу да настави истрагу, с тим да би у овом случају у зависности од осталих околности било потребно и указати које радње је потребно предузети у наставку истраге.

Коначно, потребно се осврнути и на питање коме се достављају одлуке Главног тужиоца по притужби. Пошто је кориштена законска формулација да је тужилац о одлукама о неспровођењу истраге, као и о обустави истраге, дужан обавијестити оштећеног као и подносиоца пријаве, може се извући закључак да је Главни тужилац дужан обавијестити подносиоца притужбе о одлуци по притужби, а да није дужан доставити своју одлуку, пошто су и саме истраге у начелу тајне. "[3]

III
ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Притужбе/приговори на одлуке поступајућих тужилаца у процесном законодавству које се примјењују од 2003. године, у истрази којом тужилац управља, морају се детаљније обрађивати, мора им се придати већи значај, а нарочито када се узму у обзир обимни предмети који изазивају посебну пажњу јавности, а у контексту унутрашњег функционисања тужилаштва. Неопходно је унаприједити интерне процедуре ради поступања по истима.

[3] Барашин, Хасанспахић: Притужба/приговор, Правна мисао, Бања Лука 2007;

Потребно је побољшати законска рјешења и уз нове интерне процедуре у сложенијим предметима олакшати ситуацију главном тужиоцу у поступању по притужбама/приговорима, а посебно водити рачуна да се очува независност и непристрасност поступајућег тужиоца, као и главног тужиоца, поштовати законитости у поступању, права оштећених и права подносилаца пријава.

Summary: Criminal Legislation Reform in Bosnia and Herzegovina introduced the institute of appeals/complaints as a remedy against the decisions of prosecutors to terminate the investigation. Its application commenced in 2003 and for proper consideration of the remedy it is necessary to briefly review the existing legal provisions that regulate this matter. For this reason we will look at the types of decisions against which one can lodge an appeal/complaint, jurisdiction to decide on the lodged appeals/complaints and the very way of dealing with lodged appeals/complaints in terms of internal operation of the Prosecutor's Office.

Keywords: Chief Prosecutor (Appeals Office of the Chief Prosecutor), Prosecutor, investigation, order, order on non-initiation of an investigation, order to suspend an investigation, appeal/complaint, decision.

IV
ЛИТЕРАТУРА

1. Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, Службени гласник БиХ 3/03,32/03,36/03,26/04,63/04,13/05,48/05,46/06,76/06,29/07,32/07,53/07,76/07,15/08,58/08,12/09,16/09, 93/09,72/13;
2. Барашин, Хасанспахић: Притужба/приговор, Правна мисао, Бања Лука 2007;

Mr Milorad Marković,
istraživač na Institutu za pravne studije
Podgorica

PRAVA BRANIOCA KAO SUBJEKTA KRIVIČNOG POSTUPKA

1. Uvodne napomene

Zakonikom o krivičnom postupku[1] je u potpunosti izmijenjen model prvostepenog krivičnog postupka u dijelu istrage i predistražne faze, koje su predate u ruke javnom tužiocu i policiji i u kojim je uloga odbrane značajno izmijenjena, u dijelu glavnog postupka koji je sada adverzalni i eliminisanjem načela materijalne istine iz krivičnog postupka. Postavlja se pitanje, u kojoj mjeri i na koji način će novi sistem krivičnog postupka uticati na već ustanovljene standarde poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda u uslovima nepromijenjenih faktičkih okolnosti i institucionalnog okvira. Kako materijalna istina više nije princip krivičnog postupka, načelo pravičnosti mora biti izdignuto na najveći mogući nivo. Pravičnost suđenja je nezamisliva bez postojanja prava na stručnu pomoć branioca.

Prava branioca uslovljavaju njegovu poziciju u krivičnom postupku, a samim tim i djelotvornost pružene odbrane. Kako je osnovna uloga branioca da pruži stručnu pomoć okrivljenom u krivičnom postupku, jedan dio njegovih prava proizilazi iz te činjenice. Zakonodavac je propisao da branilac ima *pravo da **u korist** okrivljenog preduzima sve radnje koje može preduzeti okrivljeni*[2]. To znači da takva prava branioca izviru, odnosno proizilaze iz opšteg prava na odbranu okrivljenog.[3] Ova činjenica uslovljava branioca sa dvije ograničavajuće obaveze. Prva se odnosi na voljni momenat okrivljenog u pogledu radnji koje branilac treba da preduzme u krivičnom postupku. *Branilac nema pravo da preduzima radnje u krivičnom postupku protivno volji okrivljenog*, što ne znači da mu je u svakom konkretnom slučaju potrebna izričita zaglasnost okrivljenog.[4] Posjedovanje punomoćja pretpostavlja da branilac ima saglasnost da u postupku preduzima sve one radnje koje može preduzeti i okrivljeni, kao i one koje su propisane isključivo za branioca. Međutim, ukoliko postoji izričito protivljenje okrivljenog bra-

[1] "Službeni glasnik RS" br. 72/11, 101/11 i 121/12.
[2] Vidi član 71. stav 1. tačka 5., Zakonika
[3] M. Škulić, Krivično procesno pravo, Pravni fakultet, Beograd 2012., str. 165.
[4] *Ibidem.*

nilac ne smije suprotno njegovoj volji preduzeti radnju, bez obzira što ne preduzimanje te radnje ide na štetu[5] okrivljenog. Od ovog pravila postoji izuzetak kada je optuženom izrečena kazna zatvora u trajanju od trideset do četrdeset godina. Branilac i lica koja u korist okrivljenog mogu izjaviti žalbu i bez posebnog ovlašćena, u ovom slučaju mogu to učiniti i suprotno volji okrivljenog[6]. Uslovljavanje svih braniočevih radnji u postupku izostankom negativno izražene volje optuženog, dovodi u opasnost osnovnu funkciju formalne odbrane, u slučaju da okrivljeni izražava volju suprotnu zakonu i dužnostima advokata. Svako ukidanje distinkcije između dužnosti koje nameće profesionalni integritet i široke slobode koja pripada laičkim procesnim raspolaganjima okrivljenog, prijeti da branioca pretvori u puko oruđe klijenta.[7]

Druga obaveza branioca je da radnje koje preduzima u krivičnom postupku preduzima isključivo u korist okrivljenog, što je jasno propisano u odredbi člana 71. stav 1. tačka 5., a i što proizilazi iz već istaknutog osnova njegovog postupanja. Ova obaveza proizilazi i iz dužnosti branioca da pomoć u odbrani pruža stručno, savjesno i blagovremeno. Ukoliko branilac preduzima ili se uzdržava od preduzimanja određenih radnji u postupku a to postupanje ne ide u korist odbrane, bez obzira da li je to posledica subjektivnog odnosa branioca ili njegovih sposobnosti, sud je dužan da obezbijedi djelotvornost odbrane. Ovo iz razloga što je pravo na odbranu okrivljenog veće od prava branioca da postupa u konkretnom postupku. Zloupotreba prava od strane branioca je nedopustiva, naročito kada ona ide na štetu odbrane okrivljenog.

Osim prava koja proizilaze iz prava okrivljenog na odbranu, braniocu su zagarantovana i druga prava koja branilac ima kao subjekt krivičnog postupka[8]. Od zastupljenosti i slobode uživanja ovih prava u velikoj mjeri zavisi kvalitet i djelotvornost odbrane koju branilac pruža u konkretnom krivičnom postupku. Ovo posebno ukoliko se imaju u vidu adverzalna priroda krivičnog postupka i tužilačka istraga kao novi koncepti krivičnog procesnog prava u Srbiji.

2. Pravo na povjerljiv razgovor sa okrivljenim

Shodno odredbi člana 71. stav 1. tačka 1. branilac ima pravo da sa uhapšenim, prije njegovog prvog saslušanja, obavi povjerljiv razgovor. Povjerljiv razgovor podrazumijeva da se kontrola razgovora može vršiti samo gledanjem ali ne i slušanjem.[9] Od ključnog značaja za cjelokupnu pripremu odbrane je da branilac prije nego li okrivljeni bude saslušan sa njim obavi razgovor. Na osnovu obavljenog razgovora i uvida u krivičnu prijavu i dokaza koji su dozvoljeni da branilac u tom trenutku bude upoznat, može u određenoj mjeri percipirati poziciju okrivljenog, prema tome graditi strategiju odbrane i savjetovati mu način i u kojoj mjeri će dati

[5] Goran P. Ilić, (et.al.), Komentar zakonika o krivičnom postupku, Službeni glasnik, Beograd 2012, str. 214, 215.

[6] Vidi član 433. stav 6., Zakonika

[7] Više o tome, S. Beljanski, *"Položaj branioca i odnos prema advokaturi u novom zakoniku o krivičnom postupku"*, Branič, br.1-2. 2007. str. 50-60.

[8] Op.cit., M. Škulić, Krivično procesno pravo, str. 166.

[9] Vidi član 69. stav 1. tačka 2. Zakonika.

iskaz prilikom prvog saslušanja. Posebno je bitno imati u vidu i činjenicu da kada saslušanje okrivljenog započne branilac nije u mogućnosti da mu sugeriše[10] na koji način će odgovoriti na postavljeno pitanje. ESLjP je kroz više presuda[11] istakao stav da koncept pravičnosti sadržan u članu 6. Konvencije zahtijeva da osumnjičeni ima koristi od pomoći advokata već u inicijalnoj fazi policijskog ispitivanja. Na početku policijskog isleđivanja okrivljeni se suočava sa fundamentalnom dilemom svoje odbrane. Ukoliko se odluči braniti ćutanjem mogu izvući nepovoljni zaključci po njega. S druge strane, ako se optuženi odluči da prekine ćutanje tokom saslušanja, dovodi u rizik svoju odbranu bez mogućnosti uklanjanja zaključaka koji se mogu izvući protiv njega. Shodno tome, bez obzira na moguće opravdanje ograničenja prava na povjerljiv razgovor – nekompatibilno je sa pravima osumnjičenog garantovanim članom 6.[12] *Pravo na povjerljiv razgovor između branioca i okrivljenog prije prvog saslušanja predstavlja garanciju da okrivljeni neće dati izjavu koja bi bila samooptužujuća (self-incriminating statements)[13] i ukoliko bi se do takvih izjava došlo bez prethodnog pristupa braniocu, odbrana okrivljenog bi bila nepovratno narušena.* Zakonodavac nije predvidio bilo kakva ograničenja prava branioca da sa uhapšenim, prije njegovog saslušanja, obavi povjerljiv razgovor. Određena ograničenja mogu uzročno posledično proisteći iz ograničenja drugih prava branioca, o čemu će riječi biti dalje u radu. ESLjP je u prethodno navedenom predmetu iznio stav da pravo pristupa advokatu prije prvog saslušanja može biti ograničeno, ali samo ako zbog posebnih okolnosti konkretnog slučaja postoje opravdani razlozi. Međutim, takva ograničenja, bez obzira na okolnosti koje ih opravdavaju, **ne smiju prekomjerno narušiti prava okrivljenog** iz člana 6. Konvencije, kao što je to slučaj sa hrvatskim zakonom kojim je predviđena mogućnost nadzora razgovora branioca i okrivljenog kao i slučajevi kada se ovaj razgovor može i prekinuti.[14]

3. Pravo na čitanje krivične prijave, zapisnika o uviđaju i nalaz i mišljenje vještaka

Prema zakoniku iz 2001. godine branilac je imao pravo da *neposredno prije prvog saslušanja osumnjičenog pročita krivičnu prijavu i zahtjev za sprovođene istrage*. Novim zakonikom usled promjene koncepta istrage branilac je uskraćen za čitanje zahtjeva za sprovođene istrage, i priloga koji su išli uz njega. Kako ne postoji obaveza da se uz krivičnu prijavu prilože i dokazi, a u situaciji nepostojanja zahtjeva

[10] Odredba koja je u prethodnom Zakoniku bila dio člana kojim su regulisana prava branioca, a kojom se braniocu zabranjivala mogućnost dogovaranja sa okrivljenim o tome kako da odgovara na pitanja koja su mu već postavljena, nije uvrštena u novi Zakonik. Međutim, odredbom člana 398. stav 6. predviđeno je da optuženi ima pravo da se u toku glavnog pretresa savetuje sa svojim braniocem, ali se ne može sa svojim braniocem, ili sa bilo kojim drugim licem, *dogovarati o tome kako će odgovoriti na već postavljeno pitanje*.

[11] *Ocalan protiv Turske*, 12. мај 2005.

[12] *Murray protiv Velike Britanije*, 8. фебруар 1996.

[13] *Salduz protiv Turske*, 27. новембар 2008.

[14] Vidi član 75. stav 2. Zakona o kaznenom postupku Hrvatske.

za sprovođenje istrage, koji je imao svoju obaveznu sadržinu, može se zaključiti[15] da je braniocu i okrivljenom u pogledu upoznavanja sa dokazima djelimično ograničeno pravo. Zakonodavac nije predvidio mogućnost čitanja i priloga koji idu uz ***krivičnu prijavu, osim zapisnika o uviđaju i nalaza i mišljenja vještaka***.[16] Ograničenjem prava branioca na čitanje samo krivične prijave i priloga u vidu zapisnika o uviđaju i nalaza i mišljenja vještaka, bez ostalih priloga koji u tužilačkoj istrazi mogu biti mnogobrojni predstavlja redukovanje prava odbrane koje nema procesno-pravno utemeljenje[17]. Da pročita krivičnu prijavu, zapisnik o uviđaju i nalaz i mišljenje vještaka branilac ima pravo ***neposredno*** *prije prvog saslušanja* **osumnjičenog** (član 71. stav 1. **tačka 2**). Međutim, u tački 1. istog stava predviđeno je pravo branioca da sa **uhapšenim**[18], ***prije prvog saslušanja***, obavi povjerljiv razgovor. Prema redoslijedu i načinu na koji su postavljene ove dvije odredbe moglo bi se doći do zaključka, a nije isključeno da će u praksi takvo tumačenje biti nerijetko, da branilac ima pravo na povjerljiv razgovor sa osumnjičenim prije prvog saslušanja, a da pravo na čitanje krivične prijave ima tek nakon povjerljivog razgovora sa okrivljenim i *neposredno* prije njegovog saslušanja. Ovako postavljena norma u odnosu na dokazni materijal u koji branilac ima pravo uvida i procesnog trenutka kada to može učiniti u direktnoj suprotnosti je sa pravom[19] okrivljenog da ima dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane. Branilac koji nema mogućnost da se u dovoljnoj mjeri upozna sa dokazima koji se okrivljenom stavljaju na teret, prije nego što sa njim obavi povjerljiv razgovor, a pri tome nema mogućnost da okrivljenog posavjetuje u odnosu na sve okolnosti bitne za njegovu odbranu u suprotnosti su sa pravom na pristup braniocu. Na ovaj način se branilac direktno onemogućava da okrivljenom pruži djelotvornu odbranu i svakako je ugroženo i pravo branioca da obavi povjerljiv razgovor sa okrivljenim prije prvog saslušanja (član 71. stav 1. tačka 1.), u smislu prednje navedenih odluka[20] ESLjP.

Ova norma bi nužno morala biti izmijenjena na način da garantuje ravnopravnost stranaka i nesmetanu komunikaciju branioca i okrivljenog prije prvog saslušanja.

4. Pravo na razmatranje spisa i razgledanje predmeta

Jedna od konkretizacija prava okrivljenog da mu se osigura dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane jeste i pravo branioca i okrivljenog ***da raz-***

[15] Op.cit., G. P. Ilić, (et.al.), Komentar zakonika o krivičnom postupku, str. 211.
[16] Vidi član 71. stav1. tačka 2. Zakonika
[17] J. Tintor, "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)", tekst u zborniku "Branilac kao subjekt reformisanog krivičnog postupka" (ur. S. Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor – Beograd, 2012., str 246.
[18] Ukoliko je shodno članu 2. stav 1. tačka 1. osumnjičeni lice prema kome je zbog postojanja osnova sumnje da je učinilo krivično delo nadležni državni organ u predistražnom postupku preduzeo radnju propisanu ovim zakonikom, možemo poistovijetiti lice iz člana 71. stav 1. tačka 1. (uhapšenog) i lice iz istog člana i stava, tačka 2. (osumnjičenog).
[19] Vidi član 68. stav 1. tačka 7. Zakonika
[20] *Ocalan protiv Turske*, 12. Maj 2005.; *Murray protiv Velike Britanije*, 8. februar 1996.; *Salduz protiv Turske*, 27. novembar 2008.

matraju spise i razgledaju predmete koje služe kao dokaz. Ovo pravo branilac i okrivljeni stiču posle donošenja naredbe o sprovođenju istrage ili posle neposrednog podizanja optužnice, a i prije toga ako je okrivljeni saslušan, u skladu sa odredbama zakona.[21] Javni tužilac je dužan da ***omogući u roku dovoljnom za pripremanje odbrane*** (član 303. stav1.) razmatranje spisa i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz. Ovo pravo branilac i okrivljeni mogu koristiti samo u prostorijama tužilaštva i policije. Šta će u takvim uslovima podrazumijevati vrijeme dovoljno za pripremu odbrane, u smislu razmatranja spisa i razgledanja dokaza, procjenjivaće **javni tužilac, protivna strana**. Predlogom izmjena i dopuna 2012. predloženo je i pravo branioca na kopiranje ili snimanje spisa[22], što bi u određenoj mjeri riješilo problem mogućeg ograničenja, u dijelu vremena dovoljnog da se branilac upozna sa spisima i dokazima koji terete okrivljenog. U dosadašnjoj praksi pokazalo se da su transkripti snimljenih razgovora izuzetno obiman i složen materijal, koji zbog osobenosti te vrste komunikacija (korišćenje žargona, nedovršenih rečenica, nadimaka, poštapalica, šifrovanih poruka) iziskuje pažljivu i detaljnu analizu. Nije teško zaključiti da se zabranom kopiranja spisa branilac dovodi u potpuno neravnopravan položaj sa tužiocem i lišava mogućnosti da se temeljno pripremi i aktivno prati tok postupka.[23] U crnogorskom i hrvatskom zakoniku propisano je pravo branioca da kopira spise predmeta.[24]

Nakon podizanja optužnice branilac stiče pravo na uvid u kompletne spise i dokaze.[25] Njemačka na sličan način reguliše ovo pravo branioca, koje je tek od 2000. godine dobio i okrivljeni. Nakon istrage ne postoji ograničenja u razgledanju spisa, dok je u toku istrage moguće uskratiti braniocu uvid u spise i dokazni materijal, ako bi to moglo ugroziti svrhu istrage.[26]

Imajući u vidu odnosne norme ne postoji samo mogućnost vremenskog ograničenja prava branioca i okrivljenog da razmatraju spise i razgleda predmete kada to pravo steknu, dakle bez mogućnosti kopiranja spisa predmeta. Ograničenja ovog prava mogu nastupiti i onemogućavanjem branioca i okrivljenog da koriste ovo svoje pravo i to na *dva načina*. U prvom slučaju javni tužilac može zloupotrijebiti procesno pravo koje ga ne uslovljava da sasluša osumnjičenog prije nego donese naredbu za sprovođenje istrage. Odlaganjem tog procesnog trenutka javni tužilac odlaže i pristup dokazima braniocu i okrivljenom.

---

[21] Vidi član 71. stav 1. tačka 3. Zakonika.

[22] U predmetu, *Foucher protiv Francuske*, (18. Mart 1997) ESLjP je ustvrdio da je od značaja za okrivljenog da ima pristup spisima kao i da ih kopira. Kako on nije ima takav pristup, okrivljeni nije bio u mogućnosti da pripremi adekvatnu odbranu, niti da ima koristi od jednakosti oružja, što je u suprotnosti sa zahtjevima člana 6. Konvencije.

[23] S. Beljanski, "*Položaj branioca i odnos prema advokaturi u novom zakoniku o krivičnom postupku"*, Branič, br.1-2. 2007. str. 58.

[24] Vidi član 72. stav 1. ZKP-a Crne Gore i član 74. ZKP-a Hrvatske (hrvtaskim zakonikom je dozvoljeno preslikavanje i snimanje i spisa i predmeta, što daje veće mogućnosti braniocu i okrivljenom).

[25] Više o tome, V. Stojković, "*Složenost krivičnog procesnog zakonodavstva BiH i njenih entiteta*", Arhiv za pravne i društvene nauke., br. 3-4, Beograd 2005.

[26] Više o tome, M. Pajičić, "*Pravo okrivljenika na uvid u spis predmeta tijekom prethodnog kaznenog postupka u pravnim sustavima nekih europskih država i praksi evropskog suda za ljudska prava*", Revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, Vol.48, br. 1., 2010.

Sa druge strane, odredbom člana 303. stav 1. propisana je mogućnost da se odloži razmatranje spisa i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz, braniocu i okrivljenom. U slučaju da *je više lica osumnjičeno, ovu mogućnost javni tužilac može iskoristiti dok ne sasluša poslednjeg osumnjičenog*. Dakle, zakonodavac je propisao formalni osnov, gdje javni tužilac nema obavezu da utvrdi bilo koji opravdan razlog zbog čega činjenica da postoji više osumnjičenih treba da uzrokuje ograničenje prava branioca i okrivljenog. Pri tome, javni tužilac kao i kada je samo jedan osumnjičeni nije vezan rokom kada će i kojim redosledom saslušati svakog osumnjičenog ponaosob. Kako tužilac samostalno određuje redosled dokaznih radnji, javni tužilac manipulacijom može dovesti branioca u poziciju da prisustvuje saslušanju svjedoka, iako nije imao mogućnosti da se prethodno upozna sa spisima jer još uvijek nije saslušan neki od osumnjičenih.[27]

Da se na ovaj način krši jednakost stranaka potvrđuje i odredba kojom se nameće *dužnost* osumnjičenom koji je saslušan i njegovom braniocu da po prikupljanju dokaza i materijala u korist odbrane obavijeste javnog tužioca o tome i da mu prije završetka istrage omoguće razmatranje spisa i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz. I pored gore istaknutog nedostatka ove odredbe, istom se krši pravo okrivljenog na slobodu odbrane i pravo da se brani na način na koji on i njegov branilac smatra, a da pri tome sebe ne inkriminiše. U konačnom, prije nego se okrivljeni i branilac ne upoznaju sa dokazima optužbe ne mogu sa sigurnošću znati da li dokaz koji su oni prikupili, a koji se na prvi pogled čini u korist odbrane, u konačnom ide u korist optužbe.

Prema svemu navedenom čini se da je postavkom prava branioca i okrivljenog na razmatranje spisa i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz, ugrožena jednakost stranaka u postupku kao i sam princip adverzalnosti. Konačno, nije ni predviđena efikasna zaštita[28] od tužiočevog kršenja obaveze da dokaze kojima raspolaže objelodani, i da se u odredbi člana 303. stav 1. radi o značajnom ograničenju prava odbrane.[29]

5. Pravo na kontakt sa okrivljenim koji je u pritvoru

Okrivljeni koji se nalazi u pritvoru, samom tom činjenicom se nalazi u nepovoljnijem položaju u smislu pripremanja odbrane od okrivljenog koji se brani sa slobode. Jedan od aspekata tog nepovoljnog položaja jeste i ograničena komunikacija sa braniocem. Zato je od izuzetne važnosti pravo branioca da nesmetano komunicira sa okrivljenim koji se nalazi u pritvoru, bez nadzora i drugih oblika ograničenja. Neosnovana ograničenja ovog prava direktno utiču na uživanje prava okrivljenog da ima stvarnog i djelotvornog branioca[30].

[27] Op.cit., J. Tintor "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva", str 248.

[28] Crnogroskim Zakonikom propisano je pravo branioca da u slučaju da ocijeni da mu je pravo da razmatra i kopira spise nezakonito uskraćeno da zatraži od sudije za istragu da mu svojim rješenjem dozvoli da razmatra i kopira spise. Protiv ovog rješenja nije dozvoljena žalba. Član 72. stav 4.

[29] Op.cit., G. P. Ilić, (et.al.), Komentar zakonika o krivičnom postupku, str. 213.

[30] Vidi *S. protiv Švajrcarske*, 28. decembar 1991.

Shodno odredbi člana 71. stav 1. tačka 4. branilac ima pravo da sa okrivljenim koji se nalazi u pritvoru na povjerljiv način razgovara i neometano vodi prepisku, osim ukoliko zakonikom nije drugačije određeno. Dakle, komunikacija branioca i okrivljenog koji se nalazi u pritvoru moguća je kroz *razgovor ili prepisku*. U tom smislu, zakonodavac je i predvidio situacije u kojima može doći do ograničenja ovih vidova komunikacije.

No prije nego se započne sa analizom ovih ograničenja neophodno je napomenuti da se pravo branioca iz člana 71. stav 1. tačka 4. odnosi isključivo na komunikaciju sa okrivljenim koji se nalazi u pritvoru. Ovom odredbom nije obuhvaćeno i pravo branioca na komunikaciju sa *zadržanim osumnjičenim*[31] i okrivljenim kojem je određena mjera *zabrane napuštanja stana*[32]. Odredbom člana 2. stav 1. tačka 23. pod lišenjem slobode se podrazumijeva hapšenje, zadržavanje, zabrana napuštanja stana, pritvor i boravak u ustanovi koji se, u skladu sa zakonom, uračunava u pritvor. I kod zadržavanja okrivljenog i zabrane napuštanja stana dolazi do *ograničavanja slobode* okrivljenog, pri tome dolazi i do neosnovanog ograničenja komunikacije između branioca i okrivljenog, čija sloboda nije garantovana odredbom člana 71. stav 1. tačka 4.. Da bi se izbjegle moguće zloupotrebe i nejednak položaj pritvorenog, zadržanog i okrivljenog kojem je određena mjera zabrane napuštanja stana, neophodno je pravo na nesmetanu komunikaciju iz člana 71. stav 1. tačka 4. propisati u odnosu na okrivljenog koji je ***lišen slobode*** u smislu člana 2. stav 1. tačka 23. Zakonika.

a) Branilac ima ***pravo na povjerljiv razgovor sa okrivljenim koji je pritvoren***, koji može biti nadziran samo gledanjem, ali ne i slušanjem (član 69. stav 1. tačka 2). Zakonodavac nije predvidio ograničenja u pogledu posjeta branioca pritvorenom okrivljenom, već mu garantuje pravo da nesmetano posećuje pritvorena lica i da sa njima razgovara bez prisustva drugih lica[33]. Ovakav stav zakonodavca je povoljniji za okrivljenog i branioca nego li što je to slučaj sa nekim uporednim rješenjima i stavom koji zauzeo ESLjP u nekoliko predmeta. Tako je u predmetu *Ocalan protiv Turske*[34] ESLjP stao na stanovištu *da je pravo na kontakt sa braniocem dio prava na pravično suđenje i da bi se ograničenjem tog prava izgubilo na korisnosti asistencije koju pruža branilac*[35]*. Sud je takođe istakao da do ograničenja ovog prava može doći u slučaju ukoliko za to postoje opravdani razlozi, a da se usled toga postupak u cjelini ne postane nepravičan. U istom predmetu ESLjP je zauzeo stav da je u konkretnom slučaju ograničenje kontakta između branioca i okrivljenog na dva sastanka sedmično u trajanju od po sat vremena, povrijedilo načelo pravičnosti postupka*

[31] Članom 294 u stavu 4. osumnjičenom koji je zadržan grantuju se prava predviđena u članu 69. stav 1., odnosno pravo na povjerljiv razgovor prije prvog saslušanja.
[32] Vidi član 208. stav 1. Zakonika
[33] Vidi član 219. stav 3., Zakonika
[34] *Ocalan protiv Turske*, 12. Maj 2005.
[35] U predmetu *Elvan protiv Austrije*, Komisija je utvrdila da, uopšteno govoreći, branilac ne može svoje zadatke ispuniti na odgovarajući način, ako mu nije bilo dozvoljeno da slobodno komunicira sa svojim klijentom u povjerenju, i da podvrgavanje kontakata branioca sa optuženim sudskom nadzoru u načelu nije u skladu sa članom 6., stav 3. (c) Evropske konvencije. U ovom slučaju, nije bila izneta tvrdnja da je postojala bilo kakva opasnost da bi branilac zloupotrebio pravo da sa podnosiocem predstavke komunicira u poverenju.

ako se ima u vidu složenost predmeta. Sud je utvrdio povredu člana 6. Konvencije[36] *i u onemogućavanju branioca i okrivljenog da vode povjerljiv razgovor. U toku cjelokupnog trajanja postupka razgovorima branioca i okrivljenog je uvijek bio prisutan pripadnik snaga bezbjednosti i razgovor je nadziran i gledanjem i slušanjem.* Hrvatsko rješenje daje mogućnost javnom tužiocu da rješenjem naloži nadziranje razgovor između branioca i okrivljenog, o čemu isti moraju prethodno biti i obaviješteni. Na osnovu ovog nadzora moguće je i razgovor prekinuti.[37]

b) ***Prepiska branioca i okrivljenog*** koji se nalazi u pritvoru moguća je samo sa znanjem i pod nadzorom sudije za prethodni postupak[38]. Nakon podignute optužnice, do pravosnažnosti presude, *sa znanjem i pod nadzorom predsjednika vijeća* (stav 3. istog člana). Iako sud može zabraniti odašiljanje i primanje pisama i drugih pošiljki ako je verovatno da bi to dovelo do ometanja istrage, ta mogućnost se *ne odnosi i na branioca* (član 71. stav 1 i 2.).

Zakonodavac nije precizirao šta se ima podrazumijevati pod nadzorom prepiske. Prema zakoniku iz 2001. istražni sudija je imao mogućnost da nadzire prepisku na način što će prije nego se prepiska preda istu prethodno pregledati. Ovo može učiniti samo ako ima *razumnog osnova* za vjerovanje da se prepiska koristi za pokušaj organizacije bjekstva, uticaja na svjedoke, zastrašivanje svjedoka ili neko drugo ometanje istrage[39]. Ovo rješenje je svakako pravičnije i čini veći stepen pravne sigurnosti nego što je to postojeće rješenje. Na tom stanovištu je i ESLjP naglašavajući *da je korespondencija branioca i okrivljenog, bez obzira na njenu svrhu, uvijek privilegija i da je čitanje pritvorenikove prepiske sa braniocem jedino dopustljivo u izuzetnim okolnostima, kada vlasti imaju razumnog osnova da vjeruju da je privilegija komunikacije branioca i okrivljenog zloupotrijebljena, na način kojim se ugrožava bezbjednost zatvora ili bezbjednost drugih lica ili je na drugi način kriminalne prirode*.[40] U određenim okolnostima i kasno prosleđivanje prepiske koja je bila predmet nadzora ima se smatrati povredom člana 6. Konvencije. Naročito kada se prepiska odnosi na potrebu da se podnese određeni pravni lijek.[41]

Promjena prirode istrage, koja je sada tužilačka, svakako je uticala na objektivnost, sada sudije za prethodni postupak koji nije opterećen predrasudom koja je postojala kada je on vodio istragu. No, novim rješenjem kojim se propisuje nadzor prepiske ***i nakon podizanja optužnice***, značajno se ograničava pravo branioca na prepisku sa okrivljenim. Zakonikom iz 2001. *završetkom istrage, odnosno podizanjem optužnice ili optužnog predloga okrivljenom se garantovalo* ***slobodno i bez nadzora*** *dopisivanje i razgovor sa braniocem*.[42]

Čini se nužnim precizirati razloge i načine nadzora prepiske kako bi se izbjegla moguća neosnovana kontrola komunikacije branioca i okrivljenog.

---

[36] Isto i u predmetu *Brennan protiv Velike Britanije*, 16. oktobar 2001.
[37] Vidi član 75. stav 2. ZKP-a Hrvtaske
[38] Vidi član 220. stav 1. Zakonika
[39] Vidi član 75. stav 4. ZKP-a 2001.
[40] *Moiseyev protiv Rusije*, 9. oktobar 2008.
[41] *Domenichini protiv Italije*, 15. novembar 1996.
[42] Vidi član 75. stav 5. ZKP-a 2001.

Konačno, kontrolu prepiske nakon podizanja optužnice bi trebalo isključiti kao mogućnost ili u većoj mjeri je ograničiti u odnosu na fazu istrage. U ZKP-u Crne Gore pravo komunikacije okrivljenog koji se nalazi u pritvoru i branioca podrazumijeva dopisivanje i razgovor bez nadzora. Ovo se odnosi i na sve oblike lišenja slobode i nisu predviđeni posebni slučajevi kada može doći do ograničenja ovog prava.[43]

6. Pravo na prisustvovanje određenim procesnim radnjama

Od ključnog značaja za pružanje praktične i djelotvorne odbrane branioca jeste pravo da *prisustvuje svim procesnim fazama i određenim procesnim radnjama*[44]. Zakonikom su predviđene procesne situacije kada će branilac biti pozvan da prisustvuje i učestvuje u izvođenju određenih procesnih radnji. Ovo pravo se može tretirati kao dio prava na upoznavanje sa dokazima optužbe i spisima predmeta, s tim što u ovoj situaciji branilac ima pravo da se neposredno upozna sa dokazima i kontroliše izvođenje procesnih radnji. Ovo pravo je samim tim i dio opštih načela krivičnog postupka, neposrednosti i kontradiktornosti. Promjena sistema krivičnog postupka uslovila je i veći značaj navedenih načela ali i pojedinih prava koje imaju branilac i okrivljeni. U kontekstu adverzalnog sistema posebno treba naglasiti da je dokazima izvedenim od strane javnog tužioca data potpuna validnost i dokazna snaga, stoga je nužno garantovati okrivljenom pravo na branioca u svim fazama postupka, a naročito prilikom izvođenja dokaza koji će se kasnije koristiti na glavnom pretresu. U suprotnom, zbog posledica koje se direktno ili indirektno mogu reflektovati na cjelokupan postupak, ti dokazi ne bi smjeli se koriste na glavnom pretresu i na njima zasniva presuda.[45] Po principu koji se odnosi na slučaj sa ograničenjem prava branioca da prisustvuje saslušanju svjedoka u postupku iz nadležnosti tužilaštva za organizovani kriminal, korupciju i ratne zločine, shodno članu 300. stav 2. Zakonika.

U *prethodnom postupku* branilac ima pravo da prisustvuje određenim radnjama. U tom smislu, ne postoji obaveza pozivanja branioca da prisustvuje svim radnjama koje javni tužilac preduzima tokom istrage. U određenim slučajevima nije ni moguće obezbijediti prisustvo branioca i okrivljenog, jer se radi o specifičnim dokaznim radnjama koje isključuju njihovo prisustvo[46]. Tu su u pitanju naučne procedure koje uključuju, upoređivanje otisaka, rukopisa, analize krvi, DNK i sl., koje po svojoj prirodi isključuju subjektivnost i ljudski element i na glavnom pretresu mogu biti provjerene i rekonstruisane od strane vještaka.[47] Branilac i okrivljeni imaju mogućnost da se upoznaju sa ovim dokazima na način i uz ograničenja navedenim

[43] Vidi članove 73 i 183. ZKP-a Crne Gore.
[44] Op.cit., M. Škulić, Krivično procesno pravo, str. 167.
[45] K. A. Schester, "*The Right to Counsel: Attachment before Criminal Judicial Proceedings?*, 47 Fordham L. Rev. 810 (1979), Dostupno na: http://ir.lawnet. Fordham.edu/flr/vol47/iss5/5 i Lexisnexis data base, str. 817-819.
[46] Op.cit., G. P. Ilić, (et.al.), Komentar zakonika o krivičnom postupku, str. 642.
[47] Op.cit., K. A. Schester, str. 819-820.

u djelu koji se odnosi na pravo branioca da *razmatra spise i razgleda predmete koji služe kao dokaz.*

Zakonodavac je međutim, uz određene izuzetke, propisao pravo branioca da prisustvuje dokaznim radnjama za čiju validnost je nužno prisustvo svih zainteresovanih stranaka, pa i branioca. Kao elementarno pravo, a istovremeno proističe i iz prava okrivljenog na branioca, jeste ***pravo branioca da prisustvuje saslušanju osumnjičenog***. Javni tužilac je dužan da *uputi poziv* braniocu osumnjičenog da prisustvuje njegovom saslušanju.[48] Posebne norme u odnosu na ovu su one koje propisuju posebne okolnosti u kojima se osumnjičeni našao prije nego što treba da bude saslušan, pa u slučaju istih branilac se poziva na drugačiji način. Ove posebne okolnosti se odnose na saslušanje uhapšenog (član 293. stav 1.) i prikupljanje obavještenja od građana (289. stav 2.). U članu 300. stav 1. javni tužilac je dužan da *uputi poziv* braniocu i okrivljenom da ***prisustvuju ispitivanju svjedoka[49] i vještaka***. Zakonopisac u oba slučaja koristi izraz "*uputi poziv*", a ne "*pozove*", što sledstveno pojedinim stavovima znači da je dovoljno da tužilac raspolaže potvrdom da je poziv uredno poslao, a ne i potvrdom da je branilac poziv uredno primio[50]. Prema ovom tumačenju, tužilac može saslušati svjedoka i vještaka ukoliko pribavi prethodno odobrenje sudije za prethodni postupak i nezavisno od pozivanja branioca.[51] Međutim, ukoliko se bolje pogleda odnosna odredba člana 300. stav 6., prednje navedena mogućnost postoji samo ako poziv osumnjičenom i njegovom braniocu *nije dostavljen u skladu sa odredbama Zakonika,* bez obzira na to da li je poziv upućen[52] i u odnosu na preduzimanje radnje ispitivanja svjedoka i vještaka. dakle, u izuzetnim situacijama kada nije bilo moguće izvršiti dostavu poziva u skladu sa Zakonikom. Sa druge strane, javni tužilac ***nije u obavezi da poziva branioca da prisustvuje uviđaju,*** već samo da ga obavijesti**.** Prilikom sprovođena dokazne radnje uviđaja tužilac nije dužan da provjerava da li je dostavljen poziv braniocu i ta činjenica ga ne uslovljava da preduzme izvrši uviđaj. Ovo sa razloga što je glavna karakteristika uviđaja blagovremenost koja se nekada preobražava i u hitnost, koja znači opasnost od odlaganja[53], što svakako utiče na obaveznost obezbjeđenja prisustva svih zainteresovanih lica.

U postupcima za krivična dela za koja je posebnim zakonom određeno da postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti, javni tužilac može ispitati svedoka i bez pozivanja osumnjičenog i njegovog branioca da prisustvuju ispitivanju ako ocijeni da njihovo prisustvo može uticati na svedoka[54]. U ovom slučaju sudska odluka se ne može zasnivati isključivo ili u odlučujućoj meri na tom iskazu svedoka. Diskutabilno je zašto je ovim ograničenjem obuhvaćen i branilac. Moguće je da svjedoku smeta prisustvo osumnjičenog, ali nije realno da mu smeta prisustvo branioca. Posebno uz mogućnost koju daje institucija zaštićenog svjedoka i činjenicu da branilac može

[48] Vidi član 300. stav 1. Zakonika
[49] Branilac prema odredbi člana 109. stav. 1. ima pravo prisustva saslušanju i zaštićenog svjedoka.
[50] Op. cit. J. Tintor "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva", str 249.
[51] *Ibidem*
[52] Op. cit. G. P. Ilić, (et.al.), Komentar zakonika o krivičnom postupku, str. 642.
[53] D. Radulović, Krivično procesno pravo, Pravni fakultet Podgorica, 2009., str. 199.
[54] Vidi član 300. stav 2. Zakonika

postavljati pitanja svjedoku isključivo posredstvom javnog tužioca, osim ukoliko mu on ne dozvoli da pitanja postavlja neposredno.[55] Tu su i mjere za održavanje reda tokom preduzimanja dokazne radnje.[56]

Zakonodavac nije predvidio pravo branioca i okrivljenog da prisustvuju i ***saslušanju saokrivljenog*** u fazi istrage. Predlogom izmjena i dopuna iz 2012 bila je predviđena i ova mogućnost i to kada je osumnjičeni kojeg zastupa branilac već saslušan. Bilo bi od značaja i za tužioca u procesu utvrđivanja činjenica koje će ga opredijeliti da li da nastavi sa postupkom i protiv kojih lica, da se svaki dokaz na kojem će zasnovati takvu odluku provjeri već u fazi istrage.

I u odredbama kojim se propisuje izvođenje radnji ***suočavanja okrivljenog i svedoka*** (član 98 i 99.) i ***prepoznavanja lica i predmeta*** (član 100.) nije izričito predviđena obaveza organa postupka da pozovu branioca da prisustvuje izvođenju konkretne radnje. Na glavnom pretresu se podrazumijeva prisustvo branioca, pitanje ostaje u odnosu na predistražnu fazu i istragu. U Predlogu izmjena i dopuna 2012 predloženo je pozivanje branioca na zahtjev okrivljenog, da prisustvuje radnji prepoznavanja lica i predmeta. U svim ovim slučajevima bilo bi neophodno omogućiti prisustvo branioca, naročito ako se ima u vidu da ne postoji obaveza tužioca da bilo koju od ovih radnji audio i video snima[57], a u slučaju prepoznavanja lica i predmeta sačini[58] zajednički foto snimak lica i predmeta koji se prepoznaju. Vrhovni sud Amerike u predmetu *Amerika protiv Wade*, stao je na stanovištu da je u ovom predmetu radnja prepoznavanja lica u pretkrivičnom postupku bila kritična faza optuženja, stoga je, pravo na branioca garantovano šestim amandmanom povrijeđeno. *Sud je rezonovao da je kasnije nemoguće virtuelno rekonstruisati proceduru prepoznavanje lica, pa je neprisustvovanje branioca u trenutku izvođenja radnje prepoznavanja prouzrokovalo nedjelotvornu pomoć branioca okrivljenom na samom suđenju*.[59]

Kao jedna od specifičnih novina koja je izazvala i kritike[60] u naučnoj javnosti, što je za posledicu imalo i predlog da bude brisana[61], Zakonikom se propisuje i pravo branioca i okrivljenog da ***samostalno prikupljaju dokaze i materijal u korist odbrane[62]***. Prikupljanje dokaza i materijala u korist odbrane može se vršiti kroz razgovore sa licem koje može pružiti podatke korisne za odbranu, uz njegovu saglasnost; ulazak u privatne prostorije ili prostore koji nisu otvoreni za javnost, u stan ili prostore povezane sa stanom, uz pristanak njihovog držaoca; preuzimanjem predmeta i ispra-

[55] Op. cit. J. Tintor "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva", str. 250.
[56] Vidi član 305., Zakonika
[57] U SAD-u postoji obaveza video i audio snimanja dokaznih radnji koje se izvode u fazi izviđaja i istrage. Ova praksa daje dokaznu vrijednost i saslušanju koje policija sprovedi.
[58] Crnogorskim zakonikom propisuje se obaveza javnog tužioca da sačini ovakav foto snimak. Vidi član 102. stav 3. i 103. stav 4.
[59] Op. cit., K. A. Schester, "The Right to Counsel: Attachment before Criminal Judicial Proceedings?" str. 816- 817.
[60] Više o tome, M. Škulić, G. Ilić, "Novi zakonik o krivičnom postupku Srbije - Reforma u stilu "jedan korak napred – dva koraka nazad", Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.
[61] Predlog izmjena i dopuna ZKP-a 2012.
[62] Vidi član 301. Zakonika

va i pribavljanjem obaveštenja od fizičkog ili pravnog lica, uz njegovu saglasnost, kao i uz obavezu da tom licu izdaju potvrdu sa popisom preuzetih predmeta i isprava. U pogledu dokaza *prikupljenih* od strane branioca i okrivljenog ostaje otvoreno pitanje njihove dokazne vrijednosti[63].

Na to ukazuje i činjenica da je pored prava branioca i okrivljenog da *prikupljaju* dokaze u toku istrage, imaju i pravo na dokaznu inicijativu koja je postojala i u Zakoniku iz 2001, a koja se može realizovati kroz ***predlog javnom tužiocu da preduzme određenu dokaznu radnju***.[64] Na istovjetan način je propisano i pravo branioca i okrivljenog da predlože dopunu istrage.[65] Način na koji se ova dokazna inicijativa može realizovati i moguće komplikacije koje proizilaze iz činjenice da javni tužilac, kao protivna strana treba da preduzme predloženu dokaznu radnju, prethodno je ne prihvatajući ili prihvatajući, ostavlja prostor za opstrukciju odbrane, nejednakost strana u postupku i ograničenje djelotvorne pomoći od strane branioca[66].

Branilac se poziva na ročišta na kojima se *odlučuje o sporazumima o priznanju krivičnog djela* (član 315. stav 2.), *svjedočenju okrivljenog* (član 322. stav 2.) i *svedočenju osuđenog* (član 329. stav 2.).

Veoma je značajno da se braniocu i okrivljenom, bez obzira na okolnosti slučaja, ne može zabraniti prisustvo pojedinim istražnim radnjama, pa ni onda kada to nalažu "razlozi bezbjednosti i odbrane zemlje"[67].

Na **glavnom pretresu** branilac ima pravo dokazne inicijative, koje se manifestuje kroz niz posebnih prava. Da bi na glavnom pretresu izvodio određene dokaze branilac i okrivljeni imaju pravo ali i obavezu da ih na pripremnom ročištu predlože. Ukoliko dokaze koje su im na pripremnom ročištu poznati, bez opravdanog razloga na istom i ne predlože, gube pravo da ih izvedu na glavnom pretresu.[68] Dakle, do završetka glavnog pretresa branilac ima pravo da predlaže nove dokaze ili da ponovi predlog za izvođenje dokaza koji su ranije odbijeni.[69] U ovoj odredbi ostaje nejasno šta se podrazumijeva pod opravdanim razlozima da se ne predlože određeni dokazi. Pitanje je da li će sudska praksa ići u tom pravcu, ali je svakako opravdan razlog da se ne predloži određeni dokaz na pripremnom ročištu nesigurnost branioca u posledicu koju može proizvesti konkretni dokaz ili pak strategija branioca da sa određenim dokazom istupi u specifičnom momentu krivičnog postupka. Kritike upućene na odredbu iz člana 303. stav 3. kojom se osumnjičeni i branilac obavezuju da upoznaju tužioca sa dokazima koji idu u korist osumnjičenog, stoje i u slučaju ove odredbe.

---

[63] Više o tome, G. P. Ilić, (et.al.), Komentar zakonika o krivičnom postupku, str. 650, 651.
[64] Vidi član 302., Zakonika
[65] Vidi član 311. stav 2., Zakonika
[66] Više o tome, M. Škulić, "*Nacrt Zakonika o krivičnom postupku Srbije kao izraz loše koncepcije i pogrešnih normativnih rešenja*", Branič, br. 3-4, Beograd, 2010., str. 23-24; i J. Tintor "Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva", str. 250-251.
[67] V. Đurđić, *Krivično procesno pravo – Posebni dio*, Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije, Niš 2011., str. 57.
[68] Vidi član 350. stav 1., Zakonika.
[69] Vidi član 356. stav 1. i član 395. stav 1., Zakonika

Sud je dužan da na glavi pretres pozove branioca, međutim njegovo prisustvo nije procesna pretpostavka za održavanje glavnog pretresa, osim u slučaju kada je riječ o obaveznoj odbrani.[70]

Na glavnom pretresu branilac ima pravo da učestvuje u saslušanju optuženog na način što će kada optuženi završi iznošenje odbrane, najprije branilac postavljati pitanja. Tokom glavnog pretresa branilac ima pravo da savjetuje optuženog, ali mu ne može sugerisati na koji način da odgovori na već postavljeno pitanje. Međutim, branilac ima pravo da zahtijeva od vijeća da zabrani pitanje ili odgovor na već postavljeno pitanje, ukoliko smatra da je nedozvoljeno. [71]

Kada se ispituju svjedok, vještak i stručni savjetnik na glavnom pretresu, branilac ima pravo na neposredno ispitivanje, uz odobrenje predsjednika vijeća. U zavisnosti da li je ispitivanje svedoka, vještaka i stručnog savjetnika predloženo od odbrane ili optužbe branilac će uzeti učešće kroz osnovno, unakrsno i dopunsko ispitivanje.[72] Uloga branioca u dokaznom postupku koji se sprovodi na glavnom pretresu je od izuzetne važnosti. Ona se ne reflektuje samo kroz predlaganje dokaza u korist odbrane i opovrgavanja dokaza optužbe, već u značajnoj mjeri i u zaštiti optuženog od zloupotrebe prava od strane drugih učesnika u postupku, naročito kontrolom zakonitosti i dozvoljenosti dokaza.

Konačno, posle objavljivanja da je dokazni postupak završen, branilac ima pravo da sumira i prezentuje odbranu kroz završnu riječ, koja prethodi završnoj riječi optuženog kao poslednjoj.[73]

Prava branioca opredjeljuju i odbranu koju će pružiti okrivljenom. Da li će ta odbrana biti praktična i djelotvorna zavisi u kojoj mjeri su prava branioca ograničena. Usvojeni adverzalni sistem krivičnog postupka ne trpi ograničenja prava branioca, osim u slučaju kada postoje opravdani razlozi i bez posledica po pravičnost cjelokupnog postupka[74]. Ovo je opšti stav većine odluka ESLjP kojim se tumače odredbe člana 6. stav 3. tačka b. i c. Konvencije.

Prednje istaknute kritike u pogledu odredbi kojim se propisuju prava branioca, a posebno imajući u vidu adverzalnost krivičnog postupka, kako u dijelu tužilačke istrage tako i u dijelu glavnog pretresa, upućuju na neravnopravnost okrivljenog i njegovog branioca. Period koji slijedi, a koji će obilježiti potpuna primjena novog Zakonika o krivičnom postupku, iziskuje budnu pažnju stručne i naučne javnosti naročito u dijelu normativnog okvira kojim se propisuje pravo na branioca.

[70] Vidi član 355. stav 1 i 3., Zakonika
[71] Vidi član 398. stav 1, 4 i 6., Zakonika
[72] Vidi član 402., Zakonika.
[73] Vidi član 412. stav 1., Zakonika
[74] *Elvan Can protiv Austrije,* 30. септембар 1985.

Milorad Markovic, LL.M
Institute for Legal Studies, Researcher
Podgorica

THE RIGHTS OF DEFENCE LAWYER IN CRIMINAL PROCEDURE

The article is dedicated to a new Criminal Procedure Code and the position of defence counsel as guarantee to fair trial.

The rights of defense counsel detrmine its position in criminal proceedings, and thus the efficiency of the defense. As the primary role of defense counsel is to provide professional assistance to a defendant in criminal proceedings, a part of its rights arising from that fact. The legislature has prescribed that the defense counsel is entitled to take all actions which may take the defendant in criminal procedure.

In addition to the rights that derive from the rights of the defendant, defence counsel has other rights which he has as the subject of criminal proceedings. Of the representation and the freedom to enjoy these rights depends the quality and effectiveness of defense which cousel provides in criminal proceedings. This is especially if we bear in mind adversal nature of the criminal proceedings and prosecution investigation as new concepts of criminal procedural law in Serbia.

Key words: Criminal Procedure Code, Defense counsel, Procedural Rights.

Горан Филипић, дипломирани правник,
инспектор Сектора Криминалистичке полиције,
ЦЈБ БИЈЕЉИНА

ДОКАЗНА ВРИЈЕДНОСТ УВИЂАЈА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: У Закону о кривичном поступку Републике Српске се релативно детаљно утврђују конкретне радње доказивања које имају доказни значај за кривични поступак. Закон посебно издваја: претресање стана, просторија и лица; привремено одузимање предмета и имовине; поступак са сумњивим стварима; испитивање осумњиченог; саслушање свједока; увиђај, реконструкција и вјештачење.

Међутим и поред значаја које ове радње имају у прикупљању материјалних доказа, мишљења смо да увиђај заслужује посебну пажњу, због свог веома великог информационог а самим тим и доказног потенцијала. Наиме, увиђај се у највећем броју случајева врши непосредно послије извршења кривичног дјела, са циљем да се открију, обезбједе и фиксирају предмети и трагови кривичног дјела, као и друге чињенице и околности које могу да буду од значаја за расвјетљавање кривичног догађаја, јер оно што се пропусти приликом вршења увиђају, касније у кривичном поступку се тешко може надокнадити. Дакле, нема бољег доказа од увиђаја (Nulla est maior probatio). Ова стара латинска сентенца и данас је актуелна.

Управо стога, у циљу адекватног сагледавања доказне вриједности увиђаја, у првом дијелу рада размотрит ћемо законско дефинисање увиђаја и његов процесни ток, док у другом дијелу ћемо указати на значај увиђаја и увиђајне документације при утврђивању чињеница важних за кривични поступак.

Кључне ријечи: увиђај, доказна радња, увиђајни орган, кривични поступак.

1. Уводна разматрања

Сви научно верификовани статистички показатељи указују да стручно и темељито проведени увиђај на мјесту криминалистичког догађаја битно утиче на разрјешавање предметног кривичног дјела. Увиђај у кривично процесном законодавству Републике Српске се јавља као један од основних мјера првог

захвата и у правилу он је прва фаза поступка криминалистичке идентификације, односно са процесно правног гледишта он је прва фаза у истрази.

Закон о кривичном поступку РС. прописује: "Увиђај се предузима када је за утврђивање неке важне чињенице у поступку потребно непосредно опажање". Ова веома широка формулација употријебљена у цитираној одредби закона, омогућава надлежном органу да према одређеним критеријумима процјењује да ли је у неким конкретним ситуацијама потребно да се обави увиђај. Ови критеријуми се у пракси најчешће схватају као процјењивање да ли се ради о кривичном дјелу које је као своју главну или узгредну посљедицу произвело одређене трагове[1].

Као што видимо из дате формулације произилази да ЗКП РС. стоји на становишту да чињеница коју треба утврдити или разјаснити мора бити "Важна". Поставља се питање: ко цијени важност неке чињенице која, када је ријеч о увиђају у правилу представља трагове и предмете у вези са кривичним дјелом. Према одредбама ЗКП РС. ту одлуку доноси орган кривичног поступка који врши увиђај. Ова законска формулација је практично таква да оставља увиђајном органу на вољу да цијени да ли ће и када обавити увиђај. Та дискрециона оцјена увиђајног органа зависи од околности конкретног догађаја, као и од стручног (професионалног) и општег знања и искуства увиђајног органа и његових радних квалитета.

Законска дефиниција увиђаја[2] видјели смо, у основу ове истражне радње ставља непосредно чулно опажање које се предузима за утврђивање неке важне чињенице у поступку. Оваква концепција увиђаја која се годинама заснива на чулном опажању важних чињеница које је овлаштени орган предузео у поступку и на начин прописан законом је општеприхваћена од стране теоретичара кривичног процесног права.

Међутим, сматрамо да се данас може говорити о видној разлици између постојећег законског текста и оног што је о увиђају објављено у стручној литератури, посебно криминалистичкој и што се данас мање више готово свакодневно у пракси проводи. С тим у вези, криминалисти сматрају да је класична дефиниција увиђаја превазиђена и да није у складу са савременом концепцијом спровођења те радње. Основна слабост законске дефиниције увиђаја је њена ускост, која елиминише читав низ радњи које се не састоје у опажању а које су изузетно важне: проналажење, прикупљање, фиксирање, мјерење, бројање и испитивање трагова, компаративно упоређивање, описивање, скицирање, фотографисање, мулажирање, проналажење микротрагова који се и не могу опазити чулима и сл.

Наиме, као што видимо, законодавац је увиђају као доказној радњи и посебном доказном средству, посветио само један основни члан којим се у најо-

[1] З. Јекић - Сматра да спровођење увиђаја није могуће код свих дјела, па посебно апострофира вербална кривична дјела, као и дјела која не остављају видљиве трагове ; Кривично процесно право, Београд, 2003

[2] Види члан 157 ЗКП РС.

пштијем смислу одређује оквир за предузимање ове процесне радње и представља тежишну тачку свих одредаба ЗКП РС. посвећених увиђају. Поред овог основног члана, законодавац директно спомиње увиђај још на неколико мјеста, али систематски неповезано, а садржајно штуро у минималном и недовољном обиму.

Дакле, законодавац не прописује формално правни основ и услов за предузимање увиђаја, нити прописује начин на који се врши увиђај, већ само наводи материјални основ, да ће се увиђај предузети када орган кривичног поступка, по слободној процјени, донесе одлуку да је за утврђивање или разјашњавање неке важне чињенице у поступку потребно непосредно опажање. Тумачењем ове одредбе долазимо до закључка да се под појмом "непосредно опажање" подразумијева опажање чулима, прије свега вида, а затим слуха, њуха, укуса и додира. Чулно опажање органа, да би било увиђај, мора бити предузето у поступку и на начин прописан законом.

Међутим друго је питање актуелно данас код бројних теоретичара и практичара, а то је да се увиђај не врши само директним односно непосредним опажањем, већ и посредним, на примјер код тражења микротрагова који се не могу видјети нити опазити директним чулима вида. Ово питање о којем теоретичари и практичари говоре већ дуже вријеме, није ни покушано бити уграђено у законски текст.

Ступањем на снагу Закона о кривичном поступку из 2003 године, уводи се значајна новина, прешло се са истраге коју је водио истражни судија на истрагу која је у искључивој надлежности тужиоца. С тим у вези, законодавац такође код увиђаја уводи значајну новину, тако што први пут као орган поступка који предузима увиђај као доказну радњу, наводи тужиоца. Дакле, примарно увиђај као и све друге истражне радње[3], односно истрагу у цјелини врши тужилац. Међутим, тужилац није увијек у могућности да одмах изађе на лице мјеста ради вршења увиђаја, па је због тога направљен процесни изузетак у односу на опште правило[4]. Законодавац наводи, секундарно, након обавјештавања тужиоца, увиђај у истрази може извршити и овлаштено службено лице, а ако је тужилац присутан на лицу мјеста у току вршења увиђаја може тражити да овлаштено службено лице изврши одређене радње које он сматра неопходним, при чему се све радње предузете током увиђаја морају документовати и детаљно образложити како у записнику, тако и у посебном службеном извјештају. Након подизања оптужнице увиђај обавља судија за претходно саслушање, а на главном претресу увиђај врши судија, односно вијеће, а ван главног претреса судија или предсједник вијећа, односно члан вијећа.

Међутим, без обзира ко ће и у којој фази поступка вршити увиђај, сматрамо да кључну улогу приликом вршења ове доказне радње имају радници

[3] Види члан 229 ЗКП РС а у вези са чланом 225 став 1.

[4] Очигледно је да се овај процесни изузетак често испољава само у формалном смислу, док у суштини, тј. у пракси , овлаштена службена лица полиције углавном врше увиђај, тако да се у квантитативном смислу, изузетак претвара у правило.

стручне криминалистичке службе, с обзиром на то да ни тужилац ни судија не располажу потребним стручним знањем из области криминалистике. За стручно вршење увиђаја потребно је, поред познавања права, познавање и извјесне технике.

Имајући у виду наведено, законодавац је предвидио да орган који врши увиђај може затражити помоћ стручних лица криминалистичко техничке или друге струке који ће по потреби помоћи у проналажењу, обезбјеђењу или описивању трагова, извршити потребна мјерења и снимања, сачинити скице и фотодокументацију или прикупити и друге податке. Наиме, увиђај је комплексна доказна радња коју успјешно може извршити само кадровски добро оспособљена и технички опремљена увиђајна екипа у којој дакле, примарну улогу има криминалистички техничар.

Најзад, законодавац даље прописује да се на увиђај може позвати и вјештак, ако би његово присуство било од користи за давање налаза и мишљења. На крају овог уводног дијела рада важно је указати да ни стручно лице, нити вјештак, не врше увиђај, већ имају само помоћну функцију у односу на орган поступка који предузима увиђај. То не значи да се током увиђаја не могу вршити и одређена вјештачења по општим правилима.

2. Процесни ток увиђаја

Одредбама Закона о кривичном поступку, као што смо видјели, није детаљно регулисана структура увиђаја нити ток његовог провођења. Законодавац не прописује у којој форми и којим током треба провести увиђај. Међутим, ако форма за неку процесну радњу као што је нпр. увиђај, није прописана, процесни субјект врши радњу на начин који сматра најпогоднијим за постизање циља те радње, у складу са општим одредбама о формама процесних радњи и у складу са основним начелима кривичног поступка и основним начелима криминалистике. С тим у вези, ЗКП регулише процесне формалности провођења увиђаја а правила криминалистике одређују начин провођења увиђаја с тактичко техничког и методолошког становишта.

2.1. Обезбјеђење мјеста кривичног догађаја

Одмах након запримања пријаве о почињеном кривичном дјелу на лице мјеста се упућује најближа патрола полиције ради обезбјеђења мјеста кривичног догађаја, до доласка увиђајне екипе. Можемо рећи да обезбјеђење мјеста догађаја почиње првим доласком службеног лица на мјесто догађаја и траје до момент када се мјесто догађаја оставља без полицијског надзора, тј. до окончања увиђаја.

Обезбјеђење мјеста догађаја претходи увиђају и представља неку врсту "конзервирања" затеченог стања, до доласка увиђајне екипе. Сам поступак

обезбјеђења лица мјеста, обухвата низ међусобно повезаних активности полиције: одређивање ширине круга лица мјеста, његово обиљежавање, поступање са присутним лицима, онемогућавање дејства различитих реметилачких фактора и посебну заштиту појединих предмета и трагова[5]. Другим ријечима, квалитетна заштита (обезбјеђење) мјеста кривичног догађаја је услов и најзначајнији аспект проналажења, прикупљања и конзервирања доказа.

Од способности полицијских службеника, да правилно идентификују, изолују и обезбједе (заштите) мјесто догађаја, не ријетко, зависи доношење одлуке о покретању, као и исходиште покренутог кривичног поступка[6]. Због тога је веома битна и значајна ова оперативна радња полиције која претходи самом увиђају. Стога се понекад истиче да обезбјеђење лица мјеста и није самостална радња, већ мјера која у односу на увиђај има уводно обиљежје.

2.2. Информативна фаза

Ова фаза увиђаја се уобичајено обиљежава као информативна, а неки аутори да би је ближе одредили додају атрибуте „оријентацијска“ или „вербална“. То је фаза у којој се увиђајни орган на мјесту догађаја оријентише временски и просторно. Ова фаза увиђаја претходи увиђају и најчешће обухвата читав низ, по својој природи различитих дјелатности увиђајног органа одмах по доласку на лице мјеста.

Доласком увиђајне екипе на лице мјеста започиње ова фаза увиђаја. Када екипа за вршење увиђаја стигне на лице мјеста, затечено стање може да буде двојако: лице мјеста је било обезбијеђено или лице мјеста није било обезбијеђено.

Уколико је мјесто догађаја претходно било обезбијеђено, полицијски службеник ће обавијестити увиђајну екипу о свим мјерама које су предузете, о свему што је запажено, о евентуалним промјенама уоченим на мјесту догађаја, као и о резултатима већ обављених информативних разговора, о својим запажањима у погледу релевантних околности на мјесту догађаја, те о лишавању слободе осумњичених, или задржавању очевидаца догађаја (свједока), уколико су такве радње обављене. Зависно од конкретних околности случаја руководилац увиђаја ће одлучити да ли ће наставити са прикупљањем информација или ће све информације и податке поново прикупити од истих лица.

Ако мјесто догађаја није било раније обезбијеђено, руководилац увиђаја као најхитнију мјеру организује обезбјеђење лица мјеста. По доласку на лице мјеста,

---

[5] Жарковић, М., Кривичнопроцесни и криминалистички аспекти увиђаја на мјесту догађаја, Београд, 2005, оп. цит. стр. 96

[6] Како је услов успјешног обезбјеђења лица мјеста не само брз излазак, него и зналачки наступ полицијских службеника који су први изашли на лице мјеста (треба често спроводити интензивне обуке и припреме полицајаца у циљу квалитетног обезбјеђења – заштите мјеста догађаја, јер се сваки од њих може наћи у ситуацији да обезбјеђује лице мјеста криминалног догађаја до доласка увиђајне екипе).

увиђајна екипа ће водити прелиминарне, информативне разговоре[7] са очевицима, као и лицима која могу да ближе објасне околности под којима се одиграо догађај, те дају значајне информације о условима мјеста догађаја, о могућем учиниоцу кривичног дјела, његовом доласку и одласку са лица мјеста, идентитету оштећеног и свим другим битним околностима за разјашњавање кривичног догађаја.

Садржина ове оперативно тактичке радње се огледа у неформалној комуникацији између овлаштеног лица органа унутрашњих послова и грађанина за кога се претпоставља да може да пружи информације у погледу разрјешења одређеног кривичног догађаја[8]. Саслушање очевидаца (свједока) на лицу мјеста има низ предности у односу на спровођење ове радње у канцеларији увиђајног органа, зато што се саслушањем на лицу мјеста активирају асоцијације и подстиче исправно сјећање. Резултати ових разговора, мада они сами по себи немају непосредан процесни значај и доказни карактер, могу веома корисно да послуже као значајан путоказ за откривање нових чињеница те за обликовање криминалистичких верзија.

У овој фази увиђаја посебна пажња се посвећује добијању сазнања о могућим промјенама на лицу мјеста догађаја након извршеног кривичног дјела (да ли су и који трагови и предмети уништени или контаминирани, да ли је ко и када напустио лице мјеста). Такође, прикупљају се подаци и у вези са атмосферским приликама у вријеме извршења кривичног дјела и провођења увиђаја ради касније евентуалне реконструкције догађаја. Начелно треба обићи мјесто догађаја без улажења у његов простор. Оријентисањем се на лицу мјеста стиче општи утисак о простору на коме се одиграо кривични догађај и укупној (глобалној) ситуацији његовог одвијања. Треба одредити и правац кретања по лицу мјеста који се не смије мијењати јер, ако се поремети, може се десити да се затечени трагови униште или „изгубе“, па их је касније немогуће издвојити и оперативно користити. Простор мјеста увиђаја може се, сходно процјени увиђајног органа и чланова тима, повећати или смањити.

Након одређивања лица мјеста, доноси се одлука о вршењу увиђаја, а потом и план даљњег рада на основу консултовања са члановима увиђајне екипе. У случајевима када је у питању сложени криминалистички догађај, пожељно је израдити писани план провођења увиђаја, с посебним акцентом на редослијед провођења појединих криминалистичких мјера и радњи и одређивања ко ће их и чиме извршити. Такође се може донијети одлука о евентуалном проширењу увиђајне екипе или о ангажовању других стручних лица или вјештака.

С обзиром на различитост појединих криминалних случајева, као и специфичности њиховог вршења, немогуће је донијети прецизна упутства по којима

---

[7] Информативни разговори немају процесни карактер, што значи да искази добијени на тај начин не могу да послуже као доказ на суду. Сматрамо да би било добро када би ЗКП омогућио да се, када увиђај врши тужилац, са лицима која имају одређена сазнања о догађају поступи као са свједоцима, у складу са одговарајућим процесним одредбама, тако да њихови искази послуже као доказ у кривичном поступку.

[8] Симоновић, Б., Прибављање и оцјена исказа пред полицијом и на суду, Крагујевац, 1997., оп. цит. стр. 65.

би се одвијале поједине радње и поступци током вршења увиђаја. Редослијед предузимања појединих радњи на увиђају обавезно пролази кроз двије основне фазе: статичку и динамичку.

2.3. Статичка фаза

У статичкој фази увиђаја руководилац увиђајне екипе и криминалистички техничар улазе у круг лица мјеста и веома смирено, пажљиво и детаљно прегледају лице мјеста у цјелини, уочавају поједине предмете и трагове и њихов међусобни однос, обиљежавају их бројевима или словима (маркирају их), врше потребна мјерења, описује уочене трагове, врше мисаону реконструкцију кривичног догађаја, планирају и анализирају верзије како би установили значај и везу између запажених чињеница. У овој фази увиђаја ништа не смије да се мијења и помјера у изгледу и затеченом стању лица мјеста, зато се она и врши са „рукама у џеповима“. Она се још назива и пасивном (статика-непомичност).

Ако се ради о отвореном простору, лице мјеста се може разгледати почев од његове периферије према центру, односно ужој локацији кривичног дјела (концентрични начин)[9], или обрнуто, од центра догађаја према крајњим тачкама лица мјеста (ексцентрични начин)[10], или по секторима (линијски или фронтални начин)[11], на које се дијели увиђајна локација (нпр. двориште је један сектор, економски дио домаћинства други, воћњак трећи итд.) . За подјелу на секторе и фиксну тачку приликом мјерења користе се природне карактеристике терена или маркантни објекти (међашњи камен, километарски стуб, мост, кућа итд.). Овдје треба посебно истаћи и нагласити старо криминалистичко искуство да је учинилац обично на самом мјесту извршења кривичног дјела опрезнији, а што се више од њега удаљава пажња му попушта те чешће оставља трагове, а понекад и предмете кривичног дјела. Због тога је битно увијек извршити преглед и ширег лица мјеста.

Преглед затворених просторија почиње по правилу од улаза тако што ће се обратити пажња на простор (врата, прозори, кваке, зидови, плафони, подови), намјештај, дијелове покућства који се налазе поред зида и на средини просторије, трагове и предмете који указују на кривично дјело. Посебну пажњу треба обратити на откривање могућих трагова папиларних линија на полира-

---

[9] Концентрични начин прегледа лица мјеста се врши од периферије ка центру, под којим се подразумијева најважнији уочени објекат прегледа (леш, обијени сеф, извор загађења код еколошких деликата итд.). Предност овог метода је што носи најмањи ризик од уништења или оштећења трагова кривичног дјела.

[10] Ексцентрични начин прегледа лица мјеста се врши од центра према перифиерији. Ризик овог метода је могућност губитка неких трагова, али је његова предност у остварењу главне замисли и усмјерености ка циљу, што значи да на овај начин, увиђајни орган доследно слиједи постављене криминалистичке верзије догађаја.

[11] Линијски или фронтални начин прегледа лица мјеста врши се од полазне, унапреијед за то одређене тачке, по правим линијама од једног краја до другог цјелокупне површине која се истражује.

ним, емајлираним и уопште глатким површинама. Уколико се претпоставља да на таквим површинама или било којим другим предметима, постоје отисци папиларних линија, поступаће се посебно пажљиво и неће се додиривати како се не би уништили трагови. Откривање латентних трагова папиларних линија, те микротрагова, голим оком невидљивих, подразумијева да се у току статичке фазе увиђаја обави мисаона реконструкција догађаја.

Мисаона реконструкција догађаја, као могући синоним за криминалистичку верзију, представља тежишну тачку не само статичке фазе увиђаја, већ и цјелокупног скупа криминалистичких радњи које се врше на мјесту догађаја. Њоме се даје објашњење запаженог и уоченог, тако да се на мисаон начин, дакле не фактички, реално, већ само замишљено, реконструише цијело кривично дјело или поједини сегменти његовог извршења. Посебно је значајно да се у оквиру мисаоне реконструкције утврди ток извршења кривичног дјела, однос узрока и посљедица, те претпостављени пут доласка и одласка учиниоца, његове активности на мјесту догађаја, средство и начин извршења дјела, те положај и међусобни однос одређених субјеката у моменту извршења дјела (нпр. учиниоца и жртве, или извршиоца и саучесника, итд.).

У оквиру статичке фазе увиђаја, као што је наглашено, ништа се на мјесту догађаја не дира и не помјера, али се приликом прегледа пажљиво траже трагови и предмети кривичног дјела, као и други важни детаљи, које криминалистички техничари видно обиљежавају. Трагови и предмети се описују (записник), обиљежавају бројевима или словима (тзв. маркирање), мјере, утврђује се удаљеност између њих, проучавају, тумаче, фотографишу у цјелокупности и детаљима, одређује се њихов однос и суоднос с другим траговима и предметима и преноси у скицу лица мјеста. Обиљежавање идентификованих трагова и предмета врши се бројевима и словима, али не насумице него по одређеном логичном редослиједу. Њихов редослијед треба да одражава логичан слијед догађаја према фазама извршења кривичног дјела. Сматрамо једино исправним да поступак идентификовања и обиљежавања тече истовремено, како би се могућност нехотичног уништења или оштећења предмета, а посебно трагова, свела на најмању могућу мјеру.

Опажене чињенице у овој статичкој фази морају се објективно констатовати и фиксирати. Стално треба водити рачуна о томе да се одвајају опажене чињенице од мишљења и закључака. Објективно описивати значи описивати резултате запажања без изношења властитих или туђих судова. Резултате треба описати с крајњом одређеношћу и јасноћом, тако да се једноставно и лако разликују од каснијих утврђивања у динамичкој фази увиђаја.

Након обиљежавања трагова и предмета, приступа се снимању које се врши по одређеном редослиједу, тако што се прво, са више стајних тачака снима ближа и даља околина мјеста догађаја, при чему је најбоље користити фотограметријску технику, која пружа могућност да се касније на основу фотографија изради веома прецизна скица мјеста догађаја[12]. Такође, сматрамо да је неопходно да се приликом вршења увиђаја, у већој мјери, рутински користи

[12] Шкулић, М., Увиђај и криминалистичке верзије, Београд, 1998. оп. цит. стр. 135.

видео техника, нарочито у сложеним ситуацијама, које се одликују бројним траговима, предметима и разноврсним детаљима на мјесту догађаја као што су нпр. авионске несреће, пожари и експлозије, теже саобраћајне несреће итд.

Иако је принцип, као што смо видјели из претходног излагања, да статички дио увиђаја претходи динамичком, чињеница да је свака механичка подјела увиђаја на статичку и динамичку фазу сувише поједностављена. Увиђај представља јединствену цјелину и ову подјелу на фазе треба схватити условно. У практичном вршењу увиђаја понекад и нема јасно одређене границе између једне и друге фазе, што је условљено и специфичношћу самог случаја.

2.4. Динамичка фаза

Чланови увиђајне екипе у овој фази су најактивнији. Они разгледају, траже, откривају, проучавају и фиксирају поједине трагове и предмете, мичу их, узимају у руке уколико је то могуће (физички и у трасолошком смислу-латентни отисци прстију), детаљно испитују и истражују, проучавају значај распореда трагова и ствари, њихов међусобни однос итд.

У овој фази увиђаја дакле, могу се предмети узимати у руке, мицати и разгледати, пазећи да се при томе не униште постојећи трагови, посебно невидљиви (латентни), да се исти не контаминирају и не произведу нови. Криминалистички техничар, уз помоћ гумених рукавица, узима поједине предмете, разгледа, описује, скида са њих трагове папиларних линија и друге трагове, уколико постоје, пакује их и означава. На сличан начин се поступа и са траговима. Они се проналазе, изазивају и обезбјеђују ради даљег чувања. Поједини предмети и трагови су од значаја уколико имају посредне или непосредне везе са кривичним дјелом, учиниоцем или жртвом.

Главна потешкоћа за увиђајни орган, односно за чланове увиђајне екипе у овој фази увиђаја лежи у околности, да често није могуће расудити који су трагови и предмети корисни тј. важни за будући кривични поступак с доказног аспекта. Шта више, често се не може утврдити који су трагови и предмети уопште у вези с кривичним дјелом.

Данас у вези с изложеним проблемом, код практичара влада мишљење да је боље прикупити више трагова и предмета, иако пренатрпаност разним трасолошким објектима води до трасолошког баласта и губљења прегледа у односу на чињенично стање, него премало, што у правилу има за посљедицу непотпуност провођења увиђаја. Квалитет и квантитет откривених и осигураних трагова и предмета чини основно, али не и једино мјерило ефикасности увиђаја. Међутим треба имати у виду чињеницу, да о крајњем исходу кривичног поступка не одлучује квантитет него квалитет пронађених трагова и предмета[13].

[13] Правила савремене трасологије не познају подјелу (разликовање) трагова на више или мање важне трагове у смислу њихове доказне корисности, јер сваки траг без обзира на врсту, количину и квалитет може допринијети поступку криминалистичке идентификације. Зато важи правило: Све трагове треба знати открити (пронаћи), правилно и правовремено фиксирати, осигурати и користити у доказне сврхе.

У оквиру динамичке фазе увиђаја у круг лица мјеста поред тужиоца (ако је изашао на лице мјеста) криминалистичког инспектора и криминалистичког техничара на улазе и друга стручна лица (вјештаци различитих струка), који се по потреби ангажују за стручну обраду, анализу, прикупљање и паковање трагова и предмета кривичног дјела. То су најчешће стручњаци судскомедицинске струке, пиротехничари, балистичари, саобраћајни, машински или електро инжењери, трасолози, биолози, хемичари итд.

Предмети пронађени на лицу мјеста узимају се у руке (на рукама треба имати обавезно рукавице) и детаљно истражују. На њима се траже оштећења, промјене и трагови кривичног дјела, освјетљавају се специјалним свјетлом, нпр. ултраљубичастим зрацима, или помоћу лупе за увеличавање како би се детаљно прегледали. Мјеста за које се претпоставља, да се на њима налазе латентни трагови, посипају се специјалним хемикалијама или прашковима како би се учинили видљивим и затим фиксирали. Потом се фотографишу заједно са носиоцем трга, трагови се обезбјеђују примјеном транспарентне фолије и пакују. Рељефни трагови који настају дјеловањем тврђег предмета на меку подлогу, (трагови обуће, трагови пнеуматика на меканој површини) се у оквиру динамичке фазе увиђаја фиксирају поступком мулажирарања, тако што се у њих улива одређена смјеса како би се добио одливак који ће служити за идентификацију. Микротрагови се фиксирају на различите начине у зависности од њихове врсте и носиоца трага. Локације за које се претпоставља да су носиоци микротрагова обљепљују се лепљивом траком, усисава се прашина усисивачем за њихово прикупљање, приноси се наелектрисани штап, или се предмет са претпостављеним микротраговима пакује у херметичке најлонске кесе. У записнику и скици треба назначити локације са којих су узимани микротрагови и методе њиховог фиксирања.

На лицу мјеста је потребно и обавезно уочити такозване "негативне чињенице", уколико оне постоје, што је могуће само под условом стручно, детаљно и стрпљиво извршеног увиђаја. Ове „негативне чињенице", које по неком логичком и природном развоју догађаја не би требало да постоје, упућују нас на претпоставку да је у питању симуловано или фингирано кривично дјело[14]. Треба имати у виду и да извршилац на лицу мјеста оставља одређене трагове и предмете, намјерно и ненамјерно. На лицу мјеста се могу наћи ствари које припадају извршиоцу, а и жртви, као и ствари чији власник није познат. Могу да постоје и подметнуте ствари, намјерно остављене од стране извршиоца да би се откривањем оваквих ствари, расвјетљавање кривичног дјела усмјерило у погрешном правцу. С тим у вези, сувише велика очигледност неке чињенице може нас навести на "логичан" закључак, што може да буде веома погрешно ако тако изведену оцјену не провјеримо и са свим осталим чињеницама утврђеним на лицу мјеста.

[14] Примјер из праксе: Провалник је наводно ушао кроз разбијени прозор, а увиђајем се утврди да је прозор разбијен ударцем изнутра, а не споља или пиштољ у десној руци самоубице упућује на могућност фингирања ако знамо да је лице које је мртво било леворуко.

Ова фаза увиђаја има наглашен истраживачки карактер. Утврђује се поријекло пронађених трагова и предмета и гледа који се закључци из њих могу извести у односу на кривично дјело, њихове узроке и сл. То и јесте циљ и тежиште увиђаја у трасолошком смислу.

Важност трагова, као носилаца информација „нијемих свједока" је огромна, али они могу да своју доказну функцију обезбједе једино уколико се на исправан начин не само открију, већ и квалитетно обезбједе и сачувају.

На крају ове фазе увиђаја, изузимају се и пакују трагови и предмети који могу непосредно или посредно (вјештачење) послужити у доказне сврхе. Начин паковања и амбалажа за паковање трагова и предмета морају онемогућити уништење, контаминацију и губљење трага или предмета кривичног дјела. Приликом паковања трагова и предмета на амбалажи се означава врста трага, број под којим је траг обиљежен у скици и записнику о увиђају, мјесто и датум вршења увиђаја. У записнику о увиђају треба навести врсту трага, локацију налажења, методе узимања, начин паковања и стручно лице које је обавило те радње. Узимање и паковање трагова са лица мјеста обавља криминалистички техничар[15].

Након завршеног увиђаја обавезно се саставља увиђајна документација (записник о увиђају, фотодокументација, скице лица мјеста), која представља трајни доказни материјал о чињеничном стању затеченом на лицу мјеста.

3. Увиђајна документација

3.1. Записник о увиђају

Основни и обавезни начин фиксирања чињеничног стања на лицу мјеста кривичног догађаја је записник о увиђају, чија су форма и начин састављања прецизно регулисани Законом о кривичном поступку РС.[16] а садржај правилима криминалистике. Законодавац установљава обавезу састављања записника о свакој радњи предузетој у току кривичног поступка, истовремено са вршењем радње, или ако то није могуће онда непосредно послије тога. Сва ова питања око записника се односе на записник уопште, што значи да се примјењују индиректно и на записник о увиђају. Одредбом члана 63 став 3 ЗКП РС. је наглашено да се у записник уносе подаци који су важни с обзиром на природу увиђаја, или за утврђивање истовјетности појединих предмета (опис,

[15] У раду на проналажењу, фиксирању и паковању релевантних предмета и трагова криминалистички техничар, а и остали чланови увиђајне екипе максималну пажњу морају посветити очувању њихове аутентичности и заштите од контаминације. Погубни резултати другачијег приступа нарочито долазе до изражаја када су у питању биолошки трагови. То стога, што се они могу најлакше контаминирати, односно услед примјене не адекватног поступка изазивања, фиксирања и паковања учинити не употребљивим за даљу анализу.

[16] Види члан 62 и 63 ЗКП РС

мјере и величине предмета или трагова, стављање ознаке на предметима и др.) а ако су направљене скице, цртежи, планови, фотографије, филмски снимци и слично, то ће се навести у записнику и прикључити истом. Највећи дио ове законске одредбе има очигледан криминалистички садржај, што представља изузетно добро рјешење, јер упућује на примјену провјерених криминалистичких правила.

Из изложеног произилази да је ријеч о дијалектичком јединству форме и садржаја (прописа ЗКП и правила криминалистике), који налажу увиђајном органу да у записник о увиђају мора и смије унијети само важне (релевантне) чињенице за кривични поступак, које служе за разјашњавање кривичноправног случаја и које су резултат непосредног опажања увиђајног органа и учесника у увиђају.

Само такав записник о увиђају који испуњава све захтјеве у погледу, форме и криминалистичко тактичко – техничке захтјеве у погледу садржаја, постаје својеврстан необорив доказ исправом у односу на садржај. Будући да се записник о увиђају саставља у општем интересу у вршењу јавне службе , јавног овлаштења, он је јавна исправа органа поступка[17].

Записник о увиђају је процесни документ који вјерно, потпуно и детаљно региструје све утврђене релевантне чињенице и објективно стање на лицу мјеста. У њега као јавну исправу, није дозвољено уносити чињенице које нису непосредно опажене чулима увиђајног органа или учесника у увиђају, оне које су спорне, сумњиве или подложне накнадним промјенама у поступку. Садржај записника о увиђају треба да буде „описна слика“ ријечима стања ствари утврђеног непосредним опажањем на мјесту увиђаја од стране увиђајног органа и учесника у увиђају, по најобјективнијим и најстручнијим критеријима, без икаквих примјеса субјективног и као таквог подложног промјенама или другачијим оцјенама. Само онда када записник о увиђају садржи објективно утврђене чињенице, он може послужити као доказ тих чињеница[18]. Објективно, он мора да буде састављен тако да човјек који га чита, а који није био на лицу мјеста и није раније имао никакву представу о стању затеченом на лицу мјеста, може на основу записника себи да представи потпуну слику догађаја.

Записник о увиђају треба да има необориву доказну снагу на основу суштине свог садржаја, а то су објективно утврђене чињенице непосредним опажањем у току увиђаја, а не на основи својства јавне и службене исправе. Свакако да својство јавне и службене исправе претпоставља и захтјева такав садржај тих исправа, који је необорив и као такав доказује с великом сигурношћу оно што је у њему садржано и наведено[19].

Поред записника, као његов саставни дио, користе се као докази, и други начини приказивања чињеничног стања затеченог увиђајем на лицу мјеста:

---

[17] Јавна исправа је испрва коју је у прописаном облику издао државни орган или установа у границама своје надлежности, као и исправа коју је у таквом облику издала организација у пословима јавне службе који су јој законом повјерени.

[18] Модлу Д., Методика увиђаја, Сарајево, 1999. оп. цит., стр. 24.

[19] Петрић Б., Записник о увиђају, ЈРКК бр. 3. 1965. Београд, стр. 378 и даље.

скице, фотографије, снимање чињеничног стања фотокамером, макете. Сви они заједно, записник о увиђају, скице са лица мјеста, фотодокументација увиђаја, треба да буду међусобно повезани и да упућују једни на друге.

3.2. Фотодокументација и скица лица мјеста

Упркос настојању да се утврђено чињенично стање са лица мјеста детаљно и прецизно опише у записнику о увиђају, поједине околности са лица мјеста је много објективније фиксирати другим методама.

Скице и фотографије се обично нуде као доказни материјал који је реалистичнији од ријечи због тога што они доприносе визуелизацији чињеничног стања фиксираног у току увиђаја и служе рељефнијем, пластичнијем, евидентнијем и јаснијем приказивању оних података који су описно (ријечима) фиксирани у записнику о увиђају.

Дакле, може се прихватити мишљење да су скице посебан процесни акт, посебна врста доказа, тј. специфичан доказ исправом, самосталан, с наглашеним техничким карактеристикама. Ријеч је о посебном графичком облику писменог изражавања у облику цртежа или гравуре. Наиме, у току обављања увиђаја, слободном руком се сачињава кроки скица лица мјеста. У њу се уносе измјерена растојања и димензије трагова. Скицом се графички записује и изражава, оно што је непосредно запажено приликом увиђаја. Предност скице је у томе што се код ње може тачно одредити облик, величина и међусобни положај уцртаних објеката. Посебна предност скице испољава се у томе, што она пружа могућност да се у њу, поред објективно нађеног чињеничног стања приликом увиђаја, унесу и подаци који се црпе из изјава особа. То омогућава да се на скици графички прикажу противрјечности у исказима, које треба другим методама објашњавати и отклањати.

Скица и фотографија се међусобно не искључују, већ напротив допуњују, тако што један и други начин фиксирања чињеница има и своје предности и своје недостатке.

Фотографије спадају у категорију техничких снимака. И фотографијама начињеним током вршења увиђаја се придаје велики значај, и то не само фактички, већ и процесни. Оне представљају самосталан процесни доказ sui generis. Њихов садржај је доказ и на њему се може темељити одлука. Свака фотографија појединачко, као и фотодокументација у цјелини, има веома велику доказну вриједност.

Фотографисање чињеничног стања приликом обављања увиђаја има читав низ предности у односу на све друге облике фиксирања и зато је незаобилазни дио документације о увиђају. Предности фотографије као начина фиксирања чињеничног стања су у томе, што се фотографијом могу фиксирати све појединости, без обзира да ли су оне важне или не. Услед тога, ако нека појединост на коју се у први мах није обратила пажња, неће се евидентирати у записнику

о увиђају, нити ће се уцртати у скицу и ситуациони план, али касније у току увиђаја уколико се та чињеница укаже као важна за кривични поступак, фотографија нам помаже да тачно реконструишемо њено постојање, облик и положај. Како се ситуација мјеста догађаја најчешће веома брзо мијења, касније непосредна обрада и анализа детаља који су претходно били занемарени, често ће бити немогућа. Међутим, у једном броју случајева то ће моћи да се уради на основу детаљног истраживања и анализе једне или више фотографија[20].

Међутим, у овој предности истовремено лижи и слабост фотографије јер услед тога што фотографски објектив не врши никакву елиминацију, може се догодити да нека важна појединост не буде на фотографији довољно видљива јер је камуфлира обиље неважних појединости. За разлику од фотографије, скица омогућава да се у њу уцртају након одабира само они објекти за које се сматра да су важни, а неважни се могу занемарити тј. не унијети у скицу. Због тога је скица много прегледнија, али истовремено и садржајно много сиромашнија од фотографије.

Осим фотографија, у пракси се користи фотограметријско снимање камерама, којима се ситуација на лицу мјеста фотографише из два супротна правца. На основу тих снимака се израђују ситуациони планови лица мјеста догађаја, који су знатно прецизнији и тачнији од уобичајених скица. Ти ситуациони планови се израђују на персоналном рачунару.

Фотографисање чињеничног стања приликом обављања увиђаја има, како смо већ истакли, читав низ предности у односу на све друге облике фиксирања и зато је незаобилазни дио документације о увиђају. Фотографија на одређен начин представља облик вјештачког памћења и омогућава накнадну реконструкцију догађаја. Због тога је она нужна и неопходна допуна записника, а за судско вијеће замјена за непосредно опажање на мјесту криминалног чина[21].

Од фотографија снимљених на лицу мјеста сачињава се елаборат који чини важан дио увиђајне документације. Фотографије се у елаборат уносе по логичком редослиједу од општег, преко посебног, ка појединачном. Најприје се приказују панорамске слике лица мјеста, затим фотографије лица мјеста у цјелини и на крају детаљ фотографије појединих трагова и доказа. С обзиром на чињеницу да се само дио од укупног броја фотографија сачињених током обраде мјеста догађаја уврштава у увиђајну фотодокументацију и прилаже уз записник, може се поставити питање: какав је доказни значај фотографија које су сачињене током увиђаја, а сагласно процјени (или због пропуста) криминалистичког техничара нису уврштене у формирану фотодокументацију и приложене уз записник.

Чини се логичним да би се и ове фотографије, уколико може да се потврди њихова вјеродостојност и чињеница да су снимљене у току вршења увиђаја,

---

[20] Поред осталог, уз помоћ савремене компјутерске технике, на основу постојећих снимака могуће је и израдити ситуациони план. Липовац К., (2), Увиђај саобраћајних незгода-израда скица и ситуационих планова, Београд, 2000., оп. цит., стр. 46.

[21] Марковић Т., Суврeмена тахника истраживања кривичних дјела (Криминалистика), Загреб, 1972. стр. 328.

могле накнадно доставити на захтјев суда и, као такве, узети у обзир при разматрању и утврђивању чињеничног стања мјеста кривичног догађаја.

Насупрот одликама фотографских (видео) снимака које им обезбјеђују велику доказну снагу, постоји техничка могућност интервенције на начињеним снимцима (фотомонтажа). Како се овим отвара могућност довођења у питање аутентичности и вјеродостојности начињених снимака, у току поступка заинтересовани субјекти могу увијек, чак и онда када је снимљена ситуација јасна, иницирати на суду расправу о доказном кредибилитету презентиране фотодокументације (најчешће само појединих снимака сачињених на мјесту догађаја).

Самим тим, онај ко нуди фотографски (видео) снимак као доказ, мора бити спреман да посвједочи да је снимак истинит приказ ситуације. Како то обично значи и да неко мора да посвједочи да оптички снимак истинито приказује ситуацију, приказ ће практично бити неспоран уколико је то урадило службено лице које руководи вршењем увиђаја приликом сачињавања записника[22].

4. Вриједност увиђаја као доказне радње

Резултати прибављени увиђајем имају велику доказну вриједност од оних који су прибављени другим доказним радњама (нпр. саслушање свједока, предочавање ради препознавања) зато што се њиме постиже објективна процјена ситуације на лицу мјеста, истражује се и фиксира записником, материјално чињенично стање и у знатној мјери умањује субјективност у процјенама која је карактеристична за персоналне изворе доказа. Дакле, с доказног аспекта садржај записника о увиђају је доказ исправом, односно доказ sui generis, на основу кога се може темељити судска одлука.

Имајући у виду наведено, вриједност увиђаја као доказне радње у цјелини је велика, због тога што се помоћу њега непосредним опажањем утврђују правно релевантне чињенице са лица мјеста, које чине садржину кривичне ствари и основ су касније свих судских одлука у кривичном поступку.

Међутим какву ће доказну вриједност имати увиђај, зависи од његовог професионалног и квалитетног начина како је урађен а самим тим и његовог односа према чињеницама које се утврђују. Дакле, резултати прибављени увиђајем имају велику доказну вриједност у кривичном поступку једино уколико је радња обављена у складу са Законом о кривичном поступку РС. и уз поштовање правила криминалистике, и процедура како је претходно у овом раду и изложено.

---

[22] У иностраној судској пракси су већ формирани ставови о доказној снази дигиталних приказа. Тако, на примјер, у поступку државе Вашингтон против Ерика Хајдина који је вођен 1998. године у случају убиства, одбрана се изричито противила употреби дигиталног приказа истичући да је он промјењив. Суд је ипак одобрио његову употребу и оптукжени је проглашен кривим. Ту одлуку је потврдио и Апелациони суд (Staggs, S. B., The Admissibility of Digital Photographs in Court, Crime Scene and Evidence Photographer Guide, www.crime-scene-investigator.net).

Према томе, нема сваки увиђај значајну доказну вриједност , већ само онај који је спроведен по закону и правилима струке. Насупрот томе, уколико је увиђај не стручно обављен и нису примијењене методе које су биле на располагању или су направљене грешке и слабости приликом његовог предузимања, такав увиђај ће имати умањену доказну вриједност или је неће имати, односно резултати увиђаја у вези са појединим доказима биће доведени у питање. Ову пак околност, утврђује суд оцјеном увиђаја као доказне радње на основу свог слободног увјерења. Тако ће суд, оцјењујући увиђај као доказ у сваком конкретном случају, утврдити његову вриједност најприје појединачно, а затим у склопу свих осталих доказа конкретног кривичног предмета[23].

Доказни карактер увиђаја не произилази само из вриједности коју у себи садржи непосредно чулно опажање које увиђајни орган предузима на лицу мјеста. Чулно опажање није једина одредница појма увиђаја. Основна одредница увиђаја је криминалистичка информација која се проналази, анализира и фиксира приликом предузимања увиђаја. Имајући у виду да су криминалистичке информације настале извршењем кривичног дјела подложне убрзаном пропадању и губитку, услед многобројних фактора, већу доказну вриједност има увиђај који је предузет у краћем временском размаку од извршења кривичног дјела. Због тога су криминалисти потпуно сагласни да највећу доказну вриједност има истражни увиђај који је предузет у истрази.

Доказна вриједност увиђаја који се предузима на главном претресу или чак у другостепеном поступу је много мања зато што се у тој фази кривичног поступка не могу откривати нови трагови и предмети кривичног дјела с обзиром на временске дистанце од момента извршења кривичног дјела. Судија који предузима увиђај у оквиру главног претреса не може више "непосредно чулно да опажа" промјене које су услед извршеног кривичног дјела настале на лицу мјеста јер су трагови уништени, а предмети склоњени.

Из напријед изложеног, а у вези са темом овог рада, поставља се основно питање: Да ли одредбе важећег ЗКП-а на адекватан начин прописују увиђај као веома значајну доказну радњу и да ли постоји могућност изналажења бољих рјешења.

5. Закључак

Постојећа законска концепција увиђаја која се годинама заснива на чулном непосредном опажању је као што видимо, превазиђена, и није у складу са савременом концепцијом спровођења те радње. Сматрамо да се данас може говорити о видној разлици између постојећег законског текста и оног што је о увиђају објављено у стручној литератури, посебно криминалистичкој и што се данас мање више готово свакодневно у пракси проводи. С тим у вези треба постојећу законску дефиницију увиђаја из члана 157 ЗКП РС, због њене ус-

[23] Стевановић, Ч., Ђурђић, В., Кривично процесно право, Општи део, Ниш, 2006. оп. цит. стр. 240.

кости, свеобухватно измијенити, и у исту уврстити и друге радњи које се не састоје у непосредном опажању а које су изузетно важне приликом спровођења увиђаја као што су: проналажење, прикупљање, фиксирање, мјерење, бројање и испитивање трагова, компаративно упоређивање, описивање, скицирање, фотографисање, мулажирање, проналажење микротрагова који се и не могу непосредно опазити чулима и сл.

Такође сматрамо да би члан 229 ЗКП РС требало мијењати у правцу, да се провођење увиђаја предвиди као "обавезно" у свим случајевима постојања основане сумње да је извршено кривично дјело које се гони по службеној дужности, а не да се оставља на оцјену увиђајном органу хоће ли или не извршити увиђај. Исто тако сматрамо да би у односу на вријеме предузимања увиђаја, (под којим подразумијевамо период који дијели моменат извршења кривичног дјела до тренутка започињања увиђаја) требало прописати да се код сваког криминалног догађаја с увиђајем треба започети „одмах". Зато смо и мишљења, да је став да овлаштено службено лице мора добити овлаштење тужиоца за вршење увиђаја, неаргументован. Већина увиђаја као радњи је непоновљива. Управо због разлога хитности и непоновљивости по нама требало би мијењати предметну одредбу члана 229 у правцу да се овлаштена службена лица обавежу да започну са провођењем увиђаја не чекајући тужиоца да дође на лице мјеста, дакле одмах након обавјештења, управо из разлога што су овлаштена службена лица припадници службе која је оперативнија од тужилаштва.

Сматрамо да би такође трабало у ЗКП прописати да се у тежим и сложенијим криминалним случајевима, увиђај на лицу мјеста проводи обавезно тимски уз учешће и других стручних лица одговарајуће струке, а не да се одлука по том питању оставља нахођењу увиђајног органа који се често руководи начелом економичности а не начелом утврђивања материјалне истине.

Нажалост, данас развој науке и технике се рефлектује и на усавршавање начина извршења разних кривичних дјела. Зато техници криминалаца треба супротставити технику криминалиста, а данас је то немогуће без учешћа стручних лица различитих научних профила.

Вељко Турањанин,
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

УЗИМАЊЕ УЗОРАКА КАО РАДЊА ДОКАЗИВАЊА ПРЕМА ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ

Апстракт. *Аутор у раду разматра узимања узорака као доказну радњу према новом Законику о кривичном поступку Србије. Питање објашњено у раду највећим делом до сада није било предмет регулисања наведеног законског текста, све до најновијих опсежних законодавних реформи. Законодавац је реформом увео у кривичнопроцесно законодавство три врсте узимања узорака. То су: узимање биометријских узорака, узимање узорака биолошког порекла и узимање узорака за форензичко-генетичку анализу. Њихово регулисање представља корак напред у овој проблематици, па је аутор, поред образлагања решења у Србији, пружио схватања Европског суда за људска права, који је заузео став по питању легитимитета узимања узорака и њиховог чувања, као и односа са привилегијом против самооптужења. Поред уводних и завршних разматрања у којима је дао предлоге de lege ferenda, аутор је разјаснио сваки тип узимања узорака, а на крају је пружио модел из праксе.*

Кључне речи: *узимање узорака биолошког порекла, узимање биометријских узорака, узимање узорака за форензичко-генетичку анализу, доказивање, Европски суд за људска права*

Увод

"*Ухо разликује глас говорника, као што око разликује лица*."

Квинтилијан (35–96 АД)

Криминалитет постоји још првих људских заједница, а друштво се на различите начине покушава супротставити овој појави. Реакција на криминалитет, свакако, мора бити благовремена, слојевита и синхронизована (Илић и Бановић

2013: 99). Доказати да је одређено лице извршило кривично дело, пак, често није једноставно. Због тога, доказивање представља једну од најважнијих активности које предузимају овлашћени субјекти у кривичном поступку. Доказ се може појавити у више форми, почев од, на пример, фрагмента ДНК до признања окривљеног да је извршио кривично дело (Evans 2010: 7). Будући да се ради о изузетно широкој области, на почетку ћемо само скренути пажњу на неопходност прављења разлике између појма доказа, доказног основа и доказног средства. Под доказом се подразумева чињеница на основу које се од стране надлежног органа утврђује постојање или непостојање чињеница чије је утврђивање у кривичном поступку неопходно, док су доказна средства законом одређене форме у којима се јављају докази. Напокон, доказни основи су чињенице које су већ утврђене и из којих се изводи закључак о истинитости чињенице коју треба доказати (Бејатовић 2014а: 274). Новим Закоником о кривичном поступку предвиђено је мноштво новина (Бејатовић 2013; Бејатовић 2014б; Шкулић 2014; Илић и Бановић 2014; Илић 2014; Ђурђић 2014; Блануша 2014; Дамјановић 2014; Манојловић 2014; Бошковић и Чворовић 2014; Турањанин и Воштинић 2014а; Турањанин и Воштинић, 2014б; Петровић 2011; Важић 2013; Томић 2013; Тинтор 2013; Цветковић 2013; Лопушина 2013; Бугарски 2013), а процес реформе и упрошћавања кривичног поступка у циљу постизања његове веће ефикасности, условио је већи број промена у домену доказивања (Бејатовић 2013: 36-47).[1]

Открити и доказати извршење кривичног дела, пронаћи његовог извршиоца и изрећи му кривичну санкцију у складу са законом представља основни циљ у кривичном поступку. Томе служе и сва његова правила (Hassemer 2011: 186), што трагање за истином подиже на високо место у поступку, али на том путу постоји мноштво препрека. Кривични поступак је конструисан тако да су поједине вредности у њему у супротности са успостављањем тачности чињеница (Damaška 1998: 305). Законодавац је у Србији предвидео више доказних средстава (при том их делећи на редовна и посебна), а у овом раду тежиште ће бити стављено на узимање узорака. Наиме, нови законски текст о кривичном поступку у Србији садржи низ значајних новина усмерених на коришћење савремених технологија. Примена технологије не може бити једино решење у борби против криминалитета, али јесте део решења (Makin и Miller 2014: 3), због чега је потребна како адекватна опрема тако и припрема лица за коришћење исте. Заобилазећи друга решења где се јавља неопходност употребе наведених средстава, за наша разматрања су значајни чланови којима је регулисање узимање узорака, а према важећем ЗКП-у, постоје три врсте: узимање биометријских узорака, узимање узорака биолошког порекла и узимање узорака за форензичко-генетичку анализу. Тиме истовремено улазимо у област форензике, као науке која анализира пронађене трагове на месту извршења кривичног дела, како би се утврдило порекло трага, те веза између трага и дела (Сретенов 2014: 231).

[1] Као и другим законодавствима у региону, тако и је и оном Републике Србије хитно била неопходна реформа. Била је потребна храброст да законодавац уопште уђе у крупне реформске подухвате, или, као што је то лепо речено, законодавац ће допустити готово све, толерисати скоро све, пре него што се усуди да крене у реформске подухвате (Langbein 1978: 19).

Узимање узорака

Узимање биометријских узорака

"*Поље доказа није ништа друго него поље знања*."

(Bentham 1810, цитирано према: Anderson, Schum и Twining 2005: 1)

Установљавање идентитета човека по физичким карактеристикама или по особинама понашања познато је још из ране историје, а већ Квинтилијан је забележио да је ухо способно да разликује гласове, као што око може да разликује лица (Li, Toh и Li 2012: предговор књиге). У циљу утврђивања чињеница у поступку, од осумњиченог се могу и без пристанка узети отисци папиларних линија и делова тела, букални брис и лични подаци, саставити лични опис и направити фотографија (форензичка регистрација осумњиченог (чл. 140. ст. 1. ЗКП-а). Дакле, ови узорци служе да се вештачењем, применом одговарајућих биолошких метода, утврди групна припадност или служе за ДНК анализу (Бејатовић 2014: 333). Бројни су начини идентификације и биометријске методе, али све имају своје предности и недостатке (Jain, Bolle и Pankanti 2002: 4). Упркос називу, домашај одредаба којима је регулисано узимање биометријских узорака је знатно шире, обухватајући и узорке који се не користе искључиво за биометријску идентификацију (Илић *et al*. 2013: 375).[2] У ову групу би требало да спадају и поједини узорци који су, грешком, сврстани у узорке биолошког порекла, о чему ће више бити речи у одговарајућем делу рада. Овде се, као што законодавац и наглашава, ради о форензичкој регистрацији осумњиченог, док се највећи део активности односи на утврђивање различитих индивидуалних телесних обележја применом биометријских метода, које се користе за идентификацију и верификацију лица на основу појединих индивидуалних карактеристика које поседује људско тело (Илић *et al*. 2013: 375; Симоновић 2004: 540). Биометрија представља аутоматско препознавање појединаца, базирано на њиховим биолошким карактеристикама, или карактеристикама понашања (Pato и Millett 2010:1), док се под биометријским методама идентификације подразумевају савремене технике засноване на коришћењу софистицираних уређаја за скенирање, мерење и похрањивање у бази података индивидуалних и непроменљивих телесних обележја, која служе као образац за аутоматску компарацију, упоредну верификацију и идентификацију лица (Симоновић 2004: 535). Иако на први поглед изгледа да је то релативно једноставно, у суштини није, те се проблеми решавања идентитета неког лица групишу превасходно у две категорије: верификација и идентификација лица. Верификација нас упућује на проблем потврђивања или одбацивања идентитета лица, док се код идентификације ради о његовом утврђивању (Jain, Bolle и Pankanti 2002: 1-2).

[2] Теоретски, под идентитетом се подразумева збир општих и посебних карактеристика преко којих се разликује од других лица и по којима се може идентификовати, из чега следи да идентитет неког лица обухвата лични идентитет (базиран на подацима које је лице стекло рођењем), биографски (који настаје у процесу живота у интеракцији појединца са друштвом) и биометријски (који представља идентитет заснован на јединственим физичким карактеристикама или карактеристикама понашања (Пауновић и Старчевић 2002-2004: 1).

Када је то неопходно ради утврђивања истоветности или у другим случајевима од интереса за успешно вођење поступка, суд може одобрити да се фотографија осумњиченог јавно објави (чл. 140. ст. 2. ЗКП-а). Објављивање фотографије, дакле, није неопходно, већ орган поступка у свакој конкретној ситуацији процењује неопходност објављивања. У првом случају, што ће вероватно представљати и најчешћи случај, неопходно је утврдити истоветност осумњиченог, док се у другом случају ради о фактичким околностима од којих зависи успешно вођење кривичног поступка.

Ради отклањања сумње о повезаности са кривичним делом, од оштећеног или другог лица затеченог на месту извршења кривичног дела могу се и без пристанка узети отисци папиларних линија и делова тела и букални брис (чл. 140. ст. 3. ЗКП-а). Под местом извршења кривичног дела, према Кривичном законику Србије, подразумева се како место где је предузета или пропуштена радња, тако и место на коме је наступила последица, али и свако друго место на коме се могу пронаћи предмети и трагови кривичног дела (Илић *et al*. 2013: 369; Симоновић 2004: 290).

Описане радње по наредби јавног тужиоца или суда предузима стручно лице (чл. 140. ст. 4. ЗКП-а). Дакле, на првом месту, функционална надлежност за доношење наредбе о узимању узорака подељена је између јавног тужиоца и суда, а зависи од фазе поступка у којој долази до неопходности предузимања ове радње. Друго, ову радњу ће предузети стручно лице. Стручно лице које треба да предузме описану радњу нема својство вештака у кривичном поступку.

Узимање узорака биолошког порекла

Узимању узорака биолошког порекла и предузимању других медицинских радњи, које су по правилу медицинске науке неопходне ради анализе и утврђивања чињеница у поступку, може се приступити и без пристанка окривљеног, изузев уколико би због тога наступила штета по његово здравље (чл. 141. ст. 1. ЗКП-а). Ако је потребно утврдити постојање трага или последице кривичног дела на другом лицу, узимању узорака биолошког порекла и предузимању других медицинских радњи у складу са наведеним ставом, може се приступити и без пристанка лица, изузев ако би наступила каква штета по његово здравље (чл. 141. ст. 2. ЗКП-а). Узимање узорака биолошког порекла по наредби јавног тужиоца или суда предузима здравствени радник (чл. 141. ст. 4. ЗКП-а). Здравствени радник који треба да узме узорке процењује ризик по оштећење здравља лица од којег се узимају, а према ставу судске праксе, недостаци који се односе на обављање клиничког прегледа, присуство лекара и време достављања узорка крви на анализу на алкохол, не чине тај доказ таквим да се на њему не може засновати судска одлука (Пресуда ВКС број 156/10 од 23. марта 2010. године; Илић *et al*. 2013: 377).[3]

[3] Под здравственим радником се подразумева лице које има завршен медицински, стоматолошки, односно, фармацеутски факултет, као и лице са завршеном другом школом здравствене струке, а које непосредно као професију обавља здравствену делатност у здравственим установама или приватној пракси, под условима прописаним посебним законом (чл. 165. ст, 1. Закона о здравственој заштити; Илић et al. 2013: 377).

Од окривљеног, оштећеног, сведока или другог лица, може се ради утврђивања чињеница у поступку узети узорак гласа или рукописа ради упоређивања (чл. 141. ст. 3. ЗКП-а). Ако ово лице без законског разлога одбије да да узорак гласа или рукописа, суд може казнити новчаном казном до 150.000,00 динара (чл. 141. ст. 5. ЗКП-а). Дакле, ова мера се не може предузети против воље лица од којег се захтева. Оно може одбити давање узорка само уколико има ваљан законски разлог, који процењује орган поступка. Међу законским разлозима који оправдавају одбијање узорка гласа и рукописа превасходно спадају они засновани на праву окривљеног да ништа не изјави или ускрати одговор на поједина питања, те на искључењу/ослобођењу од дужности сведочења или давању одговора на поједино питање. Уколико се не ради у ваљаном разлогу, ово лице новчаним казнама може ипак бити принуђено да да узорак. О жалби против решења којим је изречена новчана казна одлучује веће, а жалба не задржава извршење решења (чл. 141. ст. 6. ЗКП-а).

Проф. Бејатовић и Ђурђић потпуно исправно запажају да је сврставање узимања узорака гласа и рукописа погрешно, јер се не ради о узорцима биолошког порекла, те самим тим узимање описаних узорака треба предвидети међу одредбама којима је регулисано узимање узорака биометријског порекла, о којима смо говорили на првом месту овом раду (Бејатовић 2014а: 332; Ђурђић 2013: 112). Потреба за овом методом идентификације јавља се у случајевима, примера ради, уцена које се врше преко телефона, код отмица и преговарања са жртвом путем телефона, прислушкивања телефонских и других разговора терориста итд. (Симоновић 2004: 544).[4] Иначе, сматра се да глас представља једну од појава где је тешко направити разлику између физичких карактеристика и карактеристика понашања, јер представља смешу њихових обележја (Пауновић и Старчевић 2002-2004: 1; Dessimoz *et al*. 2007).

Узимање узорака за форензичко-генетичку анализу

Под форензичко-генетичком анализом подразумева се анализа дезоксирибонуклеинске киселине (ДНК), то јест, утврђивање генетичког кода јединственог за сваког појединог човека. Генерално посматрано, рад форензичких генетичара зависи од лабораторије, а самим тим и од конкретне државе у питању, а за наша разматрања значајно је да ту улази анализа материјала сакупљеном на месту извршења кривичног дела и идентификација људских остатака (Goodwin, Linacre и Hadi 2007: 1). ДНК је постала важно средство у форензици за установљавање идентитета човека, нарочито у идентификацији извршилаца тешких кривичних дела попут убиства или силовања, али се примењује и код

[4] Глас, као комплексан звук, поред лингвистичког, фонетског и акустичког карактера, садржи и одговарајућа индивидуална обележја, захваљујући којим не постоје две особе на свету које имају идентичне карактеристике гласа (Симоновић 2004: 544). Једноставно, глас је карактеристика појединца (Jain, Bolle и Pankanti 2002: 4; Furui 1997). Међутим, идентификација путем гласа често може бити отежана, како у ситуацији када постоји мноштво узорака тако и у ситуацијама у којима је квалитет снимка гласа слаб услед микрофона или канала комуникације. Тешкоће у изоловању карактеристика гласа изазивају и здравствени, али и емотивни проблеми лица чији је снимак гласа проучава (Jain, Bolle и Pankanti 2002: 5), а глас се мења и услед година старости, акустике, положаја или удаљености од микрофона (Месаровић 2007: 47).

провала и утврђивања људских остатака и несталих особа (Thompson, Zoppiss и McCord 2012: 3). Данас постоји више метода анализе ДНК, а многе се још увек развијају (Kaye и Sensabaugh 2011: 131). Иако ДНК представља огроман корак напред у доказивању, истовремено је доказно средство које се редовно оспорава и преиспитује (Сретенов 2014: 232).

Иначе, почеци форензичке генетике датирају у 1900. годину, када је Карл Ландштајнер (*Karl Landsteiner*) описао АБ0 крвни систем, при чему је нагласио да се појединци могу груписати у различите категорије базиране на крвној групи. Нагле могућности за развој ове области настале су 60-их година прошлог века, када је почело изучавање ДНК (Goodwin, Linacre и Hadi 2007: 2-5). Отприлике у ово време и полиција почиње да прати напредак у технологији, тражећи јој простор у области откривања кривичних дела и сузбијању криминалитета (Makin и Miller 2014: 2-3), иако се поједини корени модерних форензичких наука протежу до средине XIX века (Eckert 1997b: 21), а свој спори али константан развој одржавају од последње четвртине XIX века (Eckert 1997a: 11). Уобичајени задатак форензичких генетичара у упоредним законодавствима јесте узимање узорака од окривљеног и оштећеног и њихова како међусобна компарација, тако и упоређивање са узорцима са лица места извршења кривичног дела (Goodwin, Linacre и Hadi 2007: 1). Помоћу ДНК конкретно лице можемо са сигурношћу да искључимо као потенцијалног извршиоца, док позитиван ДНК доказ може само са високим процентом сигурности да указује на једно лице као извршиоца.[5] Суштински, ДНК доказ оставља мало места сумњи у фактичку невиност окривљеног (Gould 2008: 4).

Законодавац је предвидео две ситуације у којима долази до доношења наредбе за узимање узорака за форензичко-генетичку анализу: ради откривања учиниоца кривичног дела или утврђивања других важних чињеница и узимање узорака од осуђеног лица ради регистрације. Ако је потребно ради откривања учиниоца кривичног дела или утврђивања других чињеница у поступку, јавни тужилац или суд може наредити узимање узорака за форензичко-генетичку анализу:

1. са места кривичног дела и другог места на коме се налазе трагови кривичног дела;

2. од окривљеног и оштећеног, а под условима предвиђеним у чл. 141. ст. 2. ЗКП-а;

3. од других лица ако постоји једна или више карактеристика која их доводи у везу са кривичним делом (чл. 142. ст. 1. ЗКП-а).

Дакле, материјални услов код узорака који служе за форензичко-генетичку анализу се огледа у неопходности откривања учиниоца кривичног дела или утврђивању других чињеница у поступку, док процесни услов представља постојање наредбе органа поступка (Шкулић 2013: 41).

[5] Не треба да губимо из вида ни чињеницу да се ДНК показало као ефикасно средство доказивања невиности осуђених лица, услед погрешних осуда (Miller 2006). Погрешне осуде, једноставно, и данас постоје као доказ несавршености кривичнопроцесних система, а постоје и схватања да су упркос постојању и даље недовољно истражене (Stratton 2015: 21).

О томе шта се подразумева под местом кривичног дела, већ смо говорили, а овде и законодавац јасно наглашава да се под њим подразумева и место где се налазе трагови кривичног дела. Узимању узорака за форензичко-генетичку анализу се може приступити и против воље окривљеног и оштећеног, изузев уколико би наступила штета по његово здравље. И коначно, поставља се питање шта се подразумева под карактеристиком која неко лице доводи у везу с кривичним делом. У теорији се сматра да се под овим појмом не подразумева траг или последица кривичног дела, него одређена обележја која могу бити од значаја за идентификацију лица, попут антрополошких карактеристика и других особености које чине лични опис неког лица (Илић *et al*. 2013: 379).

У компаративној теорији је искрснуло питање односа узимања узорака од осумњиченог са привилегијом против самооптужења. Европски суд за људска права је заузео становиште да је привилегија против самооптужења примарно усмерена на право окривљеног да се брани ћутањем, али не може проширити на материјал који је прикупљен од окривљеног, као што је узорак даха или крви за потребе ДНК анализе (*Saunders v. UK, Application no. 19187/91, 1996*). Али, у пресуди блиској овој, суд је сматрао да постоји нарушавање привилегије против самооптужења када је осумњичени прогутао кесицу кокаина, након чега му је лекар убризгао еметик, средство за повраћање. У овом случају нарушен је чл. 3. Европске конвенције због нехуманог и понижавајућег третмана осумњиченог, јер иако у основи дошло до узимања узорка ван воље осумњиченог, начин који је примењен је био далеко тежи него што то случај приликом узимања узорка крви или косе (*Jalloh v Germany, Application no. 54810/00, 2006*; Ashwort 2008: 765; Choo 2010: 4).

У одлуци о изрицању кривичне санкције која се састоји у лишењу слободе, првостепени суд може по службеној дужности одредити да се узорак за форензичко-генетичку анализу узме од:

1. окривљеног коме је за кривично дело учињено са умишљајем изречена казна затвора преко једне године;

2. окривљеног који је оглашен кривим за умишљајно кривично дело против полне слободе;

3. лица коме је изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења (чл. 142. ст. 2. ЗКП-а).

Овде се мора радити о правноснажној одлуци, без обзира на пропуст законодавца да то пропише. Вођење евиденције о узетим узорцима, њихово чување и уништавање уређује се актом из чл. 279. ЗКП-а (чл. 142. ст. 3. ЗКП-а). Но, више не представља изненађење што у чланом 279. није регулисано готово ништа, осим тога да начин вођења казнене евиденције уређује Влада (чл. 279. ЗКП-а). Суштински, законодавац треба да донесе законски текст којим би регулисао материју чувања узорака. Пошто се ради о изузетно осетљивој материји, која с једне стране задире у људска права и слободе, а са друге је подложна злоупотребама, неопходно је хитно законско регулисање (Симоновић 2004: 482). Овако, Србија остаје једна од ретких европских држава која нема

регулисан ДНК регистар, чиме упада у процеп између кривичнопроцесних решења и остварених могућности у пракси, а све заједно стоји у супротности са ставовима Европског суда за људска права и слободе. Наиме, једна од најпознатијих одлука Европског суда у овој материји била је пресуда *S. and Marper v. United Kingdom* од 04. децембра 2008. године (*Applications nos. 30562/04 and 30566/04*). Укратко, *S.*, као малолетно лице (једанаестогодишњак), лишено је слободе и оптужено за разбојништво у покушају, 19. јануара 2001. године, при чему су му узети отисци прстију и ДНК узорак. Међутим, 14. јуна 2001. године је донета пресуда којом није оглашен кривим за извршено кривично дело. Мајкл Марпер (*Michael Marper*) је лишен слободе 13. марта 2001. године, оптужен за узнемиравање партнера, узети су му отисци прстију, а 14. јуна исте године је поступак против њега званично прекинут услед измирења са партнером. Оба апликанта су тражила хитно уништавање узорака који су узети од њих. Али, одбијани су са захтевом због тога што је по тадашњем британском закону узимање узорака било трајно након хапшења, без могућности уништавања. Након што су одбијени у свим инстанцама, апликанти су се обратили Европском суду, наглашавајући да неуништавање узетих узорака повређује њихово право на приватност. Суд је једногласно донео одлуку да је повређен чл. 8. Европске конвенције о људским правима и слободама, то јест, њихово право на поштовање приватног и породичног живота. У поступку је акценат био стављен на питање да ли је чување отисака прстију и ДНК узорака лица која су осумњичена, али нису оглашена кривим, потребно у демократском друштву. Суд је заузео становиште да није. Једине државе у Европи, које су имале законе којима су узорци трајно задржавани биле су Енглеска, Велс и Северна Ирска (тачка 110. пресуде), док остале европске државе имају у законодавствима имплементиране одредбе којима је прописано или хитно уништавање узорака и профила након ослобађајуће пресуде или у одређеном року након њеног доношења.[6] Иако на први поглед не привлачи пажњу, па се због тога често и пропушта у буде медијски игнорисана (Michael *n.d.*: 147), чињеница је да је суд забранио и чување отисака прстију, а не само ДНК профила. На крају, суд је изразио забринутост у вези са великим ризиком стигматизације осумњичених, јер се невина лица на овај начин изједначавају са осуђеним (тачка 122. пресуде).

Пресуда је водила променама у енглеском законодавству, па је најпре у појединим пресудама Врховни суд констатовао да постојећи закон није у складу са чл. 8. Европске конвенције о људским правима и слободама (на пример, *R (on the application of GC) (FC) (Appellant) v The Commissioner of Police of the Metropolis (Respondent) и R (on the application of C) (FC) (Appellant) v The Commissioner of Police of the Metropolis (Respondent)*, од 18. маја 2011. године), а након тога је дошло и до промена у законодавству. По Закону о заштити слобода из 2012. године (*Protection of Freedoms Act 2012*), прави се разлика између окривљених и оптужених за неко од квалификованих кривичних дела

[6] Ипак, упркос чињеници да је стразбуршки суд ставио акценат и на ДНК профил и на отиске прстију, у Италији је законодавац временски ограничио само чување биолошких узорака и ДНК профила, док се отисци могу чувати неограничено (Crupi 2015: 273-276).

(*qualifying offences* – одређена кривична дела против полне слободе, насилничка дела и кривична дела тероризма) од окривљених који су само ухапшени, али нису оптужени (секција 3. закона). У оба случаја се води рачуна о њиховој пређашњој осуђиваности, па ако имају досије, задржавање података је неограничено. У првом случају, ако окривљени није осуђен, подаци се могу задржати најдуже три године, а у другом, где није ни оптужен, такође најдуже три године, али уз одобрење одговорносг лица (*Independent Commissioner for the Retention and Use of Biometric Material*). За друга кривична дела, узорци морају бити хитно уништени, ако се поступак не оконча осуђујућом пресудом (секција 4. закона). Такође, овим законским текстом је детаљно регулисано и у којим ситуацијама и за која кривична дела може доћи до трајног задржавања узорака, а посебно је интересантно да постоји и одредба којом је предвиђено задржавање узорака до две године због националне сигурности, у оним случајевима када би узорци требало да буду уништени.[7]

Посебно је питање до кад се чувају узорци након изрицања правноснажне осуђујуће судске пресуде. ЗКП-ом Србије је одређен изузетно широк круг кривичних дела за која суд може да одреди узимање узорака за форензичко-генетичку анализу. Пре свега, то су дела против полне слободе, која су извршена с умишљајем, при чему морамо да запазимо да не постоји кривично дело из ове групе које може бити извршено из нехата. Затим, ту спадају поступци у којима је изречена мера обавезног психијатријског лечења (при чему није наглашено да ли се ради о лечењу у здравственој установи или на слободи, јер су Кривичним закоником Србије предвиђене обе мере). Иако практични разлози говоре у прилог томе да би узорке требало узети и од лица коме је изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи, прописано је да се исти могу узети само у одлуци која се састоји у лишењу слободе, па самим тим, узимање узорка у случајевима изрицања ове мере безбедности није могуће (Илић *et al*. 2013: 380). На крају, ту потпадају и сва друга кривична дела извршена са умишљајем, а за која је изречена казна затвора преко годину дана. Европски суд сматра да се узорци прикупљени у поступку завршеном осуђујућом пресудом могу чувати, али одређен временски период. Будући да овај период у Србији још увек није одређен, то значи да се узорци могу чувати неограничен период времена, што није у сагласности са Европском конвенцијом о људским правима.[8] О важности ДНК узорка говори се и у пресуди канадског суда у предмету *R. v. Plant* (*1993 3 S.C.R. 281*), у којој се наглашава да узимање и задржавање

[7] Занимљиво је споменути и податке који стоје у вези са уништеним узорцима. Наиме, након ступања на снагу овог законског текста, па до октобра месеца 2013. године, уклоњено је из енглеске Националне базе података 1.766.000 ДНК профила узетих од невиних лица, затим, 1.672.000 узорака отисака прстију, такође од невиних лица, а уништено је 7.753.000 ДНК профила, од чега је 480.000 било узето од деце. У истом периоду, узето је 6.800 ДНК профила и додато у базу, од лица осуђених за кривична дела убиства и сексуалних деликата (Beard и Lipscombe 2014: 5-6).

[8] Примера ради, уништавање узорка биолошког материјала на основу којег је обављена ДНК анализа и добијен ДНК профил се у Републици Српској се обавља протеком три године од момента од када је ДНК профил депонован у базу података, док се профил осуђеног извршиоца кривичног дела уништава након протока тридесет година од узимања узорка за анализу.

ДНК узорка није тривијална ствар, јер ДНК садржи најинтимније детаље о неком лицу, због чега му може бити тешко нарушено право на приватан живот.

ЗАКЉУЧАК

У гломазној реформи кривичног процесног законодавства у Републици Србији, биле су неизбежне и промене на пољу доказивања. Законодавац је регулисао три врсте узимања узорака: узимање биометријских узорака, узимање узорака биолошког порекла и узимање узорака за форензичко-генетичку анализу. Иако нас ово подсећа махом на амерички кривични поступак, ово представља велики корак напред и за српско право. Но, за бољу имплементацију прописаних одредаба, законодавац треба што пре да отклони поједине грешке, пре свега када је у питању погрешно сврставање узорака гласа и рукописа међу одредбе којима је регулисано узимање узорака биолошког порекла. На другом месту, што пре треба донети закон којим би се регулисало чување ДНК профила и узорака. Србија представља изузетак у Европи по овом питању. Као што смо видели, Европски суд за људска права је заузео прилично јасан став, налазећи да неограничено задржавање узорака и ДНК профила, те отисака папиларних линија, нарушава Европску конвенцију о људским правима и слободама. Посебно питање на које је неизбежно скренути пажњу, а које је од значаја за практично поступање полиције у земљама региона, јесте однос узетих доказа из тела окривљеног са привилегијом против самооптуживања, што налаже посебан опрез.

Литература

Anderson, T., D. Schum, and W. Twining. *Analysis of Evidence.* Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Ashwort, A. "Self-Incrimination in European Human Rights Law - a Pregnant Pragmatism." *Cardozo Law Review, vol. 30, no. 3*, 2008: 751-774.

Бејатовић, С. "Казнена политика законодавца и реформа кривичног процесног законодавства Србије." In *Казнена политика (закон и пракса)*, by С. Бејатовић и др., 5-148. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2013.

— *Кривично процесно право.* Београд: Службени гласник, 2014а.

— "Непосредна оптужница као инструмент државне реакције на криминалитет." *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет.* Златибор: Интермекс, 2014б. 253-268.

Beard, J., and S. Lipscombe. "Retention of fingerprints and DNA data." 2014.

Bentham, J. *An Introductory View of the Rationale of the Law of Evidence for Use by Non-lawyers as well as Lawyers.* Bowring edition, 1810.

Блануша, А. “Припремно рочиште.” *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*. Златибор: Интермекс, 2014. 269-280.

Бошковић, Г., and Д. Чворовић. “Оптужење и скраћени кривични поступак.” *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*. Златибор: Интермекс, 2014. 426-440.

Бугарски, Т. “Посебни кривични поступци у новом ЗКП-у - скраћени кривични поступак и рочиште за изрицање кривичне санкције.” *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*. Златибор: Интермекс, 2013. 212-228.

Важић, С. “Нова решења код мера за обезбеђење присуства окривљеног и несметаног вођења кривичног поступка.” *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*. Златибор: Интермекс, 2013. 117-130.

Весна Петровић. “Нова решења у Законику о кривичном поступку Републике Србије.” *Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу, број 2*, 2011: 30-45.

Goodwin, W., A. Linacre, and S. Hadi. *An Introduction to Forensic Genetics*. Chichester: John Wiley & Sons, Ltd, 2007.

Gould, J. *The Innocence Commission: Preventing Wrongful Convictions and Restoring the Criminal Justice System*. New York-London: New York University Press, 2008.

Damaška, M. “Truth in Adjudication.” *Hastings Law Review, vol. 49*, 1998: 298-307.

Дамјановић, Д. “Однос пресуде и оптужбе.” *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*. Златибор: Интермекс, 2014. 325-330.

Dessimoz, D., J. Richiardi, Ch. Champod, and A. Drygajlo. “Multimodal biometrics for identity documents.” *Forensic Science International, vol. 167*, 2007: 154–159.

Ђурђић, В. “Доказне радње.” In *Приручник за примену Законика о кривичном поступку*, by С. Бејатовић, М. Шкулић and Г. Илић, 83-152. Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавниих тужилаца Србије, 2013.

— “Контрола оптужбе - систем контроле оптужбе и одлуке.” *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*. Златибор: Интермекс, 2014. 226-242.

Eckert, W. “Historical Development of Forensic Sciences.” In *Introduction to Forensic Sciences*, by W. Eckert, 21-42. Boca Raton-New York-London-Tokyo: CRC Press, 1997b.

Eckert, W. “Introduction to the Forensic Sciences .” In *Introduction to Forensic Sciences*, by W. Eckert, 11-20. Boca Raton-New York-London-Tokyo: CRC Press, 1997a.

Evans, C. *Criminal Justice: Evidence.* New York: Infobase Publishing, 2010.

Илић, Г. *et al*. *Коментар Законика о кривичном поступку Србије.* Београд: Службени гласник, 2013.

Илић, Г. “Нека јавнотужилачка искуства у примени новог ЗКП-а.” *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*. Златибор: Интермекс, 2014. 176-186.

Илић, Г. П., and Б. Бановић. “Оштећени као супсидијарни тужилац у кривичном поступку.” *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*. Златибор: Интермекс, 2014. 93-103.

— “Полиција и нова решења у Законику о кривичном поступку.” *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена.* Златибор: Интермекс, 2013. 99-116.

Jain, A., R. Bolle, and S. Pankanti. “Introduction to Biometrics.” In *Biometrics: Personal Identification in Networked Society*, by A. Jain, R. Bolle and S. Pankant, 1-8. New York-Boston: Kluwer Academic Publishers, 2002.

Kaye, D., and G. Sensabaugh. “Reference Guide on DNA Identifiation Evidence.” In *Reference Manual on Scientifi Evidence*, 129-210. Washington: The National Academies Press, 2011.

Langbein, J. “Torture and Plea Bargain.” *The University of Chicago Law Review vol. 46*, 1978.

Li, H., K. Toh, and L. Li. *Advanced Topics in Biometrics.* Singapore: World Scientific, 2012.

Лопушина, Д. “Оптужење према новом ЗКП.” *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена.* Златибор: Интермекс, 2013. 183-190.

Makin, D., and L. Miller. *DNA and Property Crime Scene Investigation: Forensic Evidence and Law Enforcement.* Waltham: Elsevier Inc, 2014.

Манојловић, С. “Оптужење и поједностављене форме поступања у кривичним стварима.” *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет.* Златибор: Интермекс, 2014. 364-370.

Michael, K. “The European Court of Human Rights Ruling against the Policy of Keeping Fingerprints and DNA Samples of Criminal suspects in Britain, Wales and Northern Ireland: The Case of S. and Murper v United Kingdom.” *The Fourth Workshop on the Social Implications of National Security.* http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=10893&context=infopapers (accessed February 07, 2015).

Miller, K. *Wrongful Capital Convictions and the Legitimacy of the Death Penalty.* New York: LFB Scholarly Publishing LLC, 2006.

Месаровић, С. *Мултимодални биометријски системи (магистарска теза).* Београд: Факултет за пословну информатику, 2007.

Pato, J., and L. Millett. *Biometric Recognition: Challenges and Opportunities.* Washington, D.C.: The National Academic Press, 2010.

Пауновић, С., and Д. Старчевић. *Биометријски системи за утврђивање идентитета.* Пројекат интегрисаног аутоматизованог система за персонализацију електронских идентификационих докумената, Београд: МУП, 2002-2004.

Stratton, G. "Wrongfully Convicting the Innocent: A State Crime?" *Crit Crim*, 2015: 21-37.

Симоновић, Б. *Криминалистика.* Крагујевац, 2004.

Сретенов, Ј. "У којој мери ДНК може пружити чврст доказ?" *Crimen, vol. 2*, 2014: 231-239.

Тинтор, Ј. "Бранилац и нова решења у ЗКП." *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена.* Златибор: Интермекс, 2013. 145-171.

Томић, М. "Поједностављене форме поступања и нова решења у ЗКП." *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена.* Златибор: Интермекс, 2013. 183-190.

Турањанин, В., and М. Воштинић. "О појединим потешкоћама у примени новог Законика о кривичном поступку Србије." *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет.* Златибор: Интермекс, 2014а. 466-481.

— "Тужилачка истрага - искуства у БиХ и почетни проблеми у Србији." *Размена теоријских знања и практичних искустава везаних за рад по моделу тужилачке истраге и концепту адверзалног кривичног поступка.* Сјеница: Универзитет у Новом Пазару, 2014б. 270-287.

Thompson, R., S. Zoppiss, and B. McCord. "An Overview of DNA Typing Methods for Human Identifi cation: Past, Present, and Future." In *DNA Electrophoresis Protocols for Forensic Genetics*, by A. Alonso, 3-17. New York: Humana Press, 2012.

Цветковић, Б. "Ванредни правни лекови и нови ЗКП." *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена.* Златибор: Интермекс, 2013. 191-199.

Choo, A. "Compelling the Provision of Information: the Privilege against Self-incrimination as a Human Right." *Legal Studies Research Paper no. 2010-2*, 2010: 1-13.

Crupi, F. “New Perspectives for the Protection of Personal Data in Criminal Proceedings in the European Union and Repercussions on the Italian Legal System.” In *Human Rights in European Criminal Law: New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, by S. Ruggeri, 262-277. Heidelberg: Springer, 2015.

Furui, S. “Recent advances in speaker recognition.” *Lecture Notes in Computer Science 1206, Proceedings of Audio- and Video Biometric Person Authentication AVBPA ‘97, First International Conference.* Berlin: Springer-Verlag, 1997. 237-252.

Hassemer, W. “Human Dignity in the Criminal Process: The Example of the Truth-Finding .” *Israel Law Review, vol. 44*, 2011: 185-198.

Шкулић, М. “Нови Законик о кривичном поступку - очекивања од примене.” *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена.* Златибор: Интермекс, 2013. 33-68.

— “Оптужење и мере за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка.” *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*. Златибор: Интермекс, 2014. 143-175.

Veljko Turanjanin
Faculty of Law, University in Kragujevac
e-mail: vturanjanin@jura.kg.ac.rs

SAMPLES AS EVIDENCE IN THE NEW SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE

***Abstract**: The author in this work deals with the particular questions of the complex issues of proving in the criminal procedure, according to the new Criminal Procedure Code of Republic of Serbia. Namely, Serbia was adopted a new CPC in 2011, which entered into force in 2013. The main novelty that brings this legal text is moving from the concept of judicial investigation to prosecutorial investigation. However, it brings some changes in the field of proving. Since the area of proving is extremely tight, the authors pay attention to the specific changes in the already standard sphere of proving, while they emphasize completely new solutions. Among them, particularly stand out certain types of expertise and taking of samples. Taking of samples was not, so far, regulated in Serbian legislation. Now, the legislator regulates three types of this form: taking biometric samples, taking samples of biological origin and taking samples for forensic-genetic analysis. The author, in addition to the explaining of Serbian provisions, provides understandings of the European Court of Human Rights, which took a position on legitimacy of taking samples and their retention, as well as relation with the privilege against self-incrimination. After the main part of the work, the author gives final, concluding and critical remarks on the new solutions.*

***Key words**: evidence, taking biometric samples, taking biological samples, aking samples for forensic-genetic analysis, European Court of Human Rights*

ДОДАТАК – НАРЕДБА ЗА УЗИМАЊЕ БИОМЕТРИЈСКИХ УЗОРАКА

Република Србија
ВИШЕ ЈАВНО ТУЖИЛАШТВО У КРАГУЈЕВЦУ

КТИ. бр. /15
Дана _____ године
Крагујевац
ГЈ/МИ
Више јавно тужилаштво у ---------, заменик вишег јавног тужиоца ----------, у поступку против осумњ. ---------- из ----------, због кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из чл. 246. ст. 1. Кривичног законика и кривичног дела ометање овлашћеног службеног лица у обављању послова безбедности или одржавања јавног реда и мира из чл. 23. ст.1. Закона о јавном реду и миру, на основу **члана 140. став 1 ЗКП-а**, доноси дана ---------- године следећу

Н А Р Е Д Б У

Да се од лица осумњ. -------- из -------, ул. ---------- бр. --------, рођен ----------. године, од оца ----------, ЈМБГ ----------, сада у притвору у Окружном затвору у ----------, без његовог пристанка, узму биометријски узорци и то:

- букални брис
- отисци папиларних линија
- лични подаци;
- састави лични опис
- направи фотографија.

Узимање отисака папиларних линија, букалног бриса и личних података, те састављање личног описа и прављење фотографије предузеће стручно лице Полицијске управе у ----------.

НАРЕДБУ ДОСТАВИТИ:
Министарству унутрашњих послова
Дирекцији полиције,
ОКП ---------.

ЗАМЕНИК ЈАВНОГ ТУЖИОЦА

Иван Илић, асистент,
Правни факултет у Нишу

ПРЕКОРАЧЕЊЕ ОПТУЖБЕ - ТУМАЧЕЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ

Апстракт

Аутор се у раду бави једним од најсложенијих питања теорије кривичног процесног права и судске праксе. Прекорачење оптужбе представља дилему, која се често јавља у јудикатури, и ставови судова, по том питању, често су опречни. Аутор полази од ставова теорије, наводећи нешто старију, теорију "другог" и "другачијег" дела, и новију теорију чињеничних скупова. Након тога су представљени ставови, заузети у пракси судова некадашње Југославије. Аутор закључује да је за решавање питања прекорачења оптужбе од круцијалног значаја делотворно остваривање права на одбрану, као и премиса везаности суда искључиво чињеничним фундусом оптужбе, не и правном квалификацијом.

Кључне речи: везаност пресуде оптужбом, прекорачење оптужбе, право на одбрану, чињенична и правна питања

Уводне напомене

Предмет кривичног поступка (кривична ствар) детерминисана је оптужним актом овлашћеног тужиоца. То је директна последица важења оптужног начела, чија је суштина у старој латинској максими – *nemo iudex sine actore.* Између кривичне пресуде и оптужбе мора постојати субјективни и објективни идентитет. Субјективни идентитет значи да се пресудом могу обухватити само лица, која су означена у оптужном акту. При томе, промене у облику кривице (умишљај, нехат), нити промене у утврђеном доприносу окривљеног извршењу кривичног дела (извршилац, саучесник, у ужем смислу), не утичу на промену субјективног идентитета. Објективни идентитет означава постојање подударности између чињеничног описа оптужног акта и кривичне пресуде. Реч је о материјалном идентитету пресуде и оптужбе, који се односи на чињеничну основу, док формални идентитет не мора постојати, јер суд није везан правном

квалификацијом тужиоца.[1] Објективни идентитет, заправо постоји, ако постоји истоветност одлучних чињеница. Потребно је да постоји поклапање у погледу основних обележја, која конституишу одређено кривично дело, а нарочито у односу на заштитни објекат. Суштина саме кривичне ствари не сме бити измењена, и односу на оптужни акт. То значи да се у кривичном поступку могу утврђивати само чињенице, које се односе на кривично дело и окривљеног, означених у оптужници.[2] Суд додуше може утврђивати и друге чињенице, које доприносе свестраном и потпуном расветљењу кривичног дела, а не представљају елементе бића конкретног кривичног дела, али с циљем утврђивања правно релевантних чињеница предмета оптужбе. Суд, такође, није везан правном квалификацијом тужиоца, те је може изменити, ако на основу чињеничног описа оптужног акта произлази да је реч о неком другом кривичном делу, у односу на дело које означено у оптужби.

Прекорачење оптужбе у легислативи

Законодавац поставља јасна ограничења тврдњом да се пресуда може односити само на лице и на дело, које је обухваћено поднетим, или на главном претресу измењеним оптужним актом (члан 420. став 1. Законика о кривичном поступку[3]). Ако се у току поступка утврди да је окривљени извршио друго кривично дело, а не оно, које му се оптужбом ставља на терет, овлашћени тужилац, у складу са начелом мутабилитета, има овлашћење да измени оптужни акт. У складу са одредбом из члана 410. став 1. ЗКП, јавни тужилац у току главног претреса има право да прошири оптужницу, ако буде утврђено да је окривљени раније извршио неко друго кривично дело, које није било обухваћено првобитном оптужбом. У том случају суд ће бити везан чињеничним описом из тако измењеног оптужног акта. Ако суд не измени оптужни акт, којим ће га уподобити утврђеном чињеничном стању, суд мора донети ослобађајућу пресуду, применом члана 423. тачка 2, јер није утврђено да је окривљени извршио кривично дело, за које је оптужен.

Ако се на главном претресу утврди да је кривично дело извршено од стране другог лица, овлашћени тужилац не може проширити оптужбу у субјективном смислу. Он може одустати од оптужбе, услед чега ће суд донети одбијајућу пресуду, те након тога, подићи оптужбу, којом ће то лице означити као окривљеног. Доношење пресуде којом је нарушен идентитет између пресуде и оптужног акта представља прекорачење оптужбе. То је, уједно, једна од апсолутно битних повреда одредаба кривичног поступка и представља основ за изјављивање

[1] Бранко Петрић, Идентитет оптужбе и пресуде у кривичном поступку, Правни живот, бр. 6-7/1980, стр. 13.

[2] Ана Гарачић, Захвати суда у чињенични опис оптужбе, Одвјетник, број 9-10/04, текст доступан на: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic-Zahvati_suda_u_cinjenicni_opis_optuz.PDF, приступ: 22.12.2014. године.

[3] "Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014, у даљем тексту: ЗКП.

жалбе (члан 438. став 1. тачка 9. ЗКП). У случају да суд правног лека утврди да је пресудом оптужба прекорачена, дужан је да укине првостепену пресуду и предмет врати на поновно суђење.

Од везаности пресуде оптужбом постоји једно значајно одступање. Наиме, у поступку према малолетницима, ово правило не важи. Према члану 74. став 4. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица[4] (у даљем тексту: ЗМ), суду за малолетнике дато је овлашћење да донесе одлуку на основу чињеничног стања, утврђеног на главном претресу, без обзира на предлог[5] јавног тужиоца. Везаност суда за малолетнике за чињеничну основу иницијалног акта јавног тужиоца у поступку према малолетницима релативизована је изостанком прецизирања посебне форме, тј. елемената обавезне садржине захтева за покретање припремног поступка. У теорији се, као једно, од могућих решења, наводила аналогија са захтевом са спровођење истраге,[6] предлагањем да захтев за покретање припремног поступка треба да садржи елементе, који су били прописани за иницијални акт тужиоца, у редовном кривичном поступку. Увођењем тужилачке истраге, захтев за покретање истраге не постоји више као иницијални оптужни акт, те нема места прављењу аналогије са њим. У теорији је заступљено и схватање да захтев за покретање припремног поступка према малолетницима не треба да садржи ни чињенични опис, ни правну квалификацију. Овај став се аргументује изостанком обавезе суда да о покретању припремног поступка донесе формалну одлуку, као и релативизацијом везаности пресуде оптужбом.[7]

Са наведеним схватањем се не можемо сагласити. Без обзира на невезаност суда за чињеничну подлогу оптужбе, у иницијалном акту јавног тужиоца морају постојати чињенице, које представљају елементе бића кривичног дела, а малолетнику се стављају на терет. Из њих се изведен закључак јавног тужиоца о постојању основа сумње, на основу чега јавни тужилац упућује захтев суду да покрене поступак према малолетнику. У супротном, иницијални акт јавног тужиоца, без чињеничног описа и правне квалификације био би *захтев* само у номиналном смислу, док у суштинском смислу не би садржао тај кључни елемент, по коме се одређују оптужни акти. Због тога сматрамо да захтев за покретање припремног поступка треба да садржи чињенични опис и правну квалификацију, као што је то прописано за предлог за изрицање санкције ("опис и законски назив дела", члан 69. став 2. ЗМ).

Теоријска схватања о прекорачењу оптужбе

[4] "Сл. гласник РС", бр. 85/2005.

[5] У поступку према малолетницима, уместо оптужног акта фигурирају предлог за изрицање васпитних мера и предлог за кажњавање малолетника. Покретање поступка према малолетницима иницира се захтевом за покретање припремног поступка.

[6] Саша Кнежевић, Малолетничко кривично право – материјално, процесно и извршно, Ниш, 2010, стр. 192.

[7] Фрањо Хирјан, Младен Сингер, Малоњетници у кривичном праву, Загреб, 1987, стр. 401-402, наведено према: Саша Кнежевић, op. cit, стр. 193.

Питање идентитета оптужбе и пресуде представља једно од најсложенијих питања кривичног поступка, за теорију, али и за судску праксу. Према старијем теоријском схватању идентитет постоји, ако се пресуда односи на исти *догађај из прошлости*. Пресуда се мора односити на дело из оптужнице, и она се доноси на темељу чињеница, утврђених на главном претресу.[8] На основу тог схватања, суд може пресудом обухватити све радње извршења (код продуженог кривичног дела), иако нису обухваћене оптужбом. Такође, може се пресудити за довршено кривично дело, без обзира што је окривљени оптужен за покушај. Измене чињеничног описа оптужног акта могу ићи и у корист и на штету окривљеног, зависно од онога што буде утврђено на главном претресу.[9] Ово схватање је засновано на начелу материјалне истине.

Уже схватање идентитета пресуде и оптужбе, доминантно у теорији од друге половине 20. века, засновано је на доследном спровођењу начела акузаторности. Према присталицама ужег схватања, истоветност постоји ако је предмет пресуде *друкчије дело*, у односу на оптужбу, а не постоји ако је реч о *другом* делу. Према теорији, дело је друкчије, ако је у суштини остало исто. Измене се могу кретати у опсегу другог вида кривичног дела. Примера ради, тешка телесна повреда и лака телесна повреда, тешко убиство и убиство, разбојништво и крађа представљају друкчија дела.[10] То подразумева могућност измена у погледу неких околности, под којима је дело извршено, као што су место, време, средство извршења, уколико то нису елементи бића самог кривичног дела. Не представља прекорачење оптужбе ни ако је у пресуди оптужба само прецизирана, или додатно конкретизована, или ако је утврђено да је реч о делу у стицају. Притом, дело које је обухваћено пресудом не сме бити теже по окривљеног. Супротно, суд може пресуду засновати на блажем, друкчијем делу, у односу на чињенични опис из оптужног акта. Ако није доказано постојање неке квалификаторне околности, може се пресудити за основни облик, уместо за квалификовани облик кривичног дела. Исто се односи на утврђену лакшу последицу, или за мањи износ прибављене имовинске користи.[11]

Наведене измене не представљају прекорачење оптужбе, ако не представљају *друго* кривично дело. О другом делу је реч, ако се оно суштински разликује од дела, које се окривљеном ставља на терет, на пример помоћ учиниоцу након извршеног кривичног дела и држање опојне дроге.[12] Притом, прекорачење оптужбе постоји, без обзира да ли је реч о лакшем или тежем кривичном делу. Ужа концепција фаворизује начело оптужбе на уштрб апсолутног ваљења начела истине.

---

[8] Бранко Бркић, Идентитет између пресуде и оптужбе, Хрватска правна ревија, број 4/2004, текст доступан на: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/BrkicB_Identitet-izmedju-presude-optuzbe_2004.pdf, приступ: 3.1.2015. године.

[9] *Ibidem.*

[10] Младен Грубиша, *Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе*, *Наша законитост*, бр. 11–12, Загреб 1960а, 601–618.

[11] Вања Бајовић, *Објективни идентитет пресуде и оптужбе*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1/2013, стр. 204.

[12] Решење Врховног суда Србије, Кж.1 1267/05 од 3.11.2005.

У новијој процесној теорији појавила се теорија чињеничних скупова.[13] Ова теорија представља најригиднију тумачење везаности пресуде оптужбом. Тужилац у чињеничном опису оптужног акта поставља чињенични скуп, који у пресуди мора остати исти. Чињенични скуп оптужбе састоји се из подскупова, које чине обележја бића кривичног дела, затим квалификаторне и привилегујуће околности, као и остали елементи, попут времена, места, затим средство којим је извршено кривично дело. Модификације елемената, који чине обележје бића кривичног дела су могуће само ако представљају ужу категорију (подскуп), у односу на чињенични скуп из оптужног акта.[14] Измене су, такође, могуће, ако престављају умањење наступеле последице извршења кривичног дела, по квантитету. Према овом принципу, могуће су модификације у степену кривице. Урачунљивост се може, у пресуди, заменити смањеном урачунљивошћу, а директни умишљај евентуалним умишљајем. Насупрот томе, евентуални умишљај из оптужбе није могуће заменити свесним нехатом у пресуди, јер нису у односу скупа и подскупа, већ делимично укрштени скупови. Квалификаторне околности из оптужбе суд може изоставити, или их умањити по квантитету, али не може додавати, нити мењати једне, другим квалификаторним околностима. Привилегујуће околности, према овој теорији, суд може додавати, иако нису наведене у оптужном акту. Модификације су, такође, могуће по питању осталих елемената, попут времена, места и средства.

Суд, према овом схватању, такође може окривљеног осудити за лакше кривично дело, обухваћено чињеничним описом из оптужбе, ако је то утврђено на главном претресу. Супротно није могуће, те се чињенични скуп из оптужног акта не сме проширивати на штету окривљеног, ако тужилац не измени или допуни оптужни акт. Разлика између теорије, која прави разлику између друкчијег и другог дела и ове теорије, састоји се у могућности допуне чињеничног описа оптужбе, ако то не доводи до другачије правне квалификације. То би била питања вредности одузете ствари или износа прибављене имовинске користи. Док су, према првој теорији такве модификације могуће, теорија чињеничних скупова их не допушта, јер представљају прекорачење чињеничног скупа оптужбе.

Сматрамо да теорија чињеничних скупова на сувише ригидан начин поставља могућности модификација оптужбе. Ако се током доказног поступка износ прибављене имовинске користи утврди у износу, који се разликује од износа, наведеног у оптужном акту, тиме не долази до прекорачења оптужбе. До тога би једино могло доћи, ако би тиме дело добило квалификовани облик, уместо основног, те самим тим, тежу правну квалификацију по окривљеног. Исто се односи на друге могуће модификације последице извршења кривичног дела. Теорија чињеничних скупова не допушта чињеничне модификације изван скупа, дефинисаног оптужбом, што представља превисоку брану утврђивања

[13] Миодраг Мајић, *Чињенични идентит пресуде и оптужбе: преиспитивање граница дозвољеног одступања*, Билтен Врховног касационог суда, бр. 2/2011, 85–105.

[14] Типичан пример је однос између тешке крађе и крађе, јер се у свакој тешкој крађи садрже сви елементи крађе.

истине у кривичном поступку. Стога се у погледу чињеничних модификација приклањамо теорији другог и друкчијег дела. Измене у чињеничном опису из оптужног акта су могуће све док не доводе до другог дела, као и до теже правне квалификације, по окривљеног.

Прекорачење оптужбе у судској пракси

У пракси судова су се искристалисале ситуације, које представљају прекорачење оптужбе, и самим тим, битну повреду одредаба кривичног поступка.[15] Суд ће прекорачити предмет оптужбе, ако окривљеног осуди за кривично дело, чији је индивидуални и групни заштитни објект различит, од кривичног дела, које је дефинисано чињеничним описом оптужног акта.[16] Прекорачење предмета оптужбе је могуће и у случају, ако је групни заштитни објект исти, али се разликује индивидуални заштитни објект. Према јудикатури хрватских судова, ако се окривљеном ставља на терет извршење кривичног дела разбојништво, а оглашен је кривим за кривично дело насилничко понашање, дошло је до повреде идентитета пресуде и оптужбе. Иако је групни заштитни објект ових дела, према Казненом закону Хрватске, јавни ред и правни саобраћај, индивидуални заштитни објект је у првом случају живот, тело и имовина, а у другом случају спокојство грађана.[17] Пракса судова у Хрватској нема јединствени став у случају оптужења за кривично дело тешке телесне повреде, а пресуђења за кривично дело учествовања у тучи. Један став је да учествовање у тучи представља неодређено наношење телесне повреде у субјективном смислу, те не би постојало прекорачење оптужбе.[18] Супротан став је да у овом случају постоји прекорачење.[19]

У појединим случајевима се прекорачење оптужбе образлаже применом теоријског концепта "другог дела".[20] Судска пракса "другим делом", сматра измену бланкетне норме, на коју се тужилац позвао у оптужном акту, другом бланкетном нормом, посебно код повреде саобраћајних прописа.[21] До прекора-

[15] *Ibidem.*

[16] Примера ради, ако је окривљени уместо убиства у покушају осуђен за изазивање опште опасности. Код кривичног дела убиства је групни заштитни објект живот и тело човека, а појединачни живот човека, за разлику од опште сигурности људи и имовине, односно сигурности човека и имовине, код кривичног дела изазивање опште опасности. Идентитет пресуде и оптужбе је прекорачен ако је окривљени осуђен за кривично дело изазивање опште опасности, а био је оптужен за изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости, стога што ова два кривична дела имају различит заштитни објект (Решење Апелационог суда у Београду, Кж. 1. бр. 149/12 од 8.2.2012).

[17] Одлука ВСХ, Кж-624/88 од 8. 11. 1989. године.

[18] Одлука ВСРХ, И Кж-593/95 од 27. 09. 1995.

[19] Одлука ВСХ, Кж-315/89 од 6. 12. 1990.

[20] Суд је прекорачио оптужбу ако је окривљеног, који је био оптужен за кривично дело помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела, осудио за неовлашћено држање опојних дрога, јер је реч о другом делу (Решење Врховног суда Србије, Кж.1 1267/05 од 3.11.2005).

[21] Решење Врховног суда Србије, Кж. 1 555/06 од 28.12.2006.

чења оптужбе, такође, може доћи кад суд измени облик кривице, за који се оптужбом терети окривљени, ако таква модификација иде на штету окривљеног.[22] Супротно, преиначење облика кривице, из тежег у лакши облик, не представља прекорачење оптужбе.[23] Ако суд осуди окривљеног за теже кривично дело, од онога, које му се оптужбом стављало на терет, долази до повреде идентитета пресуде и оптужбе.[24] При томе, реч је о тежем кривичном делу, ако суд у пресуду унесе неку чињеницу, која представља квалификаторну околност, те због тога дело постаје теже.[25]

По питању облика саучесништва, пракса нема јединствени став. У делу судске праксе је заузет став да се окривљени, који је оптужен за извршење кривичног дела, може огласити кривим за помагање.[26] Такав став се темељи на схватању да је саучесништво у ужем смислу лакши облик учешћа у извршењу кривичног дела од (са)извршилаштва. Другачије схватање, које налазимо у судској пракси, је да се окривљени може огласити кривим за (са)извршилаштво, без обзира што је оптужен за саучесништво, у било ком облику.[27] Пракса судова стоји на становишту да је реч о прекорачењу оптужбе, ако је окривљени оглашен кривим за свршено кривично дело, а био је оптужен за покушај извршења кривичног дела.[28]

Неконзистентност судске праксе долази до изражаја по питању модификација неких споредних елемената кривичног дела, попут места, или времена. У неким случајевима је утврђено прекорачење оптужбе, тиме што је суд изменио време извршења кривичног дела, у односу на оптужни предлог,[29] док у другим одлукама прекорачење оптужбе није утврђено, иако је у пресуди измењено време и место извршења кривичног дела, у односу на оптужницу.[30] Судска пракса нема јединствен став ни по питању измена неких споредних елемената, као што су количина или вредност оштећених или одузетих ствари.[31] Идентитет пресуде и оптужбе постоји када је суд окривљеног огласио кривим што је дао

[22] То би било преиначење евентуалног умишљаја из оптужног акта у директни умишљај, у пресуди суда.

[23] Оптужба није прекорачена тиме што је у пресуди наведено да је окривљени кривично дело непружања помоћи извршио из нехата, иако је у оптужници стајало да је реч о умишљајном извршењу кривичног дела (Пресуда Врховног Суда Србије, Кж. 1 950/08 од 22.5.2008).

[24] На пример, ако је уместо тешке телесне повреде, за коју је окривљени оптужен, осуђен за кривично дело убиство у покушају.

[25] Проширење чињеничног описа оптужбе у субјективном смислу, тако да је кривично дело разбојништво извршено од стране три, уместо два лица, представља повреду идентитета пресуде и оптужбе, стога што на тај начин дело добија квалификовани облик (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1940/02, од 7.10.2003.).

[26] Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 374/05, од 7.3.2005.

[27] Пресуда Врховног суда Србије, Кзз. 20/02, од 12.11.2003.

[28] Пресуда Првог општинског суда у Београду, К. бр. 859/06, од 6.6.2006.

[29] Решење Вишег привредног суда, Пкж. 768/99 од 17.2.2000.

[30] Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I-607/04/1 од 9.9.2004.

[31] Оптужба је прекорачена ако је окривљени оглашен кривим за одузимање 10 прстенова, а био оптужен за одузимање 4 прстена (Решење Окружног суда у Београду, Кж. 825/03, од 31.3.2003). Са друге стране, нема прекорачена оптужбе ако је окривљени оглашен кривим да је осим мобилног телефона одузео и пуњач (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 2346/03, од 21.6.2004).

своје возило на управљање другом лицу, које је било под утицајем алкохола, а био је оптужен да је сам изазвао саобраћајну незгоду, управљајући моторним возилом, под дејством алкохола.[32] Преиначење намере (прибављање противправне имовинске користи за себе и саоптужене), са којом је окривљени предузео радњу извршења кривичног дела из оптужног акта, у намери да се прибави имовинска корист за правно лице, у пресуди, такође према ставу судске праксе, представља прекорачење оптужбе.[33] Најзад, до прекорачења оптужбе долази ако је суд у пресуди додао значајну криминалну количину, чиме је изменио суштину чињеничног описа из оптужног акта.[34]

Ситуације у којима према јудикатури нема прекорачења оптужбе

Из праксе судова, на другој страни, могу се класификовати поједини случајеви, у којима нема повреде идентитета пресуде и оптужбе. Најчешће је реч о блажој квалификацији.[35] Оптужба није прекорачена, ако суд окривљеног огласи кривим за блаже кривично дело, у односу на оптужбу.[36] До повреде идентитета пресуде и оптужбе, такође, не доводи детаљнији опис радње извршења кривичног дела, као и последица, насталих по оштећеног.[37] То не утиче на правну оцену дела, већ служи утврђивању кривице окривљеног и користи се приликом одмеравања казне. Ни изостављање појединих, небитних чињеница,, које нису доказане на главном претресу, не доводи до прекорачења оптужбе, ако је дело остало исто.[38] У неким одлукама судова истиче се да нема прекорачења оптужбе, ако је суд у пресуди другачије означио узрок саобраћајне незгоде, у односу

---

[32] Марија Аничић – Згоњанин, Идентитет између оптужбе и пресуде (везаност пресуде за оптужбу), текст доступан на: http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.okruznisud-bl.com%2Fdownload%2Fstrucni-radovi%2Fkrivicno-prekrsajno%2FIdentitet-presude-i-optuzbe.doc&ei=izSyVJT0KoeCzAPA64HoCg&usg=AFQjCNEdzSP5l_QkKeuB6EvKNLbC_IK68g&bvm=bv.83339334,d.bGQ (приступ: 10.01.2015.године).

[33] Пресуда Врховног суда Хрватске бр. 1 КЖ-386/00 – 3.

[34] Ако је суд изоставио чињенице, које представљају елементе бића кривичног дела проневере (присвајање покретних ствари, које су поверене окривљеном у служби), а додао чињенице које представљају елементе бића кривичног дела несавесног рада у служби (пропуштање дужног надзора), прекорачио је оптужбу. Пресуда VSRH, Kž-27/97 od 4. 5.1999. године.

[35] Нема повреде идентитета пресуде и оптужбе ако је окривљени осуђен за убиство, насупрот оптужби за убиство из безобзирне освете (Пресуда Окружног суда у Бањалуци, број К-16/03 од 27.10.2008.).

[36] Дело је квалификовано по блажем закону, ако је уместо разбојништва дело квалификовано као изнуда (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1 621/05 од 6.9.2005).

[37] Пресуда Четвртог општинског суда у Београду К.828/01 од 3.6.2003 и Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1 2236/03 од 4.2.2004.

[38] Пресуда Окружног суда у Бањалуци, број 011-0-Кж-К-07-000015 од 29.8.2007. У конкретном случају је суд изоставио из чињеничног описа кривичног дела насиље у породици чињенице да је окривљени оштећену ухватио за руку, изгурао из куће и ударио једанпут отвореним длаком.

на оптужни акт.[39] До истог закључка судска пракса је дошла, када је суд у пресуди навео другу, алтернативно прописану радњу извршења истог кривичног дела.[40]

Сасвим оправдано, судска пракса је на становишту да нема повреде идентитета пресуде и оптужбе, ако су у пресуди додате чињенице, које указују да је окривљени извршио кривично дело у прекорачењу нужне одбране.[41] На истом курсу је став праксе да нема прекорачења оптужбе, ако је чињенично стање уподобљено у делу, који се односи на психичко стање окривљеног, у време извршења кривичног дела.[42] Чест случај у пракси представља ситуација када на основу чињеница, утврђених на главном претресу, произлазе елементи бића кривичног дела учествовање у тучи, уместо оптужбе за кривично дело тешка телесна повреда, стога што није могуће утврдити, ко је од учесника у тучи нанео повреде оштећеном. Слична је ситуација када буде утврђен умишљај да се нанесе тешка телесна повреда, уместо умишљаја да се лиши живота, што је конститутивни елемент кривичног дела убиство.[43] У наведена два случаја, разуме се, не постоји прекорачење оптужбе. Нема прекорачења оптужбе ни ако суд није донео одлуку о трошковима поступка, јер се о томе може одлучити посебним решењем. У погледу имовинскоправног захтева, нема повреде идентитета, ако суд није решио о овом захтеву оштећеног, стога што суд нема обавезу да решава о томе, већ оштећеног може упутити на парницу. До битне повреде одредаба поступка дошло би једино у ситуацији, ако је имовинскоправни захтев једно од битних обележја кривичног дела.[44]

Закључак

Везаношћу пресуде оптужбом омогућава се делотворно остваривање права окривљеног на одбрану. У супротном, правна сигурност окривљеног била би озбиљно нарушена, ако би суд имао право да мења чињенични опис из оптужног акта. То би, такође, представљало прекорачење правила да нема суђења без тужбе, као и нарушавање начела монофункционалности. Управо је право на одбрану кључ решавања дилема око прекорачења оптужбе. До прекорачења оптужбе долази када суд у пресуди измени чињенично стање из оптужбе, на начин да је тиме право да одбрану доведено у питање. Навођење, у пресуди, оних чињеница, које одбрани окривљеног нису биле предочене, представља, самим

[39] Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 529/05 од 9.3.2005.
[40] Пресуда Другог општинског суда у Београду К. 1261/02 од 12.9.2006.
[41] Пресуда Врховног суда Србије, Кж.1 812/04 од 6.10.2004.
[42] Пресуда Основног суда у Сомбору број К.1581/12 од 12.07.2013. године и пресуда Апелационог суда у Новом Саду број Кж. 1-1685/13 од 12.07.2013. године. У конкретном случају, суд је у пресуди навео да је окривљени, у време извршења кривичног дела, поступао у стању смањене урачунљивости до степена битног, али не и битно, услед алкохолисаности.
[43] Пресуда Окружног суда у Бањалуци, број 011-0-К-07-000 004 од 22.10.2007.
[44] Ана Гарачић, Захвати суда у чињенични опис оптужбе, Одвјетник, број 9-10/04, текст доступан на: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic-Zahvati_suda_u_cinjenicni_opis_optuz.PDF

тим, и прекорачење оптужбе. Према томе, Рубикон прекорачења оптужбе налази се између права окривљеног на одбрану, са једне стране, и начела истине, са друге стране. Неограничена тежња за истином, у кривичном поступку, представља прелазак Рубикона, чиме се нарушава основно право окривљеног. Приликом решавања дилеме, да ли је оптужба прекорачена, треба се, такође руководити премисом да је суд везан за чињеничну основу оптужбе. Све што спада у правну квалификацију, не веже суд. Треба имати у виду да ту није реч искључиво о законском називу кривичног дела, већ и о свим другим кривичноправним институтима (умишљај, нехат, саучесништво, покушај итд.). Разматрање прекорачења оптужбе, узимајући у обзир две основне упоришне тачке, на које смо скренули пажњу, умногоме би олакшало доношење одлуке о овом питању, које представља камен спотицања судске праксе. На тај начин би дошло до уједначавања судске праксе, што до сада није био случај.

Проф. др Драган Јовашевић, редовни професор,
Правни факултет Универзитета у Нишу

ПОСЕБНЕ КРИВИЧНОПРАВНЕ МЕРЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

АПСТРАКТ: Према учиниоцу кривичног дела (физичком или правном лицу) се по правилу изричу кривичне санкције. То су законом прописане принудне мере које изриче суд у циљу заштите друштва од криминалитета, којима се учиниоцу кривичног дела одузимају или ограничавају слободе и права или се он упозорава да ће му слободе и права бити одузети ако поново учини кривично дело. Но, поред и мимо кривичних санкција које изричу надлежни судски органи у законом спроведеном поступку, према учиниоцима кривичних дела се примењују и "посебне" кривичноправне мере. То нису кривичне санкције, иако и оне представљају резултат, последицу извршеног или покушаног кривичног дела, као што се и њима такође учиниоцу кривичног дела одузимају или ограничавају слободе или права. Сва савремена кривична законодавства, па тако и законодавство Републике Србије предвиђа више врста посебних кривичноправних мера као што су: одузимање имовинске користи која је прибављена кривичним делом, правне последице осуде и рехабилитација које се јављају у више различитих облика и видова испољавања о чијем садржају, појму, условима примене и карактеристикама на бази правне теорије, судске праксе и законских решења говори овај рад.

КЉУЧНЕ РЕЧИ: кривично дело, учинилац, закон, кривичноправне мере, суд

УВОД

Сва савремена кривична законодавства, поред и мимо кривичних санкција, које учиниоцима кривичних дела изричу судски органи у законом спроведеном кривичном поступку познају и "посебне" кривичноправне мере. И њима се учиниоцу кривичног дела одузимају или ограничавају за одређено време права и слободе која су им иначе призната позитивним правним системом. Оне су прописане у закону (кривичном или другом), представљају принудне мере, често су по садржини и трајању и теже него што је и сама кривична санкција. Но, оне не представљају кривичне санкције, иако су и оне последица извршеног или поку-

шаног кривичног дела. Поред мера које познаје материјално кривично право, и у процесном праву постоје ове мере. Најзначајнија посебна кривичнопроцесна мера која је везана за учиниоца кривичног дела јесте притвор као мера за обезбеђење присуства окривљеног и за несметано вођења кривичног поступка.

У кривичном законодавству Републике Србије постоји више врста посебних кривичноправних мера. Четири мере ове врсте су прописне Кривичним закоником. То су:

1) одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом,

2) правне последице осуде,

3) рехабилитација и

4) давање података из казнене евиденције.

Остале две посебне кривичноправне мере прописује споредно, допунско или помоћно кривично законодавство. То су:

1) одузимање имовине проистекле из кривичног дела коју прописује Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела из 2013. године и

2) посебне мере за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима које прописује Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима из 2013. године.

ОДУЗИМАЊЕ ИМОВИНСКЕ КОРИСТИ

Мера одузимања имовинске користи[1] је у наше кривично право уведена 1959. године, и то као врста мере безбедности. Као посебна кривичноправна мера sui generis она се састоји у одузимању од учиниоца кривичног дела новца, предмета од вредности и сваке друге имовинске користи која је прибављена кривичним делом (чл. 91-92. Кривичног законика - КЗ[2]). Њена правна природа је спорна, па се у неким кривичним законима јавља као мера безбедности, односно као споредна казна[3]. Ова мера има двојако одређени циљ:

а) да нико не може да задржи имовинску корист прибављену кривичним делом и

б) да се обештети лице које је оштећено извршеним кривичним делом (под условом да је ово лице познато и да је поднело благовремено имовинскоправни захтев за накнаду причињене штете).

[1] Има мишљења да историјски гледано ова мера води порекло од одузимања предмета (Г. Марјановик, Македонско кривично право, Општ дел, Скопље, 1998. године, стр. 375; Б. Петровић, Д. Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005. године, стр. 373-375).

[2] Службени гласник Републике Србије број : 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 12172012, 104/2013 и 108/2014. Више : Д. Јовашевић, Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, Београд, 2007. године.

[3] Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Ниш, 2012. године, стр. 278-281.

У основи примене ове мере се налази принцип правичности путем кога се успоставља имовинско стање које је постојало пре извршења кривичног дела. Но, ова мера има и превентивни карактер јер се и само осуђено лице, као и потенцијални учиниоци кривичних дела теже одлучују на извршење кривичног дела (имовинског карактера из лукративних побуда) ако знају да прибављену корист не могу да задрже. Тако ова мера у својој природи садржи и казнене елементе, елементе зла које се наноси учиниоцу дела. Ради се о кривичноправној мери која се изриче супсидијарно одлуком суда само уколико имовинска корист још није враћена или њено одузимање није садржано у преходно досуђеном имовинскоправном захтеву[4].

Издвајање и осамостаљење мере одузимања имовинске користи у посебну кривичноправну меру произлази из чињенице што она нема карактер кривичне санкције коју изриче суд према законским условима за њено изрицање. Дакле, не ради се о примени кривичне санкције, већ о примени правног принципа - о реституцији или успостављању ранијег правног и фактичког стања који истовремено делује и као психолошка принуда на учиниоца да прибављање користи не може да буде мотив за предузимање криминалне делатности. Њена примена се темељи на принципу "nullum commodum capere potest de sua propria iniuria" (нико не може да има користи од сопственог злодела)[5]. Одузимање имовинске користи треба разликовати од накнаде штете коју остварује оштећено лице, али и од привременог или трајног одузимања имовине сходно Закону о одузимању имовине проистекле из кривичног дела[6].

Имовинска корист се одузима судском одлуком којом је утврђено извршење кривичног дела[7]. Од учиниоца се обавезно одузима новац, предмети од вредности и друга

---

[4] Висину имовинске користи прибављене извршењем кривичног дела суд утврђује по службеној дужности и по слободној процени користећи по потреби и мишљење вештака (пресуда Врховног суда Србије Кж. Ок. 7/2005); Суд не може одузети од оптуженог имовинску корист, већ је у обавези да, када га огласи кривим за дело којим је прибављена противправна имовинска корист пошто утврди њено постојање и висину, у изреци досуди њено одузимање у висини коју је утврдио (решење Врховног суда Србије Кж. 2294/2005); Ако суд на основу доказа изведених у току доказног поступка оцени да је умишљајем окривљене било обухваћено остварење збира новчаних износа који су прибављени појединим кривичним делима извршиће правну преквалификацију (решење Врховног суда Србије Кж. 323/2006); Уколико суд пропусти да окривљеном који је оглашен кривим за кривично дело неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога на тај начин што је опојну дрогу препродавао и тиме остварио приходе изрекне меру одузимања имовинске користи, учинио је повреду кривичног закона у корист окривљеног (пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж. 199/2010); Када суд у чињеничном диспозитиву утврди да је код окривљеног пронађен новац који потиче од кривичног дела – продаје опојне дроге, тај новац се мора одузети (пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 5767/2010).

[5] Sec. Ulpianus, D.50, 17, 134. Thesaurus sententiae iuris, Београд , 2002. године, стр. 69.

[6] Службен гласник Републике Србије број 32/2013 којим је замењен истоимени Закон објављен у Службеном гласнику Републике Србије број 97/2008.

[7] У вези са овим решењем треба истаћи дилему да ли се ова мера може изрећи према неурачунљивим лицима, малолетницима или лицима која учине противправно дело без кривице (с обзиром на објективно-субјективни појам кривичног дела који произилази из одредби новог Кривичног законика Републике Србије) будући да тада нема одлуке суда којом је "утврђено извршење кривичног дела" јер на страни учиниоца недостаје кривица као битни конститутивни субјективни елеменат појма кривичног дела.

имовинска корист који су прибављени кривичним делом, а ако одузимање није могуће (нпр. због тога што је предмет уништен, изгубљен или продат непознатом лицу), онда ће се учинилац обавезати:

а) да преда у замену другу имовинску корист која одговара вредности имовине прибављене извршењем кривичног дела или проистекле из кривичног дела или

б) да плати новчани износ који одговара прибављеној имовинској користи.

Имовинска корист прибављена кривичним делом се одузима и од правног или физичког лица на која је пренесена без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вредности. Ова се корист одузима не само од учиниоца кривичног дела, већ и од другог лица које је извршењем кривичног дела такву корист прибавило у конкретном случају[8]. У вези са применом ове мере у теорији и судској пракси се разматра питање појма имовинске користи. Под овом се коришћу подразумева сваки имовински ефекат који представља противправну добит за учиниоца. То нису само новац и предмети, већ и услуге, коришћење одређених предмета без давања адекватне противвредности, уштеде, имовинска погодовања и сл., дакле, све што има неку имовинску вредност или финансијске ефекте. Изван овог појма су нематеријална погодовања личне природе, осим ако немају непосредне финансијске предности, односно уштеде.

Као друго спорно питање у пракси јавља се утврђивање висине имовинске користи која се мора одузети одлуком надлежног суда. Овде се разликује неколико схватања. Најшире је схватање које тражи да се учиниоцу кривичног дела признају сви трошкови које је имао у вези или поводом извршења кривичног дела, док је насупрот њему схватање према коме учиниоцу не треба признати никакве трошкове, већ му треба одузети целокупну прибављену имовинску корист. Између ових је умерено схватање према коме се учиниоцу дела при утврђивању висине прибављене имовинске користи морају признати одређени трошкови које је имао у вези извршења кривичног дела, али се ту схватања разилазе у погледу одређивања који су трошкови "оправдани", односно који трошкови представљају материјални еквивалент за труд учиниоца уложен у радњу кривичног дела или који произилазе из саме природе извршеног дела. Према "теорији салда" од учиниоца кривичног дела се одузима само "чиста добит", наиме од укупне вредности коју учинилац оствари извршеним кривичним делом одузимају се нужни трошкови и издаци учиниоца[9].

Одузимање имовинске користи треба разликовати од права оштећеног на накнаду штете која му је причињена извршеним кривичним делом. У том циљу члан 93. КЗ уређује заштиту права оштећеног и однос његовог права према примени посебне кривичноправне мере одузимања имовинске користи. Овде се разлику две ситуације:

1) када је оштећени у кривичном поступку поднео имовинскоправни захтев за накнаду штете и

2) када оштећени у кривичном поступку није поднео имовинскоправни захтев.

---

[8] Д. Јовашевић, Накнада штете причињене кривичним делом, привредним преступом и прекршајем, Београд, 1999. године, стр.38-49; Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2006. године, стр. 285-289.

[9] П. Новоселец, Опћи дио кривичног права, Загреб, 2004. године, стр. 440.

У првој ситуацији могућа су два решења: а) ако је у кривичном поступку усвојен имовинскоправни захтев оштећеног, тада суд изриче одузимање имовинске користи само уколико она прелази досуђени имовинскоправни захтев оштећеног и у том износу и б) ако је оштећени у кривичном поступку у погледу свог имовинскоправног захтева упућен на парницу, онда он може тражити да се намири из одузете имовинске користи под условом да покрене парницу у року од шест месеци до дана правноснажности одлуке којом је упућен на парницу (објективни рок).

У другој ситуацији, када оштећени није у кривичном поступку поднео имовинскоправни захтев, он може захтевати намирење из одузете имовинске користи само ако је ради утврђивања свог захтева покренуо парницу у року од три месеца од сазнања за пресуду којом је изречено одузимање имовинске користи (субјективни рок), а најдаље у року од три године од дана правноснажности одлуке о одузимању имовинске користи. У сваком случају оштећени мора у року од три месеца од дана правноснажности одлуке којом је усвојен његов имовинскоправни захтев да затражи намирење из одузете имовинске користи.

ОДУЗИМАЊЕ ИМОВИНЕ ПРОИСТЕКЛЕ ИЗ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

У тежњи да се појача оштрица кривичноправне репресије према учиниоцима кривичних дела који су за себе или друго лице прибавили противправну имовинску корист, поред одузимања имовинске користи прописане у члану 91. Кривичног законика, од 2008. године је уведена могућност и (привременог или трајног) одузимања имовине проистекле из одређених кривичних дела. То је омогућио Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела[10] из 2008. године. У априлу 2013. године донет је нови Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела[11]. Овим законом се уређују услови, поступак и органи надлежни за откривање, одузимање и управљање имовином проистеклом из кривичног дела.

Овом мером се од учиниоца кривичног дела одузима имовина под којом се подразумева добро сваке врсте у Републици Србији или у иностранству, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво велике вредности и исправе у било којој форми којима се доказује право или интерес у односу на такво добро. Имовином се сматра и приход или друга корист остварена, непосредно или посредно, из кривичног дела, као и добро у које је она претворена или са којим је помешана. А имовином која је проистекла из кривичног дела сматра се имовина власника која је у очигледној несразмери са његовим законитим приходима (окривљени, окривљени сарадник, оставилац, правни следбеник или треће лице). Када се ради о "очигледној несразмери у вредности имовине" представља фактичко питање које судско веће решава у сваком конкретном случају. При томе је сам закон одредио код

[10] Службени гласник Републике Србије број 97/2008.
[11] Службени гласник Републике Србије број 32/2013.

којих кривичних дела је могуће на овај начин одузимање имовине (што указује да се овде не ради о општем институту кривичног права који се може применити на свако кривично дело и на сваког учиниоца кривичног дела).

Одузимање имовине проистекле из кривичног дела[12] (члан 2. Закона) је могуће код следећих кривичних дела под условом да је њима имовинска корист прибављена у износу који прелази 1.500.000 динара:

1) организованог криминала,

2) отмице,

3) приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију,

4) против имовине (разбојничка крађа, разбојништво, превара, превара у осигурању, изнуда и зеленаштво),

5) против привреде (фалсификовање новца, фалсификовање хартија од вредности, фалсификовање и злоупотреба платних картица, фалсификовање знакова за вредност, прављење, набављање и давање другом средстава за фалсификовање, пореска утаја, кријумчарење, прање новца, злоупотреба положаја одговорног лица, злоупотреба у вези са јавним набавкама, проузроковање лажног стечаја и оштећење повериоца),

6) неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога,

7) против јавног реда и мира (недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја и недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи),

8) против службене дужности (злоупотреба службеног положаја, превара у служби, проневера, трговина утицајем, примање мита и давање мита) и

9) против човечности и других добара заштићених међународним правом (ратни злочин против цивилног становништва, недозвољена производња, промет и држање оружја чија је употреба забрањена, противправно убијање и рањавање непријатеља, противправно одузимање ствари од убијених, трговина људима, трговина малолетним лицима ради усвојења, заснивање ропског односа и превоз лица у ропском односу и финансирање тероризма).

Органи надлежни за откривање, одузимање и управљање имовином проистеклом из кривичног дела су: 1) јавни тужилац, 2) суд, 3) организациона јединица Министарства унутрашњих послова надлежна за финансијску истрагу

[12] У поступку привременог одузимања имовине проистекле из кривичног дела доказује се постојање основане сумње да је вредност имовине која је предмет захтева у очигледној несразмери са законитим приходима окривљеног и постојање опасности да би њено касније одузимање било отежано или онемогућено. Претпоставка о криминалном пореклу имовине која је предмет одузимања проистиче из чињенице да се против окривљеног води поступак због учињеног кривичног дела, а коју претпоставку окривљени може да побија при чему је без значаја околност када је имовина стечена. Криминално порекло имовине јесте законска претпоставка коју окривљени може да побија и да доказује да је имовину законито стекао, па је стога без значаја околност да ли је стечена у време или пре извршења кривичног дела за које тече кривични поступак (пресуда Врховног касационог суда Кзз. 12/2011).

и 4) Дирекција за управљање одузетом имовином. Јединица надлежна за финансијску истрагу (члан 6. Закона) је специјализована организациона јединица Министарства унутрашњих послова која открива имовину проистеклу из кривичног дела по службеној дужности или по налогу јавног тужиоца и суда при чему су сви државни и други органи, организације и јавне службе дужни да јој пруже помоћ.

Ради обављања послова у вези са привременим или трајним одузимањем имовине која је проистекла из кривичног дела основана је Дирекција за управљање одузетом имовином у саставу Министарства правде и државне управе која: 1) управља привремено или трајно одузетом имовином проистеклом из кривичног дела, имовином која је привремено одузета по наредби јавног тужиоца, предметима кривичног дела (члан 87. КЗ), 2) имовинском користи прибављеном кривичним делом (чл. 91. и 92. КЗ), имовином датом на име јемства у кривичном поступку и предметима који су привремено одузети у кривичном поступку, 2) врши процену вредности одузете имовине проистекле из кривичног дела, 3) складишти, чува и продаје привремено одузету имовину проистеклу из кривичног дела и управља тако добијеним средствима у складу са законом; 4) води евиденције о имовини којом управља и о судским поступцима у којима је одлучивано о таквој имовини, 5) учествује у пружању међународне правне помоћи, 6) учествује у обуци државних службеника и носилаца правосудних функција у вези са одузимањем имовине проистекле из кривичног дела и 7) обавља друге послове у складу са законом. Ова Дирекција такође обавља наведене послове и у вези са имовинском користи која је проистекла из привредног преступа, односно прекршаја.

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОСУДЕ

Правне последице осуде[13] представљају ограничавајуће или забрањујуће мере репресивног карактера које осуђеном лицу отежавају ресоцијализацију, али које могу да имају и превентивни карактер. То су мере ограничења права осуђених лица које наступају по сили закона. Оне се састоје у престанку или губитку одређених права или у забрани стицања одређених права лицима која су осуђена за одређена кривична дела или на одређену казну. То нису кривичне санкције[14], иако и оне нужно наступају као последица извршеног или покушаног кривичног дела.

Правне последице осуде нису предвиђене кривичним, већ другим законом, њих не изриче суд својом одлуком, већ наступају аутоматски, по сили закона, као нужни

[13] У неким иностраним законима се као правне последице кривичног дела сматрају и кривичне санкције, као и одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом (Треће поглавље Кривичног законика Немачке – чл. 38-76а.).

[14] У правној теорији се могу наћи схватања која правне последице осуде сматрају кривичним санкцијама казнене природе. У сваком случају овде се ради о статусним кривичноправним мерама (Ж. Хорватић, Кривично право, Општи дио, Загреб, 2003. године, стр. 250).

пратилац претходно донете осуде. Оне не могу да наступе када је за кривично дело изречена новчана казна, условна осуда (ако не буде опозвана), судска опомена или када је учинилац ослобођен од казне (члан 94. КЗ). Својим дејством којим се отежава рехабилитација и ресоцијализација осуђеног лица понекад могу за њега да делују теже и од саме кривичне санкције на што је посебно указано и у Резолуцији Седмог међународног конгреса за кривично право у Атини 1957. године.

Према садржини, разликују се две врсте правних последица осуде. Тако Кривични законик у члану 95. предвиђа[15]:

1) правне последице осуде које се састоје у престанку или губитку одређених права и

2) правне последице осуде које се састоје у забрани стицања одређених права.

Правне последице осуде које се односе на престанак или губитак одређених права јесу: а) престанак вршења јавних функција, б) престанак радног односа или престанак вршења одређеног позива или занимања и в) губитак одређених дозвола или одобрења која се дају одлуком државних органа или органа локалне самоуправе.

Друга врста правних последица осуде се састоје у забрани стицања одређених права. То су: а) забрана стицања одређених јавних функција, б) забрана стицања одређеног звања, позива или занимања или унапређења у служби, в) забрана стицања чина војног старешине и г) забрана добијања одређених дозвола или одобрења која се дају одлуком државних органа или органа локалне самоуправе[16].

Правне последице осуде наступају даном правноснажности пресуде. У случају да је после правноснажности пресуде на основу које су наступиле одређене правне последице осуде, та пресуда измењена у поступку по ванредном правном леку, тада се наступање и трајање правне последице осуде усклађује са новодонетом пресудом. Оне правне последице које се састоје у забрани стицања одређених права могу да трају најдуже десет година. Време које је осуђено лице провело на издржавању изречене казне, не урачунава се у време трајања правне последице осуде. Рехабилитацијом престају правне последице осуде које се састоје у забрани стицања одређених права[17]. Амнестијом се могу укинути поједине или све правне последице осуде, док се помиловањем све или поједине правне последице осуде могу укинути или се може одредити краће време њиховог трајања.

Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима[18] из априла 2013. године (члан 6.) је

---

[15] Д. Јовашевић, Рехабилитација и правне последице у кривичном праву, Гласник АК Војводине, Нови Сад, број 6/2007. године, стр. 171-179.

[16] У теорији влада спор око правне природе правних последица осуде – да ли су то кривичне санкције или не, да ли су ближе казнама или мерама безбедности или пак представљају неке посебне кривично правне мере које наступају по сили закона (З. Стојановић, Кривично право, Општи део, оп.цит. стр. 358) Но, има и предлога да се правне последице осуде третирају као кривичне санкције, и то као споредне казне које суд изриче у сваком конкретном случају зависно од околности случаја (Г. Марјановик, Македонско кривично право, Општ дел, оп.цит. стр. 262-299).

[17] Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом, Београд, 2003. године, стр.169.

[18] Службени гласник Републике Србије број 32/2013.

предвидео посебне врсте правних последица осуде које обавезно наступају за лица која су осуђена за следећа кривична дела против полне слободе према малолетним лицима: силовање, обљуба над немоћним лицем, обљуба са дететом, обљуба злоупотребом положаја, недозвољене полне радње, подвођење и омогућавање вршења полног односа, посредовање у вршењу проституције, приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију, навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама и искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу под условом да су ова дела извршена према малолетним лицима.

Према лицима која су осуђена за наведена кривична дела против полне слободе малолетника наступају следеће правне последице осуде: 1) које се састоје у престанку, односно губитку одређених права: а)престанак вршења јавне функције и б) престанак радног односа, односно престанак вршења позива или занимања које се односи на рад са малолетним лицима и 2) које се састоје у забрани стицања одређених права: а) забрана стицања јавних функција и б) забрана заснивања радног односа, односно обављања позива или занимања које се односи на рад са малолетним лицима, а које могу да трају 20 година при чему се време проведено на издржавању казне не урачунава у време трајања правне последице осуде. Правноснажна пресуда се обавезно доставља и послодавцу осуђеног лица.

У случају да осуђено лице прекрши правну последицу осуде (члан 16.) кажњава се за прекршај казном затвора од 30 до 60 дана. У случају непоштовања наступеле правне последице осуде (члан 17.) за прекршај се кажњавају следећа лица: 1) правно лице - новчаном казном од 500.000 динара до два милиона динара, 2) предузетник - новчаном казном од 200.000 до 500.000 динара и 3) одговорно лице у правном лицу, државном или другом органу - новчаном казном од 100.000 до 150.000 динара.

ПОСЕБНЕ МЕРЕ ПРЕМА УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ПОЛНЕ СЛОБОДЕ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА

Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима из априла 2013. године (члан 7..) је предвидео посебне мере које се примењују према учиниоцима следећих кривичних дела: силовање; обљуба над немоћним лицем; обљуба са дететом; обљуба злоупотребом положаја; недозвољене полне радње; подвођење и омогућавање вршења полног односа; посредовање у вршењу проституције; приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију; навођење малолетног лица на присуство-

вање полним радњама и искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу под условом да су ова дела извршена према малолетним лицима.

По својој садржини, дејству, условима примене и трајању ове мере не представљају кривичне санкције, њих не изриче суд у кривичном поступку, оне наступају аутоматски по сили закона, имају искључиво специјално-превентивни карактер, па их закон и назива "посебне мере". Према учиниоцима наведених кривичних дела против полне слободе малолетника посебне мере се спроводе после издржане казне затвора и могу трајати најдуже двадесет година[19]. После истека сваке четири године од почетка примене посебних мера суд који је донео првостепену пресуду по службеној дужности одлучује о потреби њиховог даљег спровођења. Но, захтев за преиспитивање потребе даљег спровођења посебних мера може поднети и лице на које се ове мере односе. Овај захтев се подноси суду који је донео првостепену пресуду после истека сваке две године од почетка примене посебних мера. При одлучивању суда о даљој примени посебних мера суд прибавља извештаје органа и организација надлежних за спровођење ових мера.

Закон предвиђа следеће посебне мере[20] :

1) обавезно јављање надлежном органу полиције и Управе за извршење кривичних санкција (члан 8.) се састоји у дужности учиниоца кривичног дела против полне слободе према малолетнику да се лично јави организационој јединици полиције у месту његовог пребивалишта и организационој јединици Управе за извршење кривичних санкција која је надлежна за третман и алтернативне санкције и то сваког месеца, а најкасније до 15 дана у месецу,

2) забрана посећивања места на којима се окупљају малолетна лица (вртићи, школе и сл.) (члан 9.) се састоји у дужности учиниоца кривичног дела против полне слободе према малолетнику да се уздржава од посећивања места на којима се окупљају малолетна лица као што су школске зграде, школска дворишта, вртићи, игралишта, дечје манифестације и сл.,

3) обавезно посећивање професионалних саветовалишта и установа (члан 10.) се састоји у дужности учиниоца кривичног дела против полне слободе према малолетнику да посећује професионална саветовалишта и установе према програму које му одреди организациона јединица Управе за извршење кривичних санкција надлежна за третман и алтернативне санкције,

4) обавезно обавештавање о промени пребивалишта, боравишта или радног места (члан 11.) се састоји у дужности учиниоца кривичног дела против

[19] Д. Миладиновић Стефановић, Посебне евиденције учинилаца кривичних дела против полне слободе према малолетницима, Зборник радова : Усклађивање права Србије са правом Европске уније, Ниш, 2014. године, стр.148-163.

[20] Д. Миладиновић Стефановић, Посебне мере за спречавање дела против полне слободе према малолетницима, Зборник радова : Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, Ниш, 2013. године, стр. 377-393.

полне слободе према малолетнику да у року до три дана од дана промене лично обавести надлежну организациону јединицу полиције и организациону јединицу Управе за извршење кривичних санкција надлежну за третман и алтернативне санкције о промени пребивалишта, боравишта или радног места и

5) обавезно обавештавање о путовању у иностранство (члан 12.) се састоји у дужности учиниоца кривичног дела против полне слободе према малолетнику да се најкасније три дана пре путовања у иностранство лично јави надлежној организационој јединици полиције, те да пружи податке о држави у коју путује, као и о месту и дужини боравка у иностранству.

Ове мере се извршавају у складу са чл. 58-61. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера. У случају да осуђено лице не испуњава посебне обавезе, кажњава се за прекршај казном затвора од 30 до 60 дана (члан 16.).

РЕХАБИЛИТАЦИЈА

После извршења правноснажно изречене казне[21], осуђено лице се враћа у друштво и укључује у редован, уобичајени друштвени живот. Али са враћањем у друштво, оно не постаје одмах и у потпуности равноправан грађанин са осталима. Два су основна разлога који условљавају ову неравноправност: а) дејство правних последица осуде и б) став средине која такво лице прима са извесном дозом подозрења, неповерења, бојазности, па и мржње. У којој ће мери та неравноправност бити изражена, зависи од врсте и броја правних последица осуде, као и њиховог обима и интензитета дејства, те од става средине према вршењу појединих кривичних дела, односно према њиховим учиниоцима.

Наведене правне и друштвене последице осуде погађају бившег осуђеника психолошки и социјално-економски. Њихово психолошко дејство се састоји у томе што се код осуђених лица развијају осећања неповерења, понижења и презрености, па заједно с тим и осећања мање вредности. С друге стране, правне последице осуде му онемогућавају да врши поједине послове и да активно учествује у друштвеним процесима што му ствара социјалне и економске тешкоће. Те негативне последице успоравају ресоцијализацију, а у извесним случајевима могу да имају и негативно дејство на понашање бившег осуђеника.

Да би се отклонило такво штетно дејство претходне осуде јавила се идеја о рехабилитацији[22] као криминалнополитичкој мери за пружање подстицаја

---

[21] О начину, поступку и организацији извршења кривичних санкција у Републици Србији више : Д. Јовашевић, Закон о извршењу кривичних санкција са уводним коментаром, Београд, 2006. године; Д. Јовашевић, З. Стевановић, Коментар Закона о извршењу кривичних санкција, Београд, 2008. године.

[22] Институт рехабилитације се историјски гледано среће још у римском праву под називом "restitutio in integrum" када се осуђено лице враћало у стање које је постојало пре осуде и тако му је враћан изгубљени статус. Француски закон из 1670. године "Ordonance criminelle" за добијање рехабилитације поред милости суверена тражи и издржану казну у потпуности и испуњење грађанских обавеза. И Кривични законик Краљевине Југославије из 1929 . године у члану 90. говори о повраћају права и поништају осуде, те оглашавању осуђеног лица достојним да врши изгубљена права као виду рехабилитације. Има мишљења да назив овог института потиче из медицинске науке.

осуђеном лицу да се убудуће примерно влада и да буде лојалан и користан грађанин друштвене заједнице. То је вид награде осуђеном лицу за добро владање. Кроз рехабилитацију се остварује равнотежа интереса друштва и интереса осуђеног лица[23]. Рехабилитација је поновно успостављање статуса пуноправног грађанина осуђеном лицу с тим да му ранија пресуда у каснијем редовном животу не смета. Њоме се жели олакшати друштвена реинтеграција и нормалан живот осуђеном лицу. То је награда за његово добро владање након издржане казне, али и једно од средстава за спречавање повратa (рецидива)[24].

Рехабилитација се састоји у укидању правних последица осуде и брисању осуде тако да се осуђено лице сматра неосуђиваним (члан 97. КЗ). Са наступањем рехабилитације престају да дејствују правне последице осуде и осуђено лице стиче сва права која имају и остали грађани. Његово кривично дело се заборавља, а његово име се брише из казнене евиденције. У службеним исправама се не помиње да је било осуђивано. Тако се ствара фикција о неосуђиваности осуђеног лица са тежњом да се оно изједначи са осталим члановима друштва[25]. То значи да је у нашем праву прихваћен "модел пуне рехабилитације''. Но, рехабилитацијом се не дира у права трећих лица која се заснивају на осуди[26].

Постоји више врста рехабилитација. У Кривичном законику (члан 97. став 2. КЗ) се разликују две врсте рехабилитације:

а) законска и

б) судска.

Законска рехабилитација наступа по сили закона, аутоматски са протеком одређеног времена после издржане казне под условом да осуђено лице за то време не изврши ново кривично дело. Судска рехабилитација наступа судском одлуком која се доноси на молбу осуђеног лица по протеку одређеног времена од издржане казне. Судска рехабилитација је факултативна. Да ли ће суд донети одлуку о рехабилитацији осуђеног лица или не, зависи од његове оцене владања учиниоца кривичног дела после изласка из заводске установе и од његовог односа према раду и друштвеним вредностима чиме се може утврдити да се он у довољној мери поправио и преваспитао тако да неће вршити нова кривична дела.

Правна теорија разликује:

а) основну и

---

[23] H. H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3. Auflage, Berlin, 1982. godine, str. 731.

[24] П. Новоселец, Опћи дио казненог права, оп. цит. стр. 446,

[25] Посебан модалитет рехабилитације као "поништај осуде" предвиђао је Кривични законик Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца из 1929. године у члану 90. Суд је према овој законској одредби могао протеком одређеног рока после издржане, застареле или опроштене казне на молбу лица које је први пут осуђено да поништи за будућност осуду са свим њеним законским последицама. Овако поништена осуда се брисала из казнене евиденције (Т. Живановић, Основи кривичног права, Општи део, Књига друга, Београд, 1934. године, стр.423).

[26] Овакво решење може да доведе до спорних ситуација у пракси када услед застарелости, амнестије, помиловања или сличних разлога (споразум о кривици) уопште није донета осуда.

б) допунску рехабилитацију.

Основна рехабилитација наступа одмах након издржане, застареле или опроштене казне јер од тог тренутка осуђено лице ужива сва грађанска права призната Уставом, законима и другим прописима. Ова рехабилитација није потпуна, јер је могуће да су осуђеном лицу ограничена нека права применом мере безбедности или правне последице осуде, а још увек није наступила ни фикција неосуђиваности. Допунска рехабилитација наступа истеком мера безбедности и престанком трајања правних последица осуде после протека одређеног времена ако осуђено лице за то време не учини ново кривично дело када се и брише његова осуда из казнене евиденције. Ово је тек пуна, потпуна рехабилитација коју краси фикција неосуђиваности[27].

1. Законска рехабилитација

Институт рехабилитације је у нашем кривичном праву уређен одредбама члана 97-100. КЗ. Према овом законском решењу осуђена лица после издржане, опроштене или застареле казне затвора или малолетничког затвора уживају сва права утврђена Уставом, законом, другим прописима и општим актима и могу стицати сва права, осим оних која су им ограничена услед изречене мере безбедности или наступања правне последице осуде. Законска рехабилитација наступа и за лица на условном отпусту уколико њихова права нису ограничена посебним законским одредбама о условном отпусту. У извесним случајевима осуда може повлачити правне последице, тако да осуђено лице за одређено време не може да врши одређена права. Тада се рехабилитација јавља као средство за враћање тих права осуђеним лицима пре него што протекне рок њиховог дејства. Тада се примењује судска рехабилитација.

Према члану 98. КЗ законска рехабилитација се даје ако су испуњена два кумулативно предвиђена услова: а) лицу које пре осуде на коју се односи рехабилитација није било осуђивано (примарни деликвент) или које се по закону сматра неосуђиваним и б) ако за одређено у закону наведено време не учини ново кривично дело.

Законска рехабилитација наступа у следећим случајевима ако лице[28]:

1) које је оглашено кривим, а ослобођено од казне или коме је изречена судска опомена у року од годину дана од правноснажности пресуде, односно решења не учини ново кривично дело,

2) коме је изречена условна осуда, у време проверавања и у року од годину дана по истеку рока проверавања не учини ново кривично дело,

3) које је осуђено на новчану казну, казну рада у јавном интересу или казну одузимања возачке дозволе или казну затвора до шест месеци, у року од три године од дана када је та казна извршена, застарела или опроштена не учини ново кривично дело,

[27] П. Новоселец, Опћи дио казненог права, оп. цит. стр. 447.
[28] Д. Јовашевић, Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, оп.цит. стр.98.

4) које је осуђено на казну затвора преко шест месеци до једне године, у року од пет година од дана када је извршена, застарела или опроштена казна не учини ново кривично дело и

5) које је осуђено на казну затвора преко једне до три године, у року од десет година од дана извршене, застареле или опроштене казне не учини ново кривично дело.

Но, закон је изричито одредио да законска рехабилитација не наступа ако још увек траје изречена споредна казна или мера безбедности.

2. Судска рехабилитација

Друга врста рехабилитације је судска рехабилитација која се даје одлуком суда на основу молбе осуђеног лица. Постоје две врсте судске рехабилитације.

Прва врста судске рехабилитације је одређена у члану 99. КЗ. Она се може (али не мора) дати осуђеном лицу коме је изречена казна затвора преко три до пет година под условом да то лице у року од десет година од дана извршене, застареле или опроштене казне не учини ново кривично дело. Но, и када су испуњени ови услови суд даје рехабилитацију само ако утврди да је осуђено лице својим владањем то заслужило и ако је према својим могућностима надокнадило штету проузроковану кривичним делом, при чему је суд дужан да узме у обзир и друге околности које су од значаја да давање рехабилитације, а посебно природу и значај учињеног дела. И судска рехабилитација се не може дати ако још увек трају изречене споредне казне или мере безбедности.

Друга врста судске рехабилитације се јавља у два случаја:

1) лицу које је више пута осуђивано (повратнику) се даје рехабилитација ако су испуњени законом предвиђени услови у погледу сваког појединачног кривичног дела који се односе на протек законом одређеног времена и неизвршење новог кривичног дела у остављеном року (члан 100. КЗ) и

2) по протеку рока од три године од дана извршене, застареле или опроштене казне суд је овлашћен да одлучи о престанку правне последице осуде која се односи на забрану стицања одређених права уколико та последица није престала услед примене рехабилитације (члан 101. КЗ).

При доношењу ове одлуке суд узима у обзир: а) понашање осуђеног лица после осуде, б) да ли је надокнадио штету проузроковану кривичним делом, односно вратио имовинску корист прибављену кривичним делом и в) друге околности које указују на оправданост престанка одређене правне последице осуде.

ДАВАЊЕ ПОДАТАКА ИЗ КАЗНЕНЕ ЕВИДЕНЦИЈЕ

У циљу заштите осуђених лица и спречавања евентуалних злоупотреба, Кривични законик предвиђа вођење казнене евиденције, њену садржину, као и

могућност сазнавања података из евиденција од стране одређених лица. Тако према члану 102. КЗ казнена евиденција садржи следеће податке: 1) личне податке о учиниоцу кривичног дела, 2) о кривичном делу за које је осуђен, 3) о казни, условној осуди, судској опомени, ослобођењу од казне, 4) о опроштеној казни и 5) о правним последицама осуде. У ову евиденцију се уносе и касније измене података садржаних у њој, као и подаци о издржавању казне, те о поништењу евиденције о погрешној осуди[29].

Подаци из казнене евиденције се могу дати само: 1) суду, 2) јавном тужилаштву и 3) полицији, и то у вези са кривичним поступком који се води против лица које је раније било осуђено, 4) надлежним органима за извршење кривичних санкција, 5) надлежним органима који учествују у поступку давања амнестије, помиловања, рехабилитације, о престанку правних последица осуде, условног отпуста и 6) органима старатељства када је то потребно ради вршења послова из њихове надлежности. Ови се подаци могу дати и другим државним органима који су надлежни за откривање и спречавање извршења кривичних дела када је то посебним законом прописано. На образложени захтев ови се подаци могу дати и државним органима, предузећима, другим организацијама или предузетнику ако још трају одређене правне последице осуде или мере безбедности, а за то постоји оправдан интерес заснован на закону. При томе се подаци из казнене евиденције могу давати и грађанима (заинтересованим лицима) као доказ о њиховој осуђиваности, односно неосуђиваности. И на крају, закон је изричито предвидео да се подаци о брисаној осуди не могу давати никоме.

Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима из априла 2013. године (чл. 13-15.) је предвидео правила о вођењу посебне евиденције и доступности података из ове евиденције ако се ради о лицима која су осуђена за следећа кривична дела против полне слободе према малолетним лицима: силовање; обљуба над немоћним лицем; обљуба са дететом; обљуба злоупотребом положаја; недозвољене полне радње; подвођење и омогућавање вршења полног односа; посредовање у вршењу проституције; приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију; навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама и искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу под условом да су ова дела извршена према малолетним лицима.

О осуђеним лицима за наведена кривична дела води се посебна евиденција која садржи следеће податке: 1) име и презиме осуђеног, 2) јединствени матични број грађана осуђеног, 3) адресу пребивалишта осуђеног, 4) податке о запослењу осуђеног, 5) податке о значају за физичко препознавање осуђеног и његове фотографије, 6) ДНК профил осуђеног, 7) податке о кривичном делу и казни на коју је осуђен, 8) податке о правним последицама осуде и 9) податке

[29] Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002. године, стр. 378-381.

о спровођењу посебних мера. Посебну евиденцију води Управа за извршење кривичних санкција (члан 14.). Сви државни и други органи, правна лица и предузетници су дужни да у року од три дана од дана прибављања података о којима се води посебна евиденција исте доставе овлашћеном лицу Управе за извршење кривичних санкција који води посебну евиденцију. Ови подаци се воде трајно и не могу се брисати.

Податке из посебне евиденције (члан 15.) се могу дати: 1) суду, 2) јавном тужиоцу и 3) полицији у вези са кривичним поступком који се води против лица о коме се води посебна евиденција, 4) надлежној организационој јединици полиције и 5) организационој јединици Управе за извршење кривичних санкција надлежној за третман и алтернативне санкције када је то потребно за вршење послова из њихове надлежности. Подаци из посебне евиденције се могу на образложени захтев дати и државном органу, предузећу, другој организацији или предузетнику: а) ако још трају правне последице осуде и б) ако за то постоји оправдани интерес заснован на закону. Државни и други органи, правна лица и предузетници који раде са малолетном децом дужни су да затраже податак да ли је лице које треба да заснује радни однос код њих, односно да обавља послове са малолетним лицима уписано у посебну евиденцију. Подаци из посебне евиденције се могу дати и иностраним државним органима у складу са међународним споразумом. На податке који су садржани у посебној евиденцији се примењују одредбе закона који уређује заштиту података о личности и тајност података.

У случају да законом прописано лице не достави неки од законом прописаних података уопште или у одређеном року овлашћеном лицу Управе за извршење кривичних санкција које води посебну евиденцију или не затражи податке из посебне евиденције за прекршај казниће се (члан 17.): 1) правно лице – новчаном казном од 500.000 до два милиона динара, 2) предузетник – новчаном казном од 200.000 до 500.000 динара и 3) одговорно лице у правном лицу, државном или другом органу – новчаном казном од 100.000 до 150.000 динара.

ЗАКЉУЧАК

У циљу заштите друштва од криминалитета свих облика и видова испољавања, сва кривична законодавства од најстаријих времена до данас, познају различите кривичне санкције као принудне мере које изричу надлежни државни органи одговорним учиниоцима (физичким или правним лицима) кривичних дела. Њиховом применом се учиниоцима кривичних дела одузимају или ограничавају слободе или права или им се ставља у изглед да ће им те слободе и права бити одузети или ограничени. Слична је ситуација и у Републици Србији.

Наиме, Република Србија, као и многа друга савремена кривична законодавства, поред и мимо кривичних санкција, које учиниоцима кривичних дела изричу судски органи у законом спроведеном кривичном поступку, познаје и

“посебне’’ кривичноправне мере. И овде се ради о мерама које се изричу од стране суда или наступају по сили закона за учиниоце кривичног дела. Њиховом применом се учиниоцу кривичног дела одузимају или ограничавају за одређено време права и слободе која су им иначе призната позитивним правним прописима на бази усвојених међународних стандарда. И ове мере су изричито прописане у закону (кривичном или другом) који одређују начин, поступак и услове за њихову примену. Оне такође представљају принудне мере, па се често у правној теорији истиче да су оне понекад по садржини и времену трајања чак и теже и неизвесније, него што је и сама кривична санкција.

Ипак, овде се не ради о кривичним санкцијама, иако су и оне последица извршеног или покушаног кривичног дела. Њих Кривични законик Републике Србије назива “посебне’’ кривичноправне мере. Овај Законик познаје четири посебне кривичноправне мере. То су: 1) одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом, 2) правне последице осуде, 3) рехабилитација и 4) давање података из казнене евиденције.

Две посебне кривичноправне мере не предвиђа Кривични законик из 2005. године, већ их прописују други закони који су донети 2013. године. За разлику од мера прописаних Кривичним закоником које се могу применити према сваком учиниоцу и код сваког кривичног дела, ове друге посебне кривичноправне мере могу се применити само према лицима за која изричито одреди закон који их је и прописао. Две су мере ове врсте. То су: 1) одузимање имовине проистекле из кривичног дела коју прописује Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела и 2) посебне мере за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима које прописује Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима.

Но, поред “посебних’’ мера које познаје материјално кривично право, и у процесном кривичном праву постоје мере ове врсте и садржине. Најзначајнија посебна кривичнопроцесна мера која је везана за учиниоца кривичног дела јесте притвор као мера за обезбеђење присуства окривљеног и за несметано вођења кривичног поступка.

ЛИТЕРАТУРА

Живановић, Т., Основи кривичног права, Општи део, Књига друга, Београд, 1934.

Jescheck, H.H., Lehrbuch des Strafrechts, 3. Auflage, Berlin, 1982.

Јовашевић, Д., Накнада штете причињене кривичним делом, привредним преступом и прекршајем, Београд, 1999.

Јовашевић, Д., Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002.

Јовашевић, Д., Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом, Београд, 2003.

Јовашевић, Д., Закон о извршењу кривичних санкција са уводним коментаром, Београд, 2006.

Јовашевић, Д., Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, Београд, 2007.

Јовашевић, Д., Стевановић, З., Коментар Закона о извршењу кривичних санкција, Београд, 2008.

Јовашевић, Д., Кривично право, Општи део, Ниш, 2012.

Јовашевић, Д., Практикум за кривично право, Општи део, Ниш, 2013.

Лазаревић, Љ., Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2006.

Марјановик, Г., Македонско кривично право, Општ дел, Скопље, 1998.

Новоселец, П., Опћи дио кривичног права, Загреб, 2004.

Петровић, Б., Јовашевић, Д., Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005.

Хорватић, Ж., Кривично право, Опћи дио, Загреб, 2003.

Dr Jovan Ćirić,
Institut za uporedno pravo,
Beograd

ZABRANE, KAZNE I AUTORITET PRAVA

Kada ne znaju kako da reše neki društveni problem, političari obično propisuju nove zabrane i stroge kazne, tako da su svi zadovoljni, a pre svega laička publika. Ljudi obično misle da zabrane i kazne mogu sve da spreče, pa čak i da izgrade novi moral. Ako želite da naučite ljude kako da se ponašaju na pravi način, tu su zabrane i kazne kao najbolji mehanizam učenja. Sa druge strane, ljudi su uplašeni od kriminaliteta, a novine i novinari stalno pričaju o kriminalitetu, pa se tako stvara moralna panika u jednom društvu. U takvoj situaciji je sasvim normalno da političari ponude nova zakonska rešenja, koja mogu sprečiti kriminal i zadovoljiti opšte javno mnjenje. Zahvaljujući tome, savremeni krivično-pravni sistem je prepun različitih zabrana i strogih kazni. Ali, pravo pitanje je kako sve to funkcioniše u praksi. Pitanje je kakva je situacija sa socijalnim institucijama kakva je policija. Da li ima dovoljno kapaciteta za socijalnu kontrolu i primenu prava. U tom smislu mnoge zabrane i kazne postoje samo na papiru, ali ne i u realnosti. Autor ovog teksta misli da to ima vrlo negativan uticaj na autoritet prava u opštem smislu. Na jednoj strani, zakonodavac uvodi nove i nove zabrane, ali sa druge strane većina građana nastavlja da se ponaša kao da zabrane i nema. Kada se jedna zabrana ne poštuje, ne primenjuje, ljudi shvataju da pravo ne funkcioniše. To ima negativan uticaj na autoritet prava.

Ključne reči: zabrane, kazne, autoritet prava, primena prava, javno mnjenje

* * * * *

Postoji kod nas veoma izražena praksa da, kada se o nekom društvenom i pravnom fenomenu (problemu) raspravlja de lege ferenda, da se zapravo govori u smislu propisivanja sve novijih zabrana. Izgleda da je Mišel Fuko zaista bio u pravu kada je govorio da se nadzor nad društvenim odnosima u stvari prvenstveno i najpotpunije obavlja kroz kažnjavanje.[1] To međutim istovremeno podrazumeva i propisivanje sve strožih kazni, a što sve otvara čitav niz pitanja i dilema, kako u praktičnom, tako i u teorijskom smislu.

[1] Mišel Fuko, Nadzirati i kažnjavati (rođenje zatvora), prevod sa francuskog, Sremski Karlovci, 1997. str. 41 - 44

Jedno od pitanja, jeste i pitanje da li su zabrane dobar put za uspostavljanje onoga što nazivamo "pravna država", ili "vladavina prava"? U vezi sa tim se može poći sa dve različite pozicije. Prvo je da u liberalnoj pravnoj državi treba da važi pravilo da sve ono što nije direktno, izričito zabranjeno treba da bude smatrano dozvoljenim.[2] To međutim istovremeno može da znači da ponekad zakonodavac poseže za sve češćim i sve direktnijim zabranama. Tu dolazimo do jednog drugog problema, koji se jednostavno sastoji u tome da preveliko gomilanje zabrana i drugih direktnih i indirektnih ograničenja, u stvari ograničava ljudska prava, pa i samu liberalnu (pravnu) državu.[3]. Stvar je u osnovi ipak sasvim jednostavna: društvo i država koji previše nešto zabranjuju, koji su preterano represivni, retributivni, nisu i ne mogu biti ideal kojem treba težiti, država u kojoj bi veliki broj ljudi poželeo da živi. U jednom prenosnom, pa i ne samo prenosnom smislu, takva država se može poistovetiti ili sa kriminalnom, mafijaškom organizacijom, ili sa nekom diktaturom. U takvoj diktaturi bi građani bili "sigurni" od kriminala, ali ko bi poželeo da živi u toj i takvoj državi. Nije i ne treba da se ideal sastoji u zabranama, ograničenjima, represiji.[4]

Jasno je dakle da zabrane, naročito ako ih je previše i naročito ako su praćene strogo propisanim sankcijama, nisu i ne mogu biti ideal kojem treba težiti. Pa ipak, sa druge strane je sasvim razumljivo da danas bude više zabrana i više sankcija nego što ih je bilo ranije, a pre svega zato što je to uslovio buran tehnološki razvoj kojem prisustvujemo u poslednjim decenijama. Pravna pravila u vezi sa saobraćajem, rukovanjem opasnim stvarima i materijama, građevinskim radovima, ekološkim propisima, poljoprivredom, nužno zahtevaju sve veći broj zabrana koje nemaju nikakvo moralno značenje, odnosno koje ne polaze od nekih odgovarajućih moralnih normativa, no, osnovno pitanje koje mi ovde želimo da postavimo jeste u tome da li se u svemu tome ipak preteruje. Život se danas naravno u funkcionalnom, pa čak ni u moralnom smislu, ne sastoji više samo u deset "božijih zapovesti", te je sasvim jasno da je potrebno uvesti još neke zapovesti - zabrane, koje uopšte ne plediraju na nekakav moralni sadržaj, ali, koje insistiraju na obezbeđivanju sigurnosti u društvenim, prevashodno tehnološkim međuljudskim odnosima, te se može govoriti o svojevrsnoj sekuritatizaciji krivičnog prava, kada se sve, ili skoro sve, a naročito zabrane, opravdavaju razlozima društvene, ljudske bezbednosti. Ponekad čak i sami nazivi nekih zakona ukazuju na to da su "zabrane" i "borba protiv (nekog fenomena – terorizma, organizovanog kriminala)" u prvom planu dotičnog zakona.[5]

Pitanje koje se ovde postavlja jeste i pitanje: "ne znači li sve to i odgovarajuću krizu morala i svesti građana?" Jer, izgleda kao da jedna norma, danas više nema gotovo nikakvu snagu i vrednost ako nije praćena zabranom i isto tako i odgovara-

---

[2] Donald Nicolson; - The Rule of Law in English Criminal Law – Rhetoric or Reality – Criminal Law, The Citizen and The Rule of Law; - "Jugoslovenska revija za kriminologiu i krivično pravo", 3/1991

[3] Rainer Faupel; - The Rule of Law; - "Strani pravni život", 2/2009, str. 7-27

[4] Zoran Stojanović; - Jugoslovenska kriminalna politika kao potvrda i negacija pravne države; - zbornik radova: "Pravna država"; - Beograd, 1991.

[5] Ivana Simović-Hiber; - Uticaj pravnog fenomena organizovanog kriminala na krivično pravo; - u zborniku radova: "Teški oblici kriminaliteta i državna realcija"; - Ministarstvo pravde Republike Srpske i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu; Trebinje 2013. str. 347-359

jućim sankcijom.[6] Kao da danas nema nikakvu važnost i svrhu kada se kaže: "treba raditi, ponašati se 'tako i tako'", već jedinu snagu i vrednost ima kada se i ako se kaže: "ne sme se ponašati 'tako i tako'", odnosno još izričitije kada se kaže: "ako se neko ponaša 'tako i tako', kazniće se..." Stiče se utisak kao da pravna norma bez zabrane i pretnje sankcijom i nije prava pravna norma. Tu se radi o preteranoj i bespogovornoj laičkoj veri u kaznu i kažnjavanje, što je tema o kojoj se može posebno diskutovati, odnosno može se steći utisak kao da je samom moralu, jednoj moralnoj zapovesti potrebnija kazna, iako bi se moglo govoriti da bi trebalo da bude obrnuto, da je kazni potrebniji moral.[7] Hoćemo da kažemo da se ne može očekivati da će se ljudi ponašati moralno i dobronamerno, ako ih na to ne nagoni (samo) strah od zaprećene kazne. Nameće se pitanje - u kakvom svetu mi živimo, ako ljude na ispravno, moralno ponašanje, ne nagoni ništa drugo nego zabrana, odnosno strah od zaprećene kazne? Ljudi će se plašiti kazne, ali će se ponekad događati da će više truda uložiti u to da izigraju zabranu – kaznu, nego da ispoštuju samu normu.

Pitanje koje mi ovde postavljamo je u stvari pitanje da li zabrana i kazna mogu baš sve u situaciji kada moralne norme same za sebe uopšte ne funkcionišu i ako moral svi masovno ignorišu. Odnosno, ako ljudi ne kradu samo zato što se boje zaprećene kazne, a ne i zato što su svesni da je to nemoralno, sama zabrana i strah od kazne u suštini neće imati velikog, odnosno pre svega dugotrajnog efekta. Jer, ljudi će se u strahu od zabrane – kazne, neko vreme uzdržavati od protivzakonitog ponašanja, ali, će vrlo brzo, kada shvate da ih kazna iz ovih ili onih (tehničkih) razloga ipak mimoilazi, tada ipak prestati da poštuju zabrane i neće se dogoditi da te kazne interiorizuju kao moralne zapovesti kojih se treba pridržavati. A najvažnije, kada govorimo o (re)socijalizaciji, jeste učenje i usvajanje odgovarajućih normi i načina ponašanja, koje se prenosi sa generacije na generaciju.[8]

Nije sporno da su odnosi u današnjem društvu znatno kompleksniji i komplikovaniji nego što su bili pre stotinu, ili pak pre samo pedeset godina, te da mnogo šta danas treba zabraniti, no pitanje je da li će vozači i lekari, ili neki drugi profesionalci, biti savesniji, moralniji, pažljiviji, profesionalniji samo zato što je propisana zabrana, odnosno propisana stroga kazna.[9] Pitanje profesionalnosti i savesnosti jeste i pitanje permanentne edukacije pripadnika dotičnih profesija, a to najčešće i nema baš neke velike veze sa zabranama i kaznama. Učenje i samoučenje, tj. moralno i profesionalno uzdizanje svakako ima veliki značaj za pravilno funkcionisanje odnosa u jednom društvu i zabrane i kazne tu uopšte ne moraju imati nekog velikog značaja, pa ipak uporno se insistira na zabranama i kaznama.

Ako jedan pojedinac svoj sopstveni autoritet izgrađuje na "uterivanju straha u kosti" svojim podređenima, onda je to ili sasvim kratkotrajno, ili sasvim pogrešno.[10]

[6] Norma bez kazne, odnosno bez pretnje kaznom, kao da ostaje tek ptazna ljuštura. O svemu tome Dušan Vranjanac; - Norma kao zapovest; - "Strani pravni život" 2/2010, str. 10

[7] Zoran Stojanović; - Generalna prevencija i zaštitna funkcija krivičnog prava; - "Anali Pravnog fakulteta u Beogradu" u čast Akademika Milana Milutinovića; - br. 1-2/1994 str. 220 - 221

[8] O svemu tome videti na www.eduklik.rs/tekstovi-2/pojedinca-kultura-i-drustvo/

[9] Jovan Ćirić; - Profesionalni nehat; - u zborniku radova: "Problemi reintegracije i reforme jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva"; izdanje Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja; - Budva 1995.

[10] Samuilo Pejaković; - Sudskomedicinska ekspertiza; - Beograd, 1986. str. 77-78

Tako je i sa zabranama i strogim kaznama. Ako najveći broj građana neke norme intimno ne prihvata, već se ponaša na određeni način samo zbog zabrana i straha od kazni, onda na "duge staze" gledano, to i neće imati nekog velikog efekta.[11] Ljudi će čekati "prvu priliku" da izigraju neku normu, neku zabranu, neku strogo propisanu kaznu. Ljudi će kalkulisati sa korisnošću od kršenja zabrane i štetom od propisane kazne, ali neće usvojiti moralne norme, koje stoje u pozadini dotične zabrane.[12] Kada međutim procene da je benefit izvestan i veliki, a moguće nastupanje štete malo i zanemarljivo, onda zabrane kao takve, gube svoju prvobitnu svrhu. U stvari bi se moglo reći da svaki put kada u prvi plan izbije to i takvo (moralno) kalkulisanje, mi možemo govoriti o krizi morala uopšte, pa i o krizi autoriteta zabrana, kazni i prava uopšte. Jer, moglo bi se takođe reći da je kalkulisanje simbol i sinonim za ekonomiju i trgovački mentalitet uopšte, a to je nešto što je u osnovi suprotno etici kao takvoj.[13] Drugim rečima – kada neko poštuje norme i ne krši zabrane, to još uvek ne znači da je on baš moralan čovek, jer možda je prethodno samo dobro proračunao, iskalkulisao, pa je došao do zaključka da ne treba da krši zabranu. Dobro, neko će reći da je i to dovoljno (dobrodošlo) za održavanje društvenog morala, mira i stabilnosti, ali, takav čovek će samo gledati, čekati priliku da ipak postupi nemoralno i prekrši zabranu, kada proceni da mu to neće mnogo štetiti. To znači da zabrane (i zaprećene kazne) ne služe uspostavljanju moralnog reda, već pre svega nasilnom održavanju društvenog poretka, koji nije prihvaćen od strane pojedinaca, podanika koji treba da se pridržavaju propisanih pravila, normi, uzusa.

Pravo dakle po našem mišljenju ipak gubi svoj autoritet i legitimitet, onda kada u prvi plan izbijaju zabrane i kazne,[14] kada se insistira (samo) na njima. Zbog toga se danas sve više govori i o tzv. soft law-u (mekom pravu), koje se preuzima kao pojam i fenomen iz međunarodnog prava. Soft – law obično čine različiti kodeksi i pravila ponašanja, uputstva, smernice, standardi, rukovodni principi, koji ne sadrže u sebi neku izričitu zabranu, ali ipak sadrže izvesnu moralnu snagu i autoritet.[15] Ne mora dakle da pravo crpi sav svoj autoritet samo u zabranama i kaznama, međutim, treba reći da tradicionalni mentalitet ovih prostora, obično ne priznaje nikakav autoritet i legitimitet koji ne izvire iz zabrane i kazne. Zakonodavac to naravno mora imati u vidu i mora uvek anticipirati buduće događaje na socijalno-ekonomsko-političkom, pa i psihološkom planu, odnosno mora uvek razmišljati o tome kako će reagovati uža pravnička zajednica i šire socijalno okruženje i koliko će neko rešenje biti prihvaćeno i primenjivano u praksi.[16] U tom smislu dakle nije nerazumljivo to što zakonodavac obično uvek poseže za zabranama i kaznama, no, pitanje koje se ovde

[11] Silvija Panović-Đurić; - Načela kegaliteta i legitimiteta u krivičnom pravu; - izdanje Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1995.

[12] Mihajlo Aćimović; - Sudska psihologija; - Beograd, 1983. str. 53-55

[13] Sama reč kalkulisanje, dolazi od izraza: računati, proračunavati, pravbiti proračune i predračune. (www.staznaci.com/kalkulisati

[14] I kalkulisanje u vezi sa tim.

[15] Hartmut Hillgenberg; - A FreshLook at Soft Law; - dostupno na http://www.ejil.org/pdfs/10/3/597.pdf

[16] O svemu tome i Agneš Kartag – Odri; - O stvaranju prava i pravnoj svesti; - "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu", br. 1-3/89

postavlja jeste pitanje da li se i koliko u tome preteralo, odnosno da li se i koliko se sa zabranama i kaznama manipuliše u političkom smislu, te da li na kraju krajeva preveliki broj zabrana i strogih kazni devalvira autoritet prava u celini, ali i u nekim pojedinačnim segmentima.

Često je borba protiv jedne određene negativne pojave, prvi i osnovni razlog donošenja jednog određenog zakona, tako da se ponekad stiče utisak da se radi o zakonima za jednokratnu (političku) upotrebu. U vremenima kada su donošene božije zapovesti naravno, nije ni moglo biti norme koja je u vezi sa odvijanjem saobraćaja, no jasno je da su danas takve norme i te kako neophodne. No osnovno pitanje je da li smo i koliko preterali u različitim normama, odnosno zabranama i nismo li time ugrozili legitimitet – autoritet ne samo jedne takve, već i svih drugih pravnih normi? Pitanje je u stvari da li se u takvim situacijama zakoni donose da bi se ostvarili neki pojedinačni politički ciljevi, ciljevi koji u svakom slučaju nemaju gotovo nikakvo moralno opravdanje, legitimitet i autoritet. Treba se u tom smislu podsetiti i onoga što se u leto 2000. godine u Srbiji događalo, a u smislu glasnih zahteva za donošenje posebnog Zakona protiv terorizma, kada je politička organizacija JUL izašla sa takvim zahtevom, a vladina glasila počela da objavljuju napise o postojanju antiterorističkim zakonima u drugim zemljama.[17]

Ako i kada zabrana sama sebi postane cilj, odnosno, kada se zabrane donose iz političkih razloga, tj. iz razloga obezbeđivanja sigurnosti za građane i umirivanje njihovih (iracionalnih) strahova, onda je jasno da se tu mogu pojavljivati brojne političke manipulacije. Postaje uobičajeno da se najpre pojavljuje medijsko "spinovanje", a uporedo sa tim idu i različite zabrane i jačanje represivnih funkcija i ovlašćenja kao institucionalni odgovor savremene ("demokratski"?) ustrojene države na raznorodnost bezbednosnih pretnji, a što sve ima vrlo negativne opštedruštvene posledice".[18] Moralna panika, sa kojom se današnja društva sve više suočavaju, označava socijalni fenomen preterane reakcije medija, policije, drugih državnih institucija ili šire javnosti na delovanje pojedinaca ili društvenih grupa, koje može, samo po sebi, biti trivijalne prirode, ali se opaža kao realan društveni problem i ozbiljna pretnja osnovnim vrednostima jedne zajednice.[19] Različite vrste zabrana i ograničavanja uobičajenog korpusa ljudskih prava, sasvim se lako od strane običnih ljudi, građana prihvataju i opravdavaju, ako se te zabrane i ograničavanja opravdavaju potrebom "borbe protiv…", odnosno "zaštite od…".[20] Za obične ljude, laičku javnost, zabrane i ograničenja nisu toliko problematični, jer strah od kriminala, strah za sopstvenu bezbednost i bezbednost najbližih, deluju kao dovoljno opravdavajući.

Države – političari posežu dakle za zabranama i sankcijama, insistirajući pri tome da je to za opštu dobrobit, zbog instrumentalizovanog straha, odnosno zbog potrebe borbe protiv kriminala. Reč je o iskonskoj ljudskoj potrebi za bezbednošću, za bezbednošću koja je danas čini se stavljena na poseban pijedestal. Moglo bi se

[17] Slobodan Antonić; - Milošević – Još nije gotovo; - Beograd, 2015. str. 317-318

[18] Srđan Korać; - Moralna panika i organizovani kriminal; - "Revija za bezbednost", br. 2/2010 str. 133

[19] Ibidem, str. 135

[20] O tome više Vesna Ćorić; - Nove metode u suzbijanju terorizma u SAD nakon 11. septembra; - "Strani pravni život" 1-3/2006.

reći da "mi danas živimo u svetu u kojem javno mnjenje funkcioniše po principu 'linč rulje', kojom diriguju tabloidizovani i kompromitovani mediji".[21] Manipulacija je jednostavna: mediji i političari u određenim periodima, naročito kada se dogodi neki posebno težak i spektakularan zločin, ili nesreća, stalno prikazuju i govore o kriminalu i naročito o žrtvama tog kriminala[22] i onda se naravno kao posledica toga javlja kao sasvim normalna reakcija: "treba zabraniti, treba kazniti", naravno što je moguće strože, dodali bismo mi. To je mehanizam jačanja represivnosti u jednom društvu, mehanizam koji se poziva na legitimitet, na javnost, na javno mnjenje, međutim, problem je u tome što to javno mnjenje uopšte nije autentično, već je ono u stvari isfabrikovano.[23]

Naravno, ovde bi se moglo govoriti o preteranom pisanju, medijskom izveštavanju o kriminalu uopšte i pojedinačno, eksploatisanju ljudske podsvesne potrebe za pričama o kriminalitetu. Sve to za posledicu ima jednostavnu reakciju političara: "nešto treba uraditi". A šta? Pa naravno zabraniti (nešto) i kazniti. Tako se gomilaju zabrane i kazne i pravni sistem postaje izuzetno strog i represivan, ali istovremeno i nedelotvoran i nefunkcionalan, u stvari pre svega neefikasan.

Zamislimo u tom smislu da jedne noći grupa mladih dečaka u nekim brzim kolima, koja su "pozajmili" od svojih očeva, u povratku sa provoda sa nekog od beogradskih splavova, a pod dejstvom alkohola, naprave neku tešku saobraćajnu nesreću. I onda naravno treba reagovati – prvo reaguju mediji koji "spinuju" javnost, zatim se pojavljuju razni analitičari, pa na kraju dolaze i političari koji nude neka nova zakonska rešenja, uglavnom zabrane i stroge kazne. Na primer: zabraniti vozačima mlađima od 21 godine da upravljaju vozilima u noćnom periodu između 23 sata i 6 sati u zoru.[24] Laičkoj javnosti to deluje kao sasvim smisleno i pravo rešenje. Problem je ovde međutim u tome što je takva odredba, takva zabrana u zakonu već postojala, tj. već postoji. Naime, u postojećem Zakonu o bezbednosti javnog saobraćaja u članu 182 "Probna vozačka dozvola", u stavu 1 se kaže: "Licu koje ispunjava sve uslove za upravljanje vozilom B kategorije, a nije navršilo 18 godina života, izdaće se probna vozačka dozvola kad navrši 17 godina, sa rokom važenja od jedne godine". U stavu 4 se kaže: "Vozač koji ima probnu vozačku dozvolu ne sme da upravlja motornim vozilom u periodu od 23,00 do 5,00 sati, koristi telefon i druga sredstva za komunikaciju za vreme vožnje". Malo dalje, u stavu 8 istog člana, kaže se i sledeće: "Probna vozačka dozvola će se izdati i licu koje je navršilo 18 godina, koje prvi put stiče pravo na upravljanje vozilom B kategorije." Ove odredbe jesu pomalo nejasno napisane, ali se ipak može zaključiti da je u dobroj meri besmisleno ono što su novinari, analitičari i političari govorili nakon

[21] Nikola Tanasić; - Tragedija "Šarli ebdo" – tanka linija između slobode govora i šovinizma; - dostupno na internet adresi: http://www.nspm.rs/savremeni-svet/tragedija-sarli-ebdo--tanka-linija-izmedju-slobode-govora-i-sovinizma.html

[22] Jovan Ćirić; - Viktimološke zloupotrebe – "Pravni život" 9/2010, str.17-32

[23] Jovan Ćirić; - Pravosuđe i pritisci javnosti; - u zborniku radova "Reforma krivičnog prava", Kopaonik, 2014.str.199-212

[24] http://arhiva.24sata.rs/vesti/aktuelno/vest/novi-zakon-sta-ce-biti-zabranjeno-vozacima-mladim-od-21/158561.phtml.

saobraćajne nesreće u kojoj je jedan beogradski "BMW" kod Ade Huje završio u Dunavu, a troje mladih poginulo.[25]

Besmislica je vrlo jasna: analitičari, novinari i političari su nakon ove nesreće govorili da treba uvesti "nove" odredbe – zabrane, koje u stvari već postoje.[26] Ukoliko međutim, neko prokomentariše u bilo kakvom negativnom smislu jednu takvu inicijativu, on naravno dolazi u opasnost da mu se na ovaj ili onaj način ozbiljno prigovori da je u najmanju ruku nedobronameran. Ovde je međutim pravo pitanje da li se već postojeća zabrana do sada primenjivala, ali isto tako i da li se uopšte može sprovesti u delo. Konkretno, to pitanje se u stvari sastoji u sledećem: koliko je potrebno angažovati policajaca koji će sprovoditi kontrolu, te da li se jedna takva zabrana poštuje, odnosno postoje li u državi, društvu odgovarajući resursi za sprovođenje jedne takve zabrane, ili će ta zabrana ostati jednostavno rečeno: "mrtvo slovo na papiru"? Da li će na svakoj, ili svakoj drugoj raskrsnici u Beogradu u tom noćnom periodu stajati po jedna saobraćajna patrola koja će zaustavljati svako, ili svako drugo vozilo i kontrolisati vozače i njihovu starost? Šta tek raditi u unutrašnjosti i na putevima između naseljenih mesta? Koliko će to usporavati saobraćaj i koliko nervoze izazivati kod ostalih učesnika u saobraćaju? Sve u svemu zabrana o kojoj je ovde reč, ne može biti primenjivana u najvećem broju slučajeva. Za najširu laičku javnost i opšti društveni moral, takvo neprimenjivanje, tj. selektivno primenjivanje ovakvih zabrana, moglo bi se okarakterisati kao još mnogo gore nego da se ni na koji način nije pravno reagovalo.

Neprimenjivanje prava, tj. sporadično i selektivno primenjivanje pojedinih zabrana i prava uopšte, sugeriše zaključak da su neki ljudi ipak povlašćeni, kao i to da se jedna zabrana, makar u tehničkom smislu, ipak ne može sasvim sprovesti u praksi.

Pitanje sprovođenja jedne zabrane u praksi, ne mora dakle biti u tolikoj meri pravno pitanje, koliko je to u suštini jedno tehničko i opštedruštveno pitanje. Često se ovde u stvari radi i o tome da se postavi što je moguće više sigurnosnih kamera, tako da stvarnost u kojem se odvija život jednog društva, poprima karakteristike nekog od rijaliti šou programa, tipa "veliki brat". To često podrazumeva, između ostalog, i ugrožavanje privatnosti građana, a što može biti zloupotrebljeno na različite načine. Neke zabrane je praktično nemoguće ispoštovati, kao što je to slučaj na primer i sa tzv. Marijinim zakonom, gde se, između ostalog, preporučuje određenim kategorijama ljudi: "uzdržavanje od posećivanja mesta na kojima se okupljaju maloletna lica, kao što su školske zgrade, školska dvorišta, vrtići, igrališta, dečje manifestacije i sl." Mogu li se svi prostori gde se okupljaju maloletnici, "pokriti" kamerama i da li je moguće imati, napraviti potpunu datoteku svih potencijalnih pedofila, kojima se preporučuje uzdržavanje, odnosno zabranjuje prisustvo?

Ne mora međutim biti reči samo o nedostatku tehničkih resursa neophodnih za sprovođenje određenih zabrana. Neke zabrane su same po sebi kontraproduktivne, iako bar na prvi pogled to ne mora biti tako očigledno. Na primer zabrana abortusa.

---

[25] http://www.naslovi.net/2014-11-22/politika/nesreca-kod-ade-huje-poginulo-troje-mladih/12404863

[26] Ali se ne primenjuju, pa je pravo pitanje "zašto se ne primenjuju?"

Abortus, kao što znamo, kod nas nije zabranjen, no u javnom diskursu postoje pojedinci i određeni delovi društva, pre svega iz crkvenih krugova, koji su tradicionalno za to da se uvede zabrana abortusa. Da li je to međutim dobro, ili se to može izvrgnuti u nešto sasvim drugo, u nešto što je sasvim negativno? Kada bi se uvela zabrana abortusa u Srbiji, žene bi u znatnom broju slučajeva odlazile u okolne zemlje u kojima je abortus legalizovan, ili bi, što je još gore, vršile ilegalne abortuse, a što bi i za opšti natalitet, ali i za opšte zdravlje žena bilo sasvim kontraproduktivno.[27]

Slično zabrani abortusa, ovde bi se moglo govoriti i o prohibiciji alkohola u SAD tridesetih godina, odnosno, moglo bi se danas govoriti o "prohibiciji" droga u savremenom svetu. Jedan od prvih koji je ozbiljnije počeo da obrazlaže svoju ideju o nekom vidu legalizacije droge, bio je znameniti američki ekonomista, nobelovac, Milton Fridman, koji je 1972, u "Newsweeku", objavio svoj prvi članak na tu temu.[28] Zagovornici legalizacije, ističu da bi legalizacija droge mogla da pomogne u zaustavljanju nasilja u celini uzev, nasilja, koje je produkt kriminala u vezi sa ilegalnom trgovinom droge,[29] odnosno, oni ističu da bi upravo dekriminalizacija i različiti vidovi antiprohibicije, mogli biti vrlo delotvorni načini borbe protiv tzv. narko-kartela.[30] I ne samo to, čak su i neke države uvele nešto drugačiji vid borbe protiv droga i narkomanije. U tom smislu ovde treba pomenuti Portugaliju sa vrlo specifičnim sistemom parasudskih tribunala, koji preduzimaju različite medicinske tretmane i tretmane uključivanja narkomanskih zavisnika u procese resocijalizacije. Portugalija je izgleda zabeležila značajne uspehe u lečenju, kao i u zaustavljanju širenja bolesti narkomanije i trgovine drogom,[31] što može biti uzor drugima zemljama i to ne samo kada se radi o drogi i narkomaniji. Pokazuje se, upravo kada je reč o drogi, da same zabrane i kazne ne mogu biti svemoćne, već je često upravo suprotno. Gotovo po pravilu, poput nekakvog "zabranjenog voća", svaka vrsta zabrane, provocira one koji bi da prekrše dotičnu zabranu i nešto "ušićare". Kada je reč o problemima u vezi sa drogom, potrebno je preduzimati široku socijalnu, pre svega edukativnu akciju među mladom populacijom. Naravno lakše je, jeftinije i na neki način medijski atraktivnije, tj. više demagoški i populistički, propisivati zabrane i time sa sebe skinuti svaku dalju odgovornost.[32] Ovo u bilo kojoj oblasti, pa tako čak i kada se radi o sportu, gde ima vrlo mnogo različitih zabrana i sankcija,[33] ali se na kraju, sve, ili gotovo sve, ipak svodi na to: ko će biti veštiji: da li oni koji izmišljaju i iznalaženju novih vrsta dopinga, ili pak oni koji su zaduženi da ih u tome otkrivaju?

[27] http://mondo.rs/a587763/Info/Drustvi/Sta-bi-donela-zabrana-bortusa.html

[28] Milton Friedman; - Prohibition and Drugs; - "Newsweek" 01.May 1972. dostupno na internet adresi: www.druglibrary.org/special/friedman/prohibition_anddrugs.htm

[29] O tome na primer u tekstu Norm-a Stamper-a; - "How Legalizing Drugs Will End the Violence", dostupno na internet adresi www.alternet.org/drugreporter/39565/

[30] Naum Šurbanovski; - Ant-prohibicijom droga protiv narko-kartela; - "Jugosloevenska revija za kriminologiju i krivično pravo", 1/1998, str. 84.

[31] Jovan Ćirić; - Borba protiv droge putem dekriminalizacije – slučaj Portugalije; - "Strani pravni život" 2/2012, str. 308-318

[32] Ovo je nešto što političari uvek imaju u vidu kada se javno zalažu za nove zabrane i strožiju kaznenu politiku.

[33] Dejan Šuput; - Zabrana i sankcionisanje dopinga u sportu u državama Evropske unije; - "Strani pravni život"; - 1/2008; - str. 153-195

Posebna priča jesu i (neuspeli) pokušaji zabrane prostitucije. O svemu tome gotovo da i nije potrebno posebno govoriti. Jer, da su pokušaji zabrane prostitucije ikada bili uspešni, odnosno mogli biti uspešni, prostituciju jednostavno ne bismo nazivali "najstariji zanat na svetu". I u ovoj oblasti, čuju se izvesna razmišljanja o eventualnoj liberalizaciji, odnosno legalizaciji prostitucije, mada se pre ili kasnije, sve te diskusije i polemike, pretvaraju u odgovarajuća politička nadgornjavanja.[34] Ipak, možda je najinteresantnije to da, kada je reč o ovom pitanju, pitanju legalizacije prostitucije i vladajuće i opozicione partije uglavnom imaju zajednički, jedinstveni stav.[35] Povodom svega se ovde može govoriti o svojevrsnoj društvenoj hipokriziji, no u svakom slučaju je jasno da ne postoji spremnost odgovarajućih političkih i društvenih snaga da na bilo koji ozbiljniji način razgovaraju o mogućim oblicima suštinskog rešavanja ovog problema, koji bi po svemu morao uključivati i liberalizaciju i legalizaciju (prostitucije). Moglo bi se govoriti o tradicionalizmu, patrijarhalnosti, konzervativizmu, no ispostavlja se, ne samo kada je reč o prostituciji, da je najbezbolniji i najlakši način razgovora o mnogim društvenim problemima, razgovor o uvođenju novih zabrana. U svakom slučaju, danas se veoma retko ko usuđuje da govori o mogućim dekriminalizacijama kao sasvim legitimnim vidovima odgovarajuće kriminalno-političke intervencije. Štaviše, još od 1984.[36] odnosno 1985. godine[37] o temi dekriminalizacije gotovo da i nije bilo ozbiljnijih rasprava u našoj stručnoj i naučnoj krivičnopravnoj literaturi.

Pažnju zaslužuju i problemi u vezi sa ekologijom. Ti problemi danas jesu globalnih razmera, problemi o kojima se mora posebno voditi računa i oni su uglavnom tretirani posebnim normama, u kojima je ključni element zabrana, kao i kazna propisana za kršenje te zabrane. Drugim rečima, ako postoje kao primer neke norme koje su sve zasnovane na zabranama i kažnjavanju, onda su to ekološke norme, pa ipak ni tu nisu stvari baš tako jednoznačne. Odnosno, postavlja se pitanje šta raditi kada se kao ekološki zagađivač pojavljuje jedan veliki privredni subjekt, "gigant", koji na jednoj strani zaista zagađuje prirodu, ali sa druge strane zapošljava veliki broj radnika, plaća poreze i doprinose jednoj užoj ili široj lokalnoj zajednici, te time doprinosi razvoju i funkcionisanju komunalnih i zdravstvenih organizacija u datoj sredini. Ta lokalna zajednica tada ima značajne koristi od tog i takvog "giganta" zagađivača, iako ima i štete u vidu ekološkog zagađenja. Čemu tada dati prednost, pitanje je koje se tada često razrešava na taj način, što se propisane zabrane ipak relativizuju, a to de facto znači ne poštuju striktno i dosledno i to je nešto što se zaista vrlo lako može

[34] U tekstu pod naslovom: "Legalizacija prostitucije: Umesto ozbiljne debate, političko potkusurivanje", dostupno na internet adresi: http://www.slobodnaevropa.org/content/legalizacija-prostitucije-u-Srbiji/26778372/html

[35] U tekstu pod naslovom: "Legalizacija prostitucije: protiv i vlast i opozicija", dostupno na internet adresi: http://www.blic.rs/Vesti/Drustvo/524300/LEGALIZACIJA-PROSTITUCIJE-Protiv-i-vlast-i-opozicija

[36] Zoran Stojanović; - Ka politici dekriminalizacije; - "Arhiv za pravne i društvene naule" br. 2/1984.

[37] Đorđe Ignjatović; - Dekriminalizacija i inkriminalizacija u krivičnom pravu; - "Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo", br. 1/1985.

opravdavati brojnim razlozima svrsishodnosti. [38] Međutim, istovremeno, posledica svega toga jeste urušavanje ugleda u autoriteta zabrana uopšte i prava u celini.

U tom bi se smislu moglo razmišljati i o nekim drugim normama – zabranama, o kojima se danas inače dosta govori. Reč je o zabrani telesnog kažnjavanja dece. O toj temi bi se naravno posebno moglo govoriti – da li je i koliko ona opravdana, te da li je to način da se možda eventualno utiče na promenu stanja svesti kod šireg građanstva, na širi društveni moral, a što inače ne mora biti baš toliko neuobičajeno. Naime, jeste tačno to da je moral taj koji utiče na zakone, ali se ponekad događa i da zakoni kao takvi pokušavaju da utiču na moral,[39] te bi u tom smislu uvođenje zabrane telesnog kažnjavanja dece od strane roditelja moglo imati određenog smisla. No, ipak se ovde postavlja pitanje: kako i na koji način će takva odredba o zabrani telesnog kažnjavanja dece, funkcionisati u praksi. Zamislimo situaciju: otac, izirtiran činjenicom da je upravo ostao posla, nervozan se vraća kući, gde ga dočekuje nestašni sin, koji je zbog svog nestašluka dobio jednu "ćušku". Kako će se sve to završiti? Možda tako što će se sin "požaliti" SOS telefonu, pa će se sve razrešiti na taj način što će tučeni sin biti oduzet od nervoznog oca i "dodeljen" nekoj drugoj porodici, ili će možda sve biti razrešeno na taj način što će otac biti kažnjen novčano, ili na neki drugi način. Da li će to biti za dobrobit samog deteta, jer će sin de facto biti dodatno kažnjen?[40] Naravno da su i centri za socijalni rad i pravosudni organi i zapravo svi u društvu, svesni da to ne bi bilo ni na koji način dobro, već da bi sve to bilo kontraproduktivno i za sina (njegovu dobrobit) i za oca, te u tom smislu odgovarajuće odredbe neće baš biti striktno i doslovno poštovane. Jedina posledica svega mogla bi biti u tome da se propisane zabrane uglavnom ne primenjuju, a što sve na kraju krajeva dovodi do urušavanja autoriteta prava kao takvog.

Sve u svemu, moglo bi se reći da umesto eventualne dekriminalizacije, danas, kada se o nekoj krivičnopravnoj temi povede reč de lege ferenda, onda se tu prvenstveno misli na uvođenje novih zabrana. Izgleda da su i za zakonodavce i za praktičare, nove zabrane i strože kazne ono što je sinonim za pravna razmatranja de lege ferenda. Verovatno da je dekriminalizacija dobrovoljnih homoseksualnih odnosa iz stava 3 člana 110 nekadašnjeg KZ SR Srbije, jedna od poslednjih dekriminalizacija u našem krivičnopravnom sistemu. Možda sama ta činjenica dovoljno govori o moralnoj, političkoj i sveukupnoj društvenoj situaciji kod nas.[41]

---

[38] Miloš Živković; - Marko Milenković; - Značaj procene uticaja za urbanističko planitanje; - u zborniku radova "Ekologija i pravo", priredile Aleksandra Čavoško i Ana Knežević – Bojović, Beograd 2012. str. 184-212

[39] Rudolf Legradić; - Sociologija prava; - Beograd, 1968, str. 122

[40] Jovan Ćirić; - Dve priče o dva dečaka, - "Revija za kriminologiju i krivično pravo" 1-2/2012, str. 205-218

[41] Neko bi mogao pomisliti kako je postojanje dobrovoljnog homoseksualnog odnosa kao krivičnog dela, nešto što je bilo karakteristično za vremena XIX veka, međutim u Srbiji je ovo krivično delo u Krivičnom zakonu postojalo sve do druge polovine XX vela. Po ovoj odredbi niko, ili skoro niko naravno nije bio krivično gonjen, ali za demokratičnost i "pravnodržavnost" jednog društva, odnosno za autoritet prava u tom društvu, (u negativnom smilsu naravno) bitno je ovo "skoro niko", tačnije to da je poneko ipak mogao biti optužen i osuđen za ovo krivično delo. Za autoritet i demokratičnost jednog pravnog sistema najlošije rešenje je da neke pravne norme postoje, ali da se one ne primenjuju.

Treba reći i to da su gotovo sve zabrane kao takve, često praćene čitavim nizom različitih komplikovanih procedura, koje bi trebale da doprinesu većem poštovanju tih propisanih zabrana. Odnosno, po zamisli zakonodavca, takve komplikovane procedure bi trebalo da doprinesu većem poštovanju zabrana i pravnih normi uopšte. Ovo naročito može biti karakteristično za borbu protiv korupcije, na primer za procedure u vezi javnih nabavki. Međutim, stvari ponekad mogu biti upravo suprotne.

Ima međutim onih teoretičara koji smatraju da previše formalno-pravnih ograničenja, komplikovanih procedura i zabrana, suštinski ne samo što provociraju ljude da se ponašaju nezakonito, koruptivno, nego ih direktno nagone da se ponašaju protivno birokratskim ograničenjima i zakonima, kako bi uopšte mogli da opstanu u uslovima delovanja tržišnih zakona. Sistem, koji je previše komplikovan i opterećen prevelikim brojem ograničenja i zabrana, vrlo često nagoni ljude, a pre svega privredne subjekte da takav sistem izigravaju, ako žele da uopšte opstanu na slobodnom tržištu.[42].

Apsurd je ovde više očigledan: sa jedne strane se insistira na slobodnom tržištu, a sa druge strane u savremenom pravnom sistemu, koji bi trebalo da bude u funkciji takvog slobodnog tržišta, uvode se sve brojnija suštinska i formalna ograničenja, koja sužavaju prostor slobode i liberalizma. Iz tog, rekli bismo prvobitnog apsurda proizilaze i mnogi drugi apsurdi, na koje smo ovde pokušavali da ukažemo, a koji se pre svega sastoje u jednom osnovnom pitanju: "da li se i koliko jedna zabrana uopšte može sprovoditi i poštovati?", kao i to "koliko će poštovanje, tj. sprovođenje jedne zabrane koštati?" Sve jednostavno ima svoju cenu, pa i funkcionisanje pravne države i sprovođenje zakona, odnosno odgovarajućih (zakonskih) zabrana. Više zabrana, podrazumeva više policajaca, ali i tužilaca, sudova, penitencijernih ustanova, te bi se tu moglo postaviti pitanje ekonomske isplativosti sprovođenja određenih (zakonskih) zabrana.

Kada se sve ovo ima u vidu, čini se da je ponekad bolje i isplativije ne pridržavati se baš sasvim i do kraja određenih pravnih pravila i zabrana. Šta na primer raditi ukoliko pridržavanje odgovarajućih ekoloških zabrana, podrazumeva visoku ekonomsku cenu za jedan veliki privredni gigant u regionu, od čijeg rada zavisi ne samo ekonomija dotičnog regiona, već i šire? Da li se i tada treba pridržavati baš svih normi i zabrana po svaku cenu, a po principu "fiat iustitia..."?[43] Ili bi možda ipak bilo bolje, isplativije, svrsishodnije, neke zabrane ne poštovati baš sasvim i do kraja? Ali, to onda kompromituje autoritet prava u celini, opštu ideju vladavine prava, zahtev da se pravo mora poštovati.

Zakonodavci, kao i svi analitičari, kada god razmišljaju de lege ferenda, moraju pokušavati da predvide sve moguće društvene situacije u budućnosti, pa pokušavati da osmisle da li je nešto, neka zabrana uopšte ostvariva. To porazumeva da se odgovori i na pitanje opšte tradicije i kulturno-psihološkog mentaliteta jedne sredine,

[42] Mihael Bock; - O uzrocima korupcije i njenoj neminovnosti u savremenom društvu; - u zborniku radova: "Borba protiv korupcije – iskustva i poređenja", priredio Jovan Ćirić, izdanje Instituta za uporedno pravo, Beograd, 2013. str. 11 - 20

[43] Jovan Ćirić; - Fiat iustitia – koliko košta pravna država?; -" Pravo i privreda", 1-3/2014 8-18

ali podrazumeva i kalkulisanje sa tehničko – tehnološkim kapacitetima i resursima u jednom društvu, resursima koji se tiču same kontrole i kažnjavanja. To takođe podrazumeva i čisto ekonomsko kalkulisanje tipa: "koliko će to da košta i da li se isplati?" Tu je naravno i pitanje: "da li će jedna (nova) zabrana provocirati ljude da se ponašaju protivzakonito i da krše tu dotičnu zabranu?" Tek ako u nekoj konkretnoj situaciji dobijemo odgovor koji bi glasio: "u kulturno-mentalitetskom pogledu ne bi trebalo da bude većih problema, tehničko-tehnološki kapaciteti (resursi) za kontrolisanje i sprovođenje jedne zabrane, postoje, a sve se to isplati i ne 'provocira' ljude na nove oblike protivzakonitog ponašanja", tek tada bi se mogao dati pozitivan odgovor za uvođenje jedne (nove) zabrane i tek tada bi se moglo reći da "zabrana" ima svrhe, a pravni sistem neće izgubiti ništa od svog autoriteta. Međutim, u vrlo velikom broju slučajeva u sadašnjem svetu, a naročito kod nas, to nije tako, - norme i zabrane se donose iako se već unapred može znati da se neka zabrana neće moći ispoštovati, da ne postoje resursi, da je zabrana previše skupa i kontraproduktivna, itd. Ko međutim mari za autoritet jedne pojedinačne norme koja se ne može sprovesti u delo, kada i ako u kratkom periodu, na kratke staze, kratkoročno gledano, propisivanje jedne takve zabrane u neukom, laičkom javnom mnjenju može doneti značajne političko - populističke poene?

Jovan Ćirić, PhD
Institute of comparative law
Belgrade

BAN, PENALTIES AND THE AUTHORITY OF THE LAW

When politicians do not know how to resolve one social problem, they usually prescribe new ban and some very severe penalties, so everybody is satisfied, but first of all laymen's publicity. People usually think that with ban and penalties could prevent everything and could even build new morality. If you want to teach people

how to behave on the proper way, there are ban and penalties as a best mechanism of teaching. On the other hand, people are afraid of the criminality. Newspapers and journalists speak very much about the criminality, so we could talk about moral panic in the society. In that situation it is quite normal for politicians to offer some new legal solutions that could prevent criminality, that could satusfy general public opinion. Due to that in nowadays criminal law system there are plenty of different ban and severe penalties. But the real question is how it works in the practice. The question is what is the situation with social institutions like police is. Is there enough capacities for the social control and enforcing the law. In that sense many ban, many penalties, many norms exist only on the paper, but not in the reality. The author of this text thinks that it has very negative effect for the authority of the law in general sense. On one side, the legislator introduces more and more prohibitions, but on the other side the majority of the people continues to behave like there is no such prohibition. When one ban (prohibition) is not respected, people realize that the law doesn't work. That has negative impact on the authority of the law

Key words: ban, penalties, authority of the law, enforcing the law, public opinion.

Prof. dr Ivana Simović Hiber[1]

NOVE ZAKONODAVNE TENDENCIJE I TEHNIKE (I VLADAVINA PRAVA)

Apstrakt

Određivanje granica i oblika krivičnopravne reakcije je bitan test za vrednosnu ili meta-pravnu proveru saglasnosti jednog krivičnopravnog sistema sa principima i sadržinom pojma vladavine prava. U konkretizovanoj ulozi krivičnog zakona kao pozitivnog, mogu se zapaziti tendencije koje su suprotne ovom postulatu. Tekst je posvećen zapažanjima kritičnih tačaka ugrožavanja načela zakonitosti; najviše pažnje je posvećeno novim tehnikama, kojima se olako gube granice između krivičnog dela i prekršaja. Razmatrani su primeri krivičnih dela omogućavanja zloupotrebe ostvarivanja prava azila u stranoj državi, dogovora i udruživanja radi (iz)vršenja krivičnih dela, i neprijavljivanja pripremanja krivičnog dela u funkciji posebnih inkriminacija opšteg karaktera. Uočava se da analizirana zakonska rešenja narušavaju pravnu sigurnost.

Ključne reči: *načelo zakonitosti, načelo celishodnosti, pozitivizam, sekuritizacija prava, punitivni populizam, krivična dela u funkciji opštih normi, prekršaji, javni red i mir.*

1. Uvod i postavljanje problema

Počnimo dvema opštim konstatacijama.

Feurbachova formula - nulla poena sine lege**, nulla poena sine crimine** pretvorena je u savremeno pitanje: gde je zagubljen ili izgubljen crimen.

Pozitivističko pravno mišljenje je ostavilo neizbrisiv trag formulom "zakon je zakon" koja je ničim sputana, često rezultirala **zakonskim nepravom**[2]**.**

Osnovna hipoteza je da se krivično pravo uobičajeno shvata kao represivna reakcija na poremećaj funkcionisanja odnosa u okvirima ili povodom negativne društvene interakcije, što najbukvalnije mora konsenkventno značiti da nema ulogu preventivnog mehanizma u zaštiti tih odnosa. Dalje, represivnost krivičnog prava podrazumeva da se njegova uloga iscrpljuje kao sredstva *ultima ratio*, odnosno da ona postaje delatna nakon iscrpljivanja vanpravnih i pravnih mehanizama zaštite iz okvira drugih pravnih disciplina.

[1] Redovni profesor, Univerzitet u Beogradu, Fakultet bezbednosti , ivanassss@hotmail.com

[2] Radbruh,G., Filozofija prava, str.281,Nolit, Beograd, 1973

Na načelan stav da krivično pravo predstavlja najoštriju reakciju na povredu (ugrožavanje) društvenih vrednosti i pravila, i činjenice da ono ima za cilj da štiti najvažnija dobra, nadovezuje se pitanje koja su to dobra i kako ih treba štititi.[3] Otuda je određivanje granica i oblika krivičnopravne reakcije bitan test za prethodnu, vrednosnu ili meta-pravnu proveru saglasnosti jednog krivičnopravnog sistema sa principima i sadržinom pojma vladavine prava.[4] Na prvi pogled, to se najbolje pokazuje prilikom propisivanja pojedininačnih krivičnih dela, ali je to još više problem opšteg dela krivičnog zakona.

Sa druge strane, jedna od važnih poluga novog shvatanja uloge krivčnog prava se može nazvati, po ideji J.Simona[5] vladavinom preko zločina (*Governing Through Crime*). Politička metafora o "ratu protiv kriminala" bitno je izmenila ulogu krivičnog prava, pretvarajući ga kao fenomen kontrole kriminaliteta u primarno sredstvo vladanja. To za posledicu ima, pre svega pretvaranje određenog broja krivičnopravnih normi, a time i samog krivičnog zakona u odgovor na socijalne probleme. Na taj način se određen broj normi sadržinski nalazi u ulozi preventivnog i *prima ratio* instrumenta, što dalje znači i izvan osnovne, represivne, *ultima ratio* funkcije krivičnog zakona.

U banalnom obliku fenomen se pojavljuje i kao punitivni populizam[6], kao mešavina politike, kriminalne politike, stavova javnog mnjenja (punitivne javnosti) koji rezultira pojačanom i ogoljenom represijom, kao sredstvom rešavanja socijalnih problema. Velike krize su obično izvor, povod, ali i izgovor za proglašavanje borbe protiv kriminala kao političke akcije i ultimativnog cilja. Izabrani fenomen – kriminalitet u tom viđenju zahteva pravno-tehničko pokriće koje najčešće polazi od pozitivističke floskule "zakon je zakon" .

Slobodno se može reći da savremeno stanje u društvu i pravu u sve jasnijoj formi ukazuje na prisustvo jedne nove i opasne utopije. Ako možemo reći da smo učestvovali u jednoj "staroj" utopiji besklasnog društva koja se realizovala realnim postojanjem diktature[7], sada možemo nagovestiti da se nova utopija društva bez rizika i opasnosti u "čekanju" svog ostvarenja realizuje kroz umnožavanje krivičnih dela, pooštravanje kaznenog sistema, i što je najvažnije promocijom i opravdavanjem permanentnog stanja izuzetaka, [8] ili pravnog vanrednog stanja. U traganju za društvom bez rizika mi se nalazimo u stanju borbe protiv izabranih oblika kriminaliteta.

Sekuritizacija tako, kao nov pojam koji kruži oko krivičnog prava je i nova opasnost za načelo zakonitosti. Izjednavanje kategorijalno različitih ''opasnosti'' u okviru brisanja sadržine društvene opasnosti kao materijalnog elementa pojma kri-

---

[3] V. za pojam zakonske kriminalne politike Ancel, M., *Pour une etude systematique des problems de politique criminelle, "*Archives de politique criminelle", br. 1/1975, str. 18.

[4] Hayek, B. F.A. *The Constitution of liberty,* London 1971. str. 205.

[5] Simon, J., Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear, Oxford University Press, 2007.

[6] Ristivojević, B., Negativna kriminalno-politička kretanja u materijalnom krivičnom zakonodavstvu Srbije od donošenja KZ:temeljno opredeljenje zakonodavca ili incident, CRIMEN (III), str.188, 2/2012

[7] Mannheim, K., Ideologie et Utopie(1929), Maison des sciences de l'homme, 2006, str.200.

[8] Salas, D., La Justice devoyee (Critique des utopies securitaires, Ed. des Arenes), Paris, 2012, str. 20.

vičnog dela (ili u blažoj formulaciji njeno sklanjanje u fioku postignutog, i time pretpostavljenog, a ostvarenog ‘’dostignuća zakonitosti’’ – najteže povrede -jednom zauvek i ne treba proveravati – čime se ostvarilo samo osamostaljeno nepoštovanje) dozvoljava (ne)uporedivost različitih pojavnih oblika ugrožavanja. Stoga ne treba da čudi da se fenomen - dezinformacija na internetu izoluje i ubacuje u praktično isti koš sa opasnošću od terorizma. Opasnost od s**ekuritizacije** nije mala; posledica je da se fenomen koji se predstavlja kao pretnja simbolički izmešta iz oblasti ‘’normalnog’’ (pravni fenomen, poiltički fenomen- a često se brkaju) u oblast bezbednosti, čime se pruža opravdanje za upotebu vanrednih mera – mera koje postaju prihvatljive ili čak normalne samo u slučaju ugroženosti vitalnih, važnih interesa. A mogućnost pretvaranja (ili razumevanja) svakog interesa kao važnog tako samo po sebi ilustruje ovu opasnost.

U banalnom obliku fenomen se pojavljuje kao punitivni populizam[9] kao mešavina politike, kriminalne politike, stavova javnog mnjenja (punitivne javnosti) koji rezultira pojačanom i ogoljenom represijom kao sredstvom rešavanja socijalnih problema. Velike krize su obično izvor borbe protiv kriminala kao izabranog fenomena.

Tome doprinose tehnike parcelizacije krivičnih dela, odnosno nabrajanje posebnih slučajeva osnovnog krivičnog dela kao samostalnih krivičnih dela, kao i reagovanje krivičnog prava na pojavu novih poremećaja društvenih odnosa (bez procene njihove standardnosti kao krivičnih dela) vodi posledici da se kažnjavanje prepoznaje kao autonomni (ili jedini) cilj, a sredstvo se prepoznaje u premrežavanju drštvenih odnosa normama, sakcijama. Primer može biti krivično delo udruživanja radi vršenja krivičnih dela, koje smeštanjem u grupu krivičnih dela protiv javnog reda i mira simbolički ukazuje na tendenciju širenja represije, posebno potpomognuta zasnivanjem kažnjivosti problematičnom “težinom” dela, naime postavljanjem neubičajeno niske granice od tri godine zatvora. Kako većina krivičnih dela može ući u krug onih za koje je zaprećenost kaznom od tri godine zatvora postojeća, širina obuhvata je nedopustivo velika; da stvar postane još čudnija, predviđena kazna za to krivično delo (čl.346 KZ, st,1 -osnovni oblik) je do pet godina zatvora .

Možemo slobodno ovome dodati i novi “pravni” jezik. Navešću samo najupornije primere: nadležni organi, institucije sistema, privođenje pravdi, izjave da će se praktično svakom kaznom, ma ona bila besmisleno blaga ostvariti svrha kažnjavanja, zbirno navođenje kazne za više učinilaca, efikasno okončanje postupka koji je zastareo i sličnim izjavama zgodnim za medijsku upotrebu se dodatno unosi konfuzija u već dovoljno krhki položaj prava i onih koji ga sprovode u praksi. Ne treba pritom zanemariti, mada su iz druge kategorije, pojave osnovnog nepoznavanja, (od strane autora zakona) osnovnih standarda (vebalni delikt) jezičkih standarda ili osnovanog zahteva razumljivosti teksta (pojam javnog reda i mira) ili razumljivosti tehnike normiranja (tako je naprimer u Zakonu o javnom redu i miru poglavlje dva naziva Dobrovoljni prilozi i pirotehnička sredstva - u jedno iskazu). Kada govorimo o nepoznavanju pojmova u literaturi se navodi slučaj obrazloženja Predloga Zakona

[9] Ristivojević, B., Negativna kriminalno-politička kretanja u materijalnom krivičnom zakonodavstvu Srbije od donošenja KZ: temeljno opredeljenje zakonodavca ili incident, CRIMEN (III), str.188, 2/2012

o izmenama i dopunama KZ (2012) kojima se predlagala dekriminalizacija uvrede i klevete, pa je navedeno da će se time "u potpunosti ukinuti verbalni delikt" što upućuje na zaključak da zakonodavac ne poznaje značenje pojma – standarda verbalni delikt u nauci krivičnog prava[10].

Treba ukazati i na činjenicu da se u novije vreme, čak samo formalno posmatrano, može zapaziti nevidljivost razloga zbog čega je "nešto" krivično delo a ne prekršaj i obrnuto. Ova tendencija je uvek opasna, što ćemo pokušati pokazati u nastavku teksta.

Ovome je značajno dodati i uticaj načela **celishodnosti,** koje za krivično pravo ima na neki način poništavajući karakter. To je davanje prednosti nekim (vanpravnim) interesima nad zakonom. Kada je ovo načelo ugrađeno u sistem, ono ima tendenciju da razara sistem, a ne samo da ga relativizuje. Iz toga logično sledi da će se norme svakog zakona, a što je najgore i krivičnog, primenjivati u onoj meri u kojoj to odgovara **nekom interesu,** makar se on nazivao i opšti društveni interes. To dalje znači da primena zakona (da li će uopšte biti primenjen, i kako) zavisi od ocene organa koji treba da ga primeni. Time se zakon u smislu opštosti, na neki način samoukida[11].

1.1. Pozitivnopravna sudbina krivičnih dela protiv javnog reda i pravnog saobraćaja

Sledujuće posledice nastaju tako što se određena ponašanja pomeraju u krivičnu zonu[12], van krivičnog zakona, a slična uključuju u nju. Indikativan, mada već istorijski primer je neovlašćeno nošenje oružja : krivično delo je Zakonom o oružju i municiji ("Sl.glasnik Republike Srbije, br.2/1992) iz integralnog teksta KZ Republike Srbije "premešteno" u ovaj posebni zakon. Istovremeno, predviđena je posebna inkriminacija "nošenje oružja", tako što je radnja izvršenja određena trenutnim glagolom, pa se gubi granica između prekršajne i krivičnopravne regulative. Krivičnim delom Nedozvoljena proizvodnja, držanje, nošenje i promet oružja i eksplozivnih materija (čl.348 KZ) je donošenjem Krivičnog zanonika 2006 godine dereogiran čl. 33 Zakona o oružju i municiji. Kako treba ovo tumačiti?

Zanimljiva je tadašnja argumentacija Ustavnog suda, koji je tom prilikom konstatovao da to nije protivustavno, pošto krivičnim zakonom nije zabranjeno da krivična dela budu propisana i drugim zakonima. Presedanski karakter ovog stave treba zapaziti, jer odražava početak formiranja nove pravne svesti o tome da sve što nije zabranjeno je dozvoljeno. A to upravo nije tačno i prihvatljivo, mada na prvi pogled deluje tako. U logičkim konsekvencama to bi moglo značiti da sam krivični zakon dozvoljava, čak inauguriše sopstveno "samoukidanje" preko posebnih zakona; zatim, to bi moglo stvoriti i uverenje da krivični zakon mora dodatno i naknadno

[10] Ristivojević, B., str.181

[11] Popović, S., (2000) Put u varvarstvo, str. 21, Helsinški odbor za ljudska prava, Beograd, ur. Zoran Purešević

[12] Simić, I., Sudarević, Z., Krivično delo neovlašćenog nabavljanja, držanja, nošenja, izrade, razmene ili prodaje vatrenog oružja, municije ili eksplozivnih materija, Izbor sudske prakse, Glosarijum, Beograd, br. 1/1993, str16.

određivati svoj obim nadežnosti, pošto posebni zakoni nisu ničim ograničeni u određivanju obima svoje nadležnosti.

U ranijim radovima[13] je pominjana opasnost po koherentnost pravnog poretka koju možemo prepoznati kao neodredljivost osnovnih elemenata bića krivičnog dela. To je naprimer slučaj formulacije novog (koruptivnog) krivičnog dela pod imenom **trgovina uticajem** (čl. 366 KZ) koja glasi: Ko zahteva ili primi nagradu ili kakvu drugu korist za sebe ili drugog, neposredno ili preko trećeg lica da korišćenjem svog **službenog ili društvenog položaja ili stvarnog ili pretpostavljenog uticaja** posreduje da se izvrši ili ne izvrši neka službena radnja…. U ovom slučaju se ne pominje krug lica, koja mogu izvršiti krivično delo, ali tumačenju nema potpore nepostojanjem definicije službenog položaja. Preciziranje pojma službenog položaja bi bilo ipak neko ograničenje kojim bi se neposredno utvrdio osnov inkriminisanja, a ne obrnuto, da se određivanjem lica posredno određuje sadržina bića krivičnog dela.

Smatram da je kritika pojmova društvenog položaja, ili stvarnog ili pretposatavljenog uticaja suvišna, imajući u vidu nemogućnost iole preciznog pravnog tumačenja, ali zato postojeću potpuno otvorenu mogućnost zloupotrebe tumačenja i primene. Ovakve "kaučuk norme" ili praviljnije rečeno, nerealne norme ne treba komentarisati, njih treba dekriminalizovati jer su opasne. Setimo se samo gole pretnje inkriminacijom izdavanja čeka bez pokrića u vreme kada je upravo ceo ekonomski, pa i državni sistem tako funkcionisao. Čak i tada se znalo šta je ček, a sada se nezna šta je (i ko utvrđuje) pretpostavljeni uticaj, koji je to novi standard.

Posebno je zanimljiva pozicija krivičnih dela koja su do stupanja na snagu novog Krivičnog zakonika (2006) bila grupisana u poglavlje nadasve heterogenih inkriminacija pod nazivom "Krivična dela protiv javnog reda i pravnog saobraćaja" (čl.213-241 Krivičnog zakona Srbije).

Zakonodavna reforma je rezultirala njihovim pregrupisanjem u četirii poglavlja: **krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti zemlje, grupa krivičnih dela protiv državnih organa, krivična dela protiv javnog reda i mira i krivična dela protiv pravosuđa.**

Svakako je najzanimljivija grupa, a posebno način i kriterijumi grupisanja pojedinih krivičnih dela **protiv javnog reda i mira.** Stoga im posvećujemo posebnu pažnju, a analizu pominjanih grupa dela samo kao ilustraciju "srodnosti" u nedostatka pravog kriterijuma razvrstavanja, i što je važnije potrebe postojanja svih inkriminacija.

Naime, ukoliko polazimo od liberalnog modela krivičnog zakonodavstva ili modela relativnog poverenja u represiju (kao polazištu shvatanja o pojedincu koji kao pojam ima autonomnu vrednost)[14] veoma brzo ćemo naići na problem u razu-

[13] Simović Hiber, I., Noveliranje Krivičnog zakonika i poštovanje principa *ultima ratio*, str. 105-115, U: Kaznena politika kao instrument državne politike i kriminalitet, Tematski zbornik radova; str.1-411, (ur. Dr Stanko Bejatović, dr Miodrag Simović i dr Ljubinko Mitrović) Banja Luka, izdavači: Službeni glasnik Republike Srpske, Ministarstvo pravde Republike Srpske, Grad Banja Luka, Univerzitet u Banja Luci, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 2014

[14] Pradel, J., (1995) Droit penal compare,str.136, Dalloz, Paris

mevanju potrebe za ovako umreženom represijom. U istorijskom smislu, za svaku komparaciju velikih pravnih sistema mora se koristiti svođenje ili klasifikovanje, ili modelsko prikazivanje. Stoga je suprotstavljeni model naziva autoritarnim, prema kriterijumu apsolutnog poverenja u represiju i primarnoj zaštiti javnog reda tzv. kolektivistički model[15] .

Neodređenost (neodredljivost) grupnog zaštitnog objekta ili zamena identiteta zaštićenih vrednosti je jedna od nužnih posledica. Sličan efekat može imati i proizvedena zbrka koja može nastati u identifikaciji zaštitnog objekta, a imati ozbiljnu posledicu različitog kvalifikovanja istog ponašanja. Istorijski primer je bilo krivično delo ugrožavanja sigurnosti građana pripadnika drugog naroda, narodnosti ili etničke grupe napadom na polnu slobodu[16] .

Međutim, sistemski propust ili namera je možda najvidljivija kod krivičnih dela protiv javnog reda i mira.

Prema tumačenju u literaturi[17] definicija iz Zakona o javnom redu i miru se primenjuje na Krivični zakonik.

U članu 2 **Zakona o javnom redu i miru** [18] data je naime definicija **javnog reda i mira** kao usklađeno stanje međusobnih odnosa građana nastalo njihovim ponašanjem na javnom mestu i delovanjem organa i organizacija u javnom životu radi obezbeđivanja jednakih uslova za ostvarivanje prava građana na ličnu i imovinsku sigurnost, mir i spokojstvo, privatni život, slobodu kretanja, očuvanje javnog morala i ljudskog dostojanstva i prava maloletnika na zaštitu.

Ili, najšire shvaćen javni red i mir, kao grupni zaštitni objekat ove grupe krivičnih dela, čine "međusobni odnosi građana koji su u skladu sa pravilima ponašanja o normalnom načinu života i društvenoj zajednici" [19]

Ali, i na ovaj način shvaćen, javni red i mir široko je određen. U svakom slučaju treba da se naglasi da ponašanja i postupci kojima se remeti normalan način života, ugrožava bezbednost građana, unosi nemir među građane itd. mogu da predstavljaju kako prekršaje, tako i krivična dela iz ovog poglavlja. To eventualno može važiti za prekršaje (misli se različitost objekata zaštite), ali kada se radi o krivičnim delima, inkriminišu se ponašanja, kod kojih već i iz njihovog naziva nije teško uočiti da su veoma raznorodna u smislu težine. Podrobnija analiza propisanih krivična dela, pojačava nedoumice. Neka od ovih dela, bar na prvi pogled, asociraju na dela iz glave dvadeset osme KZ – krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti zemlje[20] pa se nesme olako preći preko uočene sličnosti . S tim u vezi nameću se dva nezaobilazna pitanja koja treba razjasniti: po čemu se dela protiv javnog reda i mira razlikuju od pomenute glave KZ, a zatim postoji li nešto što bi bliže povezivalo sva krivična

[15] Pradel,J., op cit str 115.
[16] čl. 61v, Zakona o izmenama i dopunama KZ Srbije, "Službeni glasnik SR Srbije", br..39/1986.
[17] Delić, N., Nova rešenja u glavi krivičnih dela protiv javnog reda i mira (XXXI), Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LXI, 2/2013, str. 278
[17] "Službeni glasnik RS", br.51/92, 53/93,67/93, 48/94,101/2005-dr.zakon i 85/2005-dr.zakon
[18] Stojanović, Z., Perić, O., Krivično pravo, Posebni deo, str.295, XIII izd. Beograd, 2009
[19] Ibid

dela protiv javog reda i mira. Na prvo pitanje i na prvi pogled nije teško odgovoriti. Krivičnim delima iz glave dvadeset osme KZ napada se u celini ustavno uređenje i bezbednost zemlje, a izvesnim krivičnim delima protiv javog reda i mira napadaju se samo u jednom nebitnijem delu pojedine od tih vrednosti. Iz toga proizilazi da je razlika u **pretežnosti grupnog** zaštitnog objekta. Drugo pitanje je teže objasniti. Teško je, naime, pronaći neku međusobnu vezu koja bi spajala sva ova krivična dela, jer su u izvesnim slučajevima u istu grupu svrstavana i krivična dela, iz ranijeg krivičnog zakonodavstva, ali i iz sporednog krivičnog zakonodavstva, **koja samo dalje znače napad na javni red i mir**[21].

U pomenutim zakonskim tekstovima, nije dat pojam povrede ili ugrožavanja već pozitivna definicija značenja pojma javni red i mir. Šta nam ona govori? Prema čisto jezičkom tumačenju, a podelom na sastavne delove dobijamo nespojive segmente:

- usklađeno stanje
- međusobni odnosi građana nastali njihovim ponašanjem na javnom mestu (i)

  (i) delovanjem organa i organizacija u javnom životu
- radi obezbeđivanja jednakih uslova za ostvarivanje prava građana na ličnu i imovinsku sigurnost, mir i spokojstvo, privatni život, slobodu kretanja, očuvanje javnog morala i ljudskog dostojanstva i prava maloletnika na zaštitu.

Usklađeno stanje u izvornom značenju se može shvatiti samo kao ideal koji se najmanje može postići represijom, znači svakom zakonskom regulativom koja nosi sankciju.

Način postizanja usklađenog stanja objašnjeno kao - međusobni odnosi građana nastali njihovim **ponašanjem na javnom mestu** u vezi sa delovanjem organa i organizacija **u javnom** životu ne znači baš ništa.

Cilj normiranja objašnjen kao obezbeđivanje jednakih uslova za ostvarivanje prava građana na ličnu i imovinsku sigurnost, mir i spokojstvo, privatni život, slobodu kretanja, očuvanje javnog morala i ljudskog dostojanstva i prava maloletnika na zaštitu, još manje.

Krivična dela predviđena ovim poglavljem KZ su sledeća: Izazivanje panike i nereda (čl. 343), Nasilničko ponašanje (čl.344), Nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu (čl.344a), **Dogovor za izvršenje krivičnog dela** (čl.345), **Udruživanje radi vršenja krivičnih dela** (čl.346), Izradjivanje i nabavljanje oružja i sredstava namenjenih za izvršenje kricičnog dela (čl.347), Nedozvoljena proizvodnja, držanje, nošenje i promet oružja i eksplozivnih materija (čl.348), Učestvovanje u grupi koja izvrši krivično delo (čl.349), Nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi (čl.350), **Omogućavanje zloupotrebe ostvarivanja prava azila u stranoj državi** (čl.350a), Zloupotreba znaka za pomoć i znaka za opasnost (član 351), Neovlašćeno organizovanje igara na sreću (čl.352). Neovlašćeno bavljenje određenom delatnošću (član 353), Neovlašćeno izvođenje arheoloških radova (čl.353a), Povreda groba (član 354).

[21] Stojanović, Z., Perić, O., Krivično pravo, Posebni deo, ibid

Heterogenost, i što je važnije dijametralno raličit stepen i vrsta ugrožavanja različitih zaštitnih objekata ne predstavlja dobru osnovu za pojedinačna objašnjenja. **Kriterijum pretežnosti grupnog zaštitnog objekta** upravo ilustruje problem o kome pišemo, a to je da treba uspostaviti opštiji kriterijum **pretežnosti količine opasnosti** koja opravdava izbor da neko ponašanje uopšte bude krivično delo.

1.2. Izabrani primer - Omogućavanje zloupotrebe ostvarivanja prava azila u stranoj državi

(1) Ko u nameri da sebi ili drugom pribavi kakvu korist, vrši ili organizuje transport, prebacivanje, prihvat, smeštaj, skrivanje ili na drugi način omogućava da državljanin Srbije lažnim prikazivanjem ugroženosti njegovih ljudskih prava i sloboda, u stranoj državi zatraži azil, kazniće se zatvorom od tri meseca do tri godine. (2) Ako je delo iz stava 1. Ovog člana učinjeno od strane grupe ili zloupotrebom ovlašćenja, učinilac će se kazniti zatvorom od šest meseci do pet godina. (3) Za delo iz stava 2. Ovog člana organizator će se kazniti zatvorom od jedne do osam godina.

Biće ovog krivičnog dela, kao i kontekst u kome je stvoreno izaziva ozbiljne nedoumice. Najvažnija je svakako *ratio legis* kao primer rešavanja drugih problema represivnim zahvatima.

Nasuprot tome, ovo krivično delo se u literaturi tretira kao dobar primer za ispravnije razumevanje principa *ultima ratio,* jer je, kako se navodi, društveno prihvatljivije rešenje da, manji broj pojedinaca odgovara za krivično delo omogućavanje zloupotrebe prava azila, nego da se problem rešava generalnim sužavanjem prava na putnu ispravu, koji bi pogodio veći deo društva. Naime, u ovom slučaju reč je o jednom naprednijem, fleksibilnijem tumačenju datog principa i njegovom sagledavanju u kontekstu ukupnih posledica korišćenja nekog drugog sredstva umesto krivičnog prava.[22] Krivično delo može se izvršiti (pored navedenih - vršenje ili organizovanje transporta, prebacivanje, prihvat, smeštaj, skrivanje) i na **svaki drugi način** kojim se državljaninu Srbije omogućava da lažnim prikazivanjem ugroženosti njegovih ljudskih prava i sloboda, u stranoj državi zatraži azil. S obzirom na dati način definisanja radnje izvršenja, može se zaključiti da je krivičnim delom inkriminisano neposredno vršenje ili organizovanje različitih delatnosti koje po svojoj prirodi predstavljaju **radnje pomaganja državljanima Srbije da zloupotrebe mogućnost dobijanja azila u stranoj državi.** Za postojanje krivičnog dela nije bitno da li je data korist trebalo da bude ostvarena za izvršioca krivičnog dela ili neko drugo lice, da li je protivpravna ili ne, da li se može postići direktno ili indirektno, da li je izvesna i da li je do njegovog ostvarenja i došlo[23].

Opravdanje za uvođenje ovog krivičnog dela ipak teško možemo pronaći u ponuđenim objašnjenjima. Pre svega, pomaganje je moguće samo u slučaju postojanja krivičnog dela osnovnog izvršioca; to bi trebalo da bude državljanin Srbije koji ima nameru da zloupotrebi mogućnost dobijanja azila u stranoj državi; koliko je poznato

[22] Stojanović, Z., "Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?", str. 133 *Crimen*, Beograd, 2/2013

[23] Delić, N., str. 292.

to nije krivično delo, što znači nepostojanje konkretnog pravnog osnova inkriminisanja.

1.3. Neprijavljivanje pripremanja krivičnog dela (iz glave krivičnih dela protiv pravosuđa 331)

Mada smo najavili analizu krivičnih dela protiv javnog reda i mira, ova inkriminacija deluje kao dovoljno značajan primer[24]. U ovom slučaju problem nije isključivo u nedostatku interpretativnog modela izvršenom dekriminalizacijom pripremnih radnji kao relativno opšteg oblika iz okvira kažnjive zone, već prerastanjem u **nedostatak pravnog osnova inkriminisanja na opšti način.** Naime, ako su pripremne radnje načelno dekriminalizovane i postoje isključivo u formi posebne inkriminacije, na osnovu čega se može kazniti neko ko zna da se priprema izvršenje krivičnog dela za koje se po zakonu može izreći pet godina zatvora ili teža kazna, pa u vremenu kad je još bilo moguće sprečiti njegovo izvršenje to ne prijavi, a delo bude pokušano ili izvršeno. Ne deluje ubedljivo objašnjenje o dvostrukom objektivnom uslovu inkriminacije[25].

Načelno je pitanje da li tada odredbe koje su interpretativne u slučaju nekih krivičnih dela mogu poslužiti davanju korektnog pravnog sadržaja, značenja drugim normama koje su imperfektne u tom smislu? Koja norma je tada referentna?

Tako se uvek otvara važno pitanje zabrane kreativne analogije.

1.4. Dogovor i zločinačko udruživanje kao posebne inkriminacije26

Ukidanjem norme o kažnjavanju organizatora kao saučesnika, dogovaranje, planiranje ili organizovanje sa drugim izvršenje krivičnog dela predviđeno je kao posebno krivično delo i dobija posebni značaj i novi kvalitet. U okvirima procene kriminalno političkih potreba zakon je zadržao mogućnost propisivanja posebnih inkriminacija, kod kojih biće krivičnog dela čini pripremanje izabranih teških dela. Ova krivična dela se u literaturi nazivaju krivična dela prepreke (*delit obstacle*).[27] Suština je preventivno kažnjavanje nekih delatnosti i pre realizacije krivičnih dela koja se pripremaju. Inkriminalizacija ovog tipa je već dugo vremena sporna u literaturi[28], no u pozitivnom pravu još funkcioniše. Štaviše, kako Krivični zakonik ne predviđa opšte norme o pripremanju i organizatoru zločinačkog udruženja, posebne inkriminacije nužno dobijaju značajniju ulogu.

Dogovor za izvršenje krivičnog dela je posebno krivično delo predviđeno u delu Krivičnog zakonika koji inkriminiše dela protiv javnog reda i mira (čl. 345).

[24] krivično delo neprijavljivanja pripremanja krivičnog dela (čl.331 u Glavi tridesetoj KZ - Krivična dela protiv pravosuđa).

[25] Stojanović, Z., Perić, O., str. 282-283.

[26] Simović Hiber, I., Moderno pravo participacije ili napuštanje modela saučesništva ? u: Korošec, D., Simović Hiber, I., "Evropski standardi i nacionalna krivična zakonodavstva/ Evropski standardi in nacionalne kazenskopravne zakonodaje", Beograd , str. I/71-104, 2010/2011

[27] Živanović, T., Osnovi krivičnog prava, Posebni deo, str. 13,Beograd, 1911.

[28] De Vabres, D., La politique criminelle des états autoritaires (Le crise moderne du droit pénal), str. 99-100, Paris, 1937

Radnja izvršenja je dogovor najmanje dva lica da izvrše krivično delo za koje se može izreći pet godina zatvora ili teža kazna. Razlog inkriminacije je pretpostavljeno opasni karakter ove pripremne radnje. Mada svrstano u grupu krivičnih dela protiv javnog reda i mira, ovo krivično delo je na neki način opšte delo pripremanja teških krivičnih dela, imajući u vidu da je derogirana inkriminacija iz Osnovnog krivičnog zakona (2003) koja je u članu 18 stav 3 dogovaranje eksplicitno predviđala kao oblik pripreme, pa stoga ovo krivično delo zapravo predstavlja proširenje kažnjive zone, suprotno intenciji ukidanja kažnjivosti pripreme.

Zločinačko udruživanje je takođe oblik kažnjive pripremne radnje. Organizovanje predviđeno kao posebno krivično delo sadržinu nužno preuzima iz norme o saučesništvu; u okvirima tog posebnog krivičnog dela organizovanje je radnja izvršenja, što znači da učinilac odgovara za samo stvaranje zločinačkog udruženja.

Prema derogiranom zakonu kažnjivo organizovanje kao posebno delo se u tumačenju koje se odnosi na organizatora nužno oslanjalo na "opštiju" normu o posebnoj odgovornosti organizatora kao saučesnika, što je nužno uključivalo odgovornost za sva krivična dela proizašla iz zločinačkog plana.

Krivični zakonik Srbije predviđa u osnovnom obliku tekstualno istu inkriminaciju zločinačkog udruživanja kao posebnog dela. Nedostatak normativne podrške u smislu osnova interpretacije otvara mnoga pitanja. Nesporno je da samo organizovanje predstavlja biće ovog krivičnog dela.

Teorijski je sporno, i pravno nelogično da posebno krivično delo organizovanja zavisi od nečega što bi se moglo dogoditi, a to je moguće izvršenje krivičnog dela *pro futuro.*[29]

Specifičnost norme je posebno indikativna i zato što pokušava objediniti definiciju zločinačkog udruživanja kao pripremne radnje – *delictum sui generis* i implicitnog uključivanja organizovanog kriminala u okvire ove iste inkriminacije. Radnja izvršenja je i pripadništvo grupi. Kvalifikovani oblik se odnosi "na grupu ili udruženje koje ima za cilj vršenje krivičnih dela za koja se može izreći kazna od dvadeset godina ili zatvor od trideset do četrdeset godina".

Kao posebna karakteristika ovog dela je supsidijernost u smislu da će ono postojati samo ako zakonom (krivičnim, ali i sporednim) nije predviđena teža kazna. Na taj način se kažnjiva zona snižava na opšti način, znači, prema zaprećenoj kazni, na tačku od tri godine. Dovoljno je podsetiti se da samo u grupi krivičnih dela protiv javnog reda i mira samo u slučaju četiri (od petnaest predviđenih krivičnih dela) osnovna oblika zaprećena kazna je manja od tri godine!

2. Zaključak ili novo postavljanje problema

Pošto svakako nije odgovoreno na postavljena pitanja i dileme, ni zaključak shodno tome ne može biti pravi zaključak, već samo par zapažanja i upozorenja.

[29] Bačić, F., Pavlović, Š., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, Organizator, 2004. str.1137.

Pre svega, smatram da, naročito u vremenima brzih promena, nabrajanje i ukazivanje na vrednosti koje će uživati **i** krivičnopravnu zaštitu može biti više nego korisno upozorenje zakonodavcu. Da takvo ukazivanje nije suvišno pokazuje i dokazuje naša višedecenijska zakonodavna praksa. Broj inkriminacija je konstantno nesrazmerno velik, a ponovo se javlja tendencija propisivanja krivičnih dela i kazni posebnim zakonima, dakle van ili čak nasuprot krivičnom zakoniku. Što je možda još gore, primer krivičnog dela Nedozvoljena proizvodnja, držanje, nošenje i promet oružja i eksplozivnih materija (čl.348) ukazuje da je čak postalo nevažno gde će koje delo biti grupisano i zašto.

Uticaj pominjane neokonzervativne teorije, označene kao vladavina putem zločina nesporno, mada posredno utiče na zakonodavca, u smislu pretvaranja određenog broja krivičnopravnih normi, a time i samog krivičnog zakona u odgovor na socijalne probleme. Na taj način se određen broj normi sadržinski nalazi u ulozi preventivnog i *prima ratio* instrumenta, što dalje znači i izvan osnovne, represivne, ***ultima ratio*** funkcije krivičnog zakona. Njen uticaj se proteže i na relativizovanje principa *ultima ratio,* u odgovoru na pitanje o konkurentnosti administrativne i krivične norme, po kome se krivična može pojaviti kao "blaža".

Kriterijum pretežnosti grupnog zaštitnog objekta kao kriterijum grupisanja nužno uzrokuje heterogeni sadržaj, a što je još bitnije smeštanje različitog u isti koš (upravo smo na tu opasnost ukazali pri analizi izabranih krivičnih dela iz grupe inkriminacija protiv javnog reda i mira). Nije dovoljno objašnjenje "da ukoliko bi se pravila nova poglavlja prema onome što se najneposrednije štiti, to bi dovelo do obrazovanja malih celina, pa bi ponekad samo jedno krivično delo činilo zasebnu glavu KZ"[30].

To bi značilo da treba uspostaviti opštiji kriterijum **pretežnosti količine opasnosti** koja opravdava izbor da neko ponašanje uopšte bude krivično delo, pa tek onda u krugu izabranih vršiti razvrstavanje.

Takođe, teorijski je sporno, i pravno nelogično je da posebno krivično delo organizovanja, udruživanja radi vršenja krivičnih dela zavisi od nečega što bi se moglo dogoditi, a to je **moguće izvršenje krivičnog dela *pro futuro*.**

Nedostatak pravnog osnova inkriminisanja je takođe uočen problem; pominjali smo ga u slučaju **radnje pomaganja** državljanima Srbije da zloupotrebe mogućnost dobijanja azila u stranoj državi i **radnje neprijavljvanje pripremanja krivičnog dela.**

Počeli smo tekst dvema opštim konstatacijama. Prva je Feurbach-ova formula - nulla poena sine lege**, nulla poena sine crimine,** koja je pretvorena u savremeno pitanje: gde je zagubljen ili izgubljen crimen. Druga je da je pozitivističko pravno mišljenje (nemačka pravna tradicija) ostavilo neizbrisiv trag poznatom formulom "zakon je zakon" koja je ničim sputana, često rezultirala **zakonskim nepravom.** U konkurenciji za "nepostojanjem" prava ovo je bolja varijanta. Međutim, uvek se mora postaviti pitanje **kvaliteta** pozitivnog prava radi održanja pravne sigurnosti.

[30] Stojanović, Z., Perić, O., str. 295.

LITERATURA

Ancel, M., *Pour une etude systematique des problems de politique criminelle, "*Archives de politique criminelle", br. 1/1975

Delić, N., *Nova rešenja u glavi krivičnih dela protiv javnog reda i mira* (XXXI), Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LXI, 2/2013

De Vabres, D., *La politique criminelle des* états *autoritaires, (Le crise moderne du droit pénal),* Paris, 1937.

Hayek, B. F.A. *The Constitution of liberty,* London 1971

Lazarević, Lj., *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 1998

Mannheim, K., *Ideologie et Utopie*(1929), Maison des sciences de l'homme, 2006

Salas, D., *La Justice devoyee,(Critique des utopies securitaires*),Ed. des Arenes), Paris, 2012,

Simić, I., Sudarević, Z., *Krivično delo neovlašćenog nabavljanja, držanja, nošenja, izrade, razmene ili prodaje vatrenog oružja, municije ili eksplozivnih materija*, Izbor sudske prakse, Glosarijum, Beograd, br. 1/1993

Simon, J., *Governing Through Crime:How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, 2007.

Popović, S., Put u varvarstvo, Helsinški odbor za ljudska prava, Beograd, ur. Zoran Purešević ,2000

Pradel, J*., Droit penal compare*, Dalloz, Paris, 1995

Radbruh,G., *Filozofija prava,* Nolit, Beograd, 1973

Ristivojević, B., *Negativna kriminalno-politička kretanja u materijalnom krivičnom zakonodavstvu Srbije od donošenja KZ:temeljno opredeljenje zakonodavca ili incident,* CRIMEN (III) 2/2012

Simović Hiber, I., *Noveliranje Krivičnog zakonika i poštovanje principa ultima ratio,* U: Kaznena politika kao instrument državne politike i kriminalitet, Tematski zbornik radova; str.1-411, (ur. Dr Stanko Bejatović, dr Miodrag Simović i dr Ljubinko Mitrović) Banja Luka, 2014

Simović Hiber, I., *Moderno pravo participacije ili napuštanje modela saučesništva ?* u: Korošec, D., Simović Hiber, I., "Evropski standardi i nacionalna krivična zakonodavstva/ Evropski standardi in nacionalne kazenskopravne zakonodaje", Beograd , 2010/2011

Stojanović, Z., *Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?,* str. 133 *Crimen*, Beograd, 2/2013

Stojanović, Z., Perić, O., *Krivično pravo, Posebni deo*, XIII izd. Beograd, 2009

Živanović, T., *Osnovi krivičnog prava, Posebni deo*, Beograd, 1911

Doc. dr Darko Radulović,
Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore

POGLED NA REFORMU OPŠTEG DIJELA KRIVIČNOG ZAKONIKA CRNE GORE

Apstrakt

Autor u radu prikazuje kako je tekao proces reforme krivičnog zakonodavstva u Crnoj Gori, počev od prvog Krivičnog zakonika iz 2003.godine dok smo još bili u zajedničkoj državi sa Srbijom, pa do sada. Najviše prostora posvećeno je tom prvom Zakoniku gdje se govori o razlozima njegovog donošenja, gdje se na prvom mjestu kao razlog navodi isključiva zakonodavna nadležnost država članica i u oblasti krivičnog zakonodavstva, a potom potreba usaglašavanja nacionalnog zakonodavstva sa međunarodnopravnim aktima, kao i sa zahtjevima savremene nauke krivičnog prava i sudske prakse. Pažnja je posvećena i odnosu novog krivičnog zakonodavstva sa Krivičnim zakonom SRJ i konstatovano je da se nije prekinuo kontinuitet, i sve što je bilo dobro u starom Zakonu zadržano je i u novom. Pažnju autora zadržala je i činjenica da su zakoni rađeni na brzinu i da su bile česte izmjene i dopune Zakonika, skoro svake dvije godine. Te izmjene i dopune više su se odnosile na posebni dio Krivičnog zakonika, što je i logično obzirom da se dešavaju neka društveno negativna ponašanja koja nisu inkriminisana, te ih treba inkriminisati. Kad je riječ o novinama u opštem dijelu Krivičnog zakonika, moglo bi se zaključiti da su one nastale uzimanjem u obzir svih okolnosti koje su relevantne prilikom stvaranja krivičnopravnih normi (stavovi nauke i sudske prakse, uporednopravna iskustva, zahtjevi iz međunarodnopravnih akata i slično). Iako se uvođenje nekih novih rješenja može kritikovati (više zbog njihove neprimjenjivosti, na primjer sistem novčane kazne u dnevnim iznosima ili kazne rada u javnom interesu), opšti utisak autora je da Zakonik sa ovim izmjenama i dopunama predstavlja značajan korak u kodifikaciji i osavremenjavanju krivičnog zakonodavstva.

Ključne riječi: Krivično zakonodavstvo, Krivični zakonik Crne Gore, reforma krivičnog zakonodavstva

1. Nakon napuštanja koncepta podijeljene zakonodavne nadležnosti u oblasti krivičnog zakonodavstva do kojeg je došlo donošenjem Ustavne povelje državne

zajednice Srbije i Crne Gore 2003.godine, Crna Gora je došla u priliku da u cjelosti uredi materiju i krivičnog materijalnog i krivičnog procesnog zakonodavstva. Ostavljen je i rok da se to uradi do kraja 2003.godine, što je obzirom na značaj i obim ovog zakona, bio isuviše kratak rok. Inače, zakoni ovog značaja u uporednoj zakonodavnoj praksi se pripremaju više godina nakon prethodno izvršenih empirijskih istraživanja i pribavljanja mišljenja od pravosudnih i drugih institucija o iskustvima i problemima u praktičnoj primjeni zakona. Kao izvjesno opravdanje za ovakvu brzinu u pripremanju i donošenju zakona može se navesti činjenica da se stvari u savremenom svijetu ubrzavaju i da se ne mogu trošiti godine na pripremu zakonskog projekta, kada se stalno javljaju novi oblici kriminaliteta ili transformišu postojeći.[1] Posao na pripremanju novog Krivičnog zakonika Crne Gore donekle je bio olakšan time što je za osnovu uzet nacrt Krivičnog zakonika SRJ na kojem se radilo pet godina i koji je sadržavao dosta dobrih rješenja, ali koji zbog tadašnjih političkih dešavanja nikad nije usvojen. Svakako, veliki doprinos da se u tako kratkom roku pripremi ovako značaj projekat dao je i profesor Zoran Stojanović koji je kao član radne grupe za izradu nacrta Krivičnog zakonika SRJ bio član radne grupe koja je pripremala Krivični zakonik Crne Gore. Uz to ne može se reći da novi Zakonik prestavlja diskontinuitet u odnosu na ranije zakonodavstvo.[2] Jer zašto bi se rješenja iz ranijeg zakonodavstva koja su se u praksi potvrdila kao dobra i koja i dalje odgovaraju potrebama našeg društva na planu suzbijanja kriminaliteta, a u skladu su sa Ustavom, mijenjala.[3]

2. Poštujući, na početku navedeni rok, Skupština Republike Crne Gore, na osnovu čl.12 tač.4 Ustavne povelje državne zajednice Srbije i Crne Gore i čl.4 Ustava Republike Crne Gore na sjednici održanoj 17.12.2003.godine, usvojila je Krivični zakonik Crne Gore (u daljem tekstu KZ).[4]

Rad na pripremanju KZ zahtijevao je temeljnu pripremu kako bi se došlo do optimalnih rješenja u pogledu novog krivičnog zakonodavstva. Temeljna priprema značila je prvenstvo uzeti u obzir šta naučna i stručna javnost kaže o pojedinim institutima i problemima, kako iz opšteg, tako možda više iz posebnog dijela KZ. Kriminalizacija i dekriminalizacija koje su problem posebnog dijela KZ su uvijek aktuelne, a danas su posebno naglašena, radi toga što se u životu dešavaju društveno negativna ponašanja koja nisu pokrivena inkriminacijama, a s druge strane neko ponašanje više ne zaslužuje da bude inkriminisano kao krivično djelo. Osim toga dosta inkriminacija se nalazilo van KZ u tzv. sporednom krivičnom zakonodavstvu, koje ni u pravnotehničkom smislu nisu ispunjavale standarde jedne krivičnopravne norme, pa se nastojalo da one u što širem obimu budu uključene u KZ. Iako je dosadašnje naše krivično zakonodavstvo u dobroj mjeri, bilo usklađeno sa među-

[1] Dr Zoran Stojanović: Postupak pripreme krivičnog zakonodavstva i njegov uticaj na sadržaj zakonskog teksta, RKK br.1, 2009. godine, str. 4.

[2] Dr Zoran Stojanović, Osnovne odlike novog Krivičnog zakonika Srbije, RKK broj 1, 2006. godine, str. 5.

[3] Dr Miroslav Đorđević: Razlozi za izmjene i dopune i osnovne karakteristike opšteg dijela Krivičnog zakonika SRJ prema radnom tekstu predloga, u Zborniku "Novo jugoslovensko krivično zakonodavstvo," Beograd, 1996. godine, str. 9.

[4] Službeni list RCG br. 70/2003

narodnim aktima, imajući u vidu da je naša zemlja u novije vrijeme ratifikovala veći broj međunarodnih ugovora kao što je Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda, Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog i organizovanog kriminaliteta sa protokolom za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i djecom i slično, onda je bilo nužno uskladiti naše krivično zakonodavstvo i sa tim aktima, što je jedan od uslova za članstvo u Evropskoj uniji.

Takođe značajno je koristiti i uporedno pravna legislativna rješenja, jer se, u ostalom, i dosadašnje naše krivično zakonodavstvo od 1951.godine pa na dalje dobrim dijelom razvijalo pod uticajem zapadnoevropskog zakonodavstva.

Međutim kad je riječ o usklađivanju nacionalnog zakonodavstva sa međunarodnim aktima kao i o preuzimanju određenih rješenja iz uporednog zakonodavstva, onda tu postoje dva pristupa. Jedan je da se ad literam preuzimaju takva rješenja, pa često naročito kad je riječ o međunarodnim aktima, u nomotehničkom pogledu dobijamo rogobatne, složene i nekad nejasne norme, što može da stvori problem u primjeni Zakonika.

Drugi pristup kad se radi o međunarodnim aktima je da se preuzmu sadržajni elementi nekog instituta, a da se onda to u zakonu uredi u skladu sa našom pravnotehničkom tradicijom. Kad je riječ o uporedno pravnim rješenjima, naš pristup ne treba da bude vrijednosno neutralan samim tim što nam je cilj da dođemo do najboljeg rješenja koje odgovara našim potrebama, šta će biti kod nas primjenljivo, a to već u sebi uključuje određena vrednovanja.[5]

Krivičnim zakonikom smo dobili jedan kodeks koji na cjelovit način reguliše krivičnopravnu materiju izuzev jednog manjeg broja krivičnih djela koja su i dalje ostala u okviru tzv. sporednog krivičnog zakonodavstva.

3. I pored toga što je zadržao kontinuitet sa dotadašnjim krivičnim zakonodavstvom novi KZ uvodi dosta novina i u opštem, a i u posebnom dijelu. Mi ćemo se u ovom radu osvrnuti na najznačajnije novine iz opšteg dijela.

U glavi prvoj zadržane su osnovne odredbe koje izražavaju osnovna načela krivičnog prava koja su opšteprihvaćena u savremenom krivičnom pravu (načelo zakonitosti, načelo legitimnosti, načelo krivičnopravne represije, načelo krivice). U formulisanju ovih načela nastojalo se da ona budu izražena jasno i koncizno bez unošenja deklarativnih konstatacija.

4. Kad je riječ o određivanju pojma krivičnog djela, uporedna zakonodavstva se razlikuju. Neka zakonodavstva i ne daju definiciju pojma krivičnog djela nego to ostavljaju nauci krivičnog prava. Druga zakonodavstva u zakonu određuju pojam krivičnog djela u koja zakonodavstva je spadalo i ranije jugoslovensko krivično zakonodavstvo, a tradiciju su nastavila i zakonodavstva koja su se kasnije iz njega razvila, pa i krivično zakonodavstvo Crne Gore. U određivanju pojma krivičnog djela KZ Crne Gore unio je značajne novine u odnosu na KZ SRJ. Najznačajnija je unošenje subjektivnog elementa u pojam krivičnog djela tj. krivice čime je prihvaćen objektivno-subjektivni pojam krivičnog djela. To subjektivno, unutrašnje koje

[5] Dr Zoran Stojanović: Osnovne odlike Krivičnog zakonika Srbije.... str. 10.

se ispoljava kroz određena ponašanja koja su određena kao krivična, po mišljenju, koje nalazimo u teoriji, ima centralno mjesto i povlači pitanje da li je učinilac mogao drugačije da postupi, da li je mogao da izbjegne izvršenje krivičnog djela i da li mu se ono može pripisati.

Da podsjetimo, KZ je u čl.5 odredio pojam krivičnog djela propisujući da je krivično djelo društveno opasno djelo koje je zakonom određeno kao krivično djelo koje je protivpravno i koje je skrivljeno.

Iz ove definicije se može vidjeti da je zakonodavac i dalje zadržao društvenu opasnost kao materijalni element krivičnog djela i to stavljajući ga na prvo mjesto bez obzira što je savremena nauka krivičnog prava uglavnom, protiv uvođenja ovog elementa u određenje pojma krivičnog djela.[6] Zanimljivo je da je u nacrtu KZ bio izostavljen ovaj element ali je u kasnijoj proceduri zadržan. To odstupanje od nacrta KZ neki nisu ni primijetili, pa govoreći o našim rješenjima u KZ CG navode da je izostavljen element društvene opasnosti.[7]

Preko društvene opasnosti se stvara slobodan prostor za prodor neodređenosti i arbitrernosti u krivično pravo, a uz to, kako se navodi u literaturi nije još niko uspio da pruži tačan odgovor što je društvena opasnost.[8] Zato društvena opasnost više može da bude objektivni uslov inkriminacije, nego element opšteg pojma krivičnog djela.

Novina je takođe da KZ kao obavezan element opšteg pojma krivičnog djela uvodi protivpravnost. Protivpravnosti nema bez određenosti djela u zakonu, ali ratio legis unošenja elementa protivpravnosti u opšti pojam krivičnog djela jesu osnovi isključenja protivpravnosti.

5. U pogledu opštih osnova za isključenje krivičnog djela došlo je do određenih promjena u odnosu na ranije zakonodavstvo. Kod nužne odbrane i krajnje nužde umjesto ranije formulacije "od sebe ili drugog" unijeta je formulacija "od svog dobra ili dobra drugog". Kako bi se jasnije izrazila zaštita svih dobara, a ne samo ličnosti.[9]

Iako je u određenju pojma krivičnog djela zadržan element društvena opasnost institut neznatna društvena opasnost kao opšti osnov isključenja krivičnog djela je izmijenjen, počev od promjene naziva, tako da je umjesto termina neznatna društvena opasnost uveden termin djelo malog značaja, iako je logičnije bilo da je, ako je zadržana društvena opasnost kao element opšteg pojma krivičnog djela ostao i institut neznatne društvene opasnosti. Osim promjene naziva ovog opšteg osnova

---

[6] Dr Zoran Stojanović: Komentar Krivičnog zakonika, Podgorica, 2009. godine, str. 37, dr Bora Čejović: Neophodnost donošenja Krivičnog zakonika Srbije, RKK broj 1, 2004. godina, str. 9.

[7] Dr Vukoman Golubović: Nova rješenja u Krivičnom zakoniku CG, u Zborniku "Aktuelno stanje u Krivičnom zakonodavstvu Srbije i Crne Gore", Beograd, 2004. godina, str. 47.

[8] Dr Branislav Ristivojević: Najznačajnije izmene opšteg dela Krivičnog zakona Savezne republike Jugoslavije u predlogu Zakona o izmenama i dopunama KZ SRJ, u Zborniku "Krivično zakonodavstvo državne zajednice Srbije i Crne Gore", izd. Srpsko udruženje za krivično pravo, Beograd, 2003. godina, str. 59.

[9] Dr Miroslav Đorđević: Osnovne karakteristike predloga Krivičnog zakonika Savezne republike Jugoslavije, u Zborniku "Osnovne karakteristike predloga novog Jugoslovenskog Krivičnog zakonodavstva", Beograd 2000. godina, str. 9.

isključenja krivičnog djela, drugačije su formulisani i uslovi za njegovu primjenu. Međutim, najvažnija novina jeste da se ovaj institut ne može primijeniti na krivična djela za koja je propisana kazna zatvora preko tri godine. Ako se uslovi za ocjenu da li se radi o djelu malog značaja uporede sa ovim okolnostima koja se cijene kod omjeravanja kazne, onda se može zaključiti da su oni slični, što je u literaturi ocijenjeno kao logično, uz jedinu razliku što se ovdje uzimaju u obzir one okolnosti koje bi kod odmjeravanja kazne govorile u prilog smanjenju kazne.[10] Iz KZ nije jasno koji je opšti element krivičnog djela isključen, a u literaturi je zastupljeno mišljenje da je isključena društvena opasnost krivičnog djela.[11]

6. U ranijem našem zakonodavstvu nije bilo regulisano pitanje sile i prijetnje, kao značajno pitanje oko kojeg su u nauci bila podijeljena mišljenja. To pitanje je sada riješeno, pa je u čl.12 st.1 KZ propisano da apsolutna sila isključuje postojanje krivičnog djela budući da kod onog ko preduzima radnju pod dejstvom apsolutne sile ne postoji ni minimum subjektivnog koji se traži kod radnje izvršenja krivičnog djela. Kad je u pitanju kompulzivna sila radi se o upotrebi fizičke snage prema nekom licu s ciljem da se ono prinudi da izvrši određeno krivično djelo. Prijetnja predstavlja stavljanje u izgled nekog zla licu koje se prinuđava. U čl.12 st.2 je propisano ako neko da bi izbjegao zlo koje mu se prijeti učini krivično djelo a pri tome budu ostvareni svi potrebni uslovi za krajnju nuždu, krivično djelo neće postojati. Nadalje ako je krivično djelo učinjeno pod dejstvom sile ili prijetnje, a nisu ispunjeni uslovi za isključenje krivičnog djela, učinilac se može blaže kazniti, a ako je djelo učinjeno pod naročito olakšavajućim okolnostima, može se i osloboditi od kazne. Postoje mnoga sporna pitanja u vezi sile i prijetnje - da li ona isključuje protivpravnost ili krivicu i slično,[12] ali se time zbog ograničenog prostora ovdje nećemo baviti.

7. Pojam krivična odgovornost koji se do sada koristio, zamijenjen je pojmom krivica kao subjektivnim elementom opšteg pojma krivičnog djela. I drugi instituti vezani za subjektivni element krivičnog djela kao što su umišljaj, nehat, odgovornost za težu posljedicu i slično, upodobljeni su sa stavovima savremene nauke krivičnog prava i prilagođene potrebama prakse.

8. Napuštanje zastarjelog psihološkog shvatanja krivice i prihvatanja mješovitog normativno-psihološkog shvatanja, odrazilo se i na drugačije određenje pravne zablude. Tako, neotklonjiva pravna zabluda isključuje krivicu, a otklonjiva pravna zabluda može da bude osnov za ublažavanje kazne. Da li ova promjena može da za posljedicu ima često pozivanje okrivljenog da je bio u pravnoj zabludi i kakva razmišljanja o tome postoje, zabilježeno je u literaturi.[13]

9. Kao institut opšteg djela KZ izostavljene su pripremne radnje, koji institut je od svog uređenja bio sporan i sa krivičnopravnog, a i sa kriminalno-političkog sta-

[10] Dr Branislav Ristivojević: Op. cit. str. 61.
[11] Dr Ljubiša Lazarević i drugi: Komentar Krivičnog zakonika CG, Cetinje, 2004. godina, str. 43.
[12] O tome šire dr Zoran Stojanović: Krivično pravo, Podgorica, 2008. godina, str. 174-179.
[13] O tome šire Miroslav Đorđević: Osnovni problemi krivične odgovornosti, u Zborniku "Mogući pravci razvoja jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva i njihove osnovne karakteristike", Beograd, 1999. godina, dr Jovan Ćirić: Nova koncepcija pravne zablude, u zborniku "Kazneno zakonodavstvo-progresivna ili regresivna rešenja", Beograd, 2005. godina.

novišta. Sa kriminalno-političkog stanovišta to se može kompenzirati propisivanjem u posebnom dijelu kažnjivosti pripremanja određenih krivičnih djela. Međutim, valja napomenuti da zakonodavac u ovom pogledu nije bio dosledan, jer je u čl.373 KZ (pripremanje djela protiv ustavnog uređenja i bezbjednosti CG) napravio jedno hibridno rješenje gdje su u opisu djela određene pripremne radnje na jedan uopšten način (formulacijom korišćenom u čl.18 KZ SRJ) i to tako da predviđaju pripremne radnje koje su zajedničke za veći broj krivičnih djela.[14]

10. U oblasti saučesništva nemamo više odredbi o organizovanju zločinačkog udruženja kao posebnog oblika saučesništva jer se uzelo da se radi o reliktu socijalističkog krivičnog prava koji je primjenjivan kod političkih krivičnih djela. Imajući u vidu krivicu kao dominantno obilježje opšteg pojma krivičnog djela, teško je naći vezu između organizatora i djela, pa ispada da on odgovara ne za svoje, nego za tuđe postupke. Pitanje organizovanja zločinačkog udruženja kao posebnog krivičnog djela rješava se u posebnom dijelu KZ. Posebne odredbe o krivičnoj odgovornosti za krivično djelo učinjeno putem medija nisu se mijenjale i prihvaćena su rješenja iz ranijeg zakonodavstva.

11. Do sada se kao okrivljeni u krivičnom postupku moglo pojaviti samo fizičko lice, međutim, KZ po prvi put uvodi i odgovornost pravnih lica za krivična djela, koja je u teoriji dosta sporna jer je riječ o objektivnoj odgovornosti što je strano krivičnom pravu. Međutim, dosta evropskih zemalja je uvelo odgovornost pravnih lica za krivična djela. Pitanje odgovornosti pravnih lica za krivična djela ostalo je da se uredi posebnim zakonom.[15]

12. Kada je riječ o krivičnim sankcijama i tu postoje značajne novine. Zakonodavac je ostao pri opredjeljenju da je potrebno u KZ propisati svrhu kažnjavanja, a svrha je specijalna i generalna prevencija. U okviru generalne prevencije, u nešto izmijenjenom obliku u odnosu na ranije zakonodavstvo, naglašava se i tzv. pozitivna generalna prevencija, pa se navodi da je svrha kazne da se putem jačanja moralnih normi i društvene osude za učinjeno krivično djelo utiče na potencijalne učinioce da ne vrše krivična djela. I kod pozitivne generalne prevencije otvara se problem odnosa moraliteta i legaliteta ne samo sa pravnog nego i sa filozofskog aspekta. Moralitet je unutrašnji legalitet, ali ne i u subjektivnom smislu, nego na nivou javnog mnjenja, dok je legalitet spoljašnji moralitet. No, da ostavimo po strani ova filozofska razmišljanja, a kad je riječ o pitanju da li je potrebnija krivičnom pravu podrška morala ili moralu podrška krivičnog prava, u literaturi nalazimo mišljenje da je kazni potrebnija podrška morala, da ona teško može da postigne svoju svrhu ako je ne prati i moralna osuda, nego što kazna i kažnjavanje može da utiče na stvaranje i jačanje moralnih normi.[16]

Kao najteža kazna je predviđen zatvor od trideset godina (u KZ SRJ bilo je četrdeset godina) koji se može propisati za najteže oblike teških krivičnih djela, s tim što se ne može propisati kao jedina kazna za određeno krivično djelo. Opšti

[14] Dr Zoran Stojanović: Komentar... str. 735.

[15] To je i učinjeno donošenjem Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela, "Službeni list RCG", br. 2, 2007. godina

[16] Dr Zoran Stojanović: Osnovne koncepcije u predlogu Krivičnog zakonika Srbije i Krivičnog zakonika CG, RKK br.1, 2005. godina, str. 16.

minimum kazne zatvora je trideset dana, a opšti maksimum dvadeset godina. Za razliku od ranijeg zakonodavstva gdje se nije mogla izricati kazna zatvora između petnaest i dvadeset godina, to je sada moguće, što će sudu dati šire mogućnosti na planu odmjeravanja kazne.

Kao nova kazna uvodi se rad u javnom interesu čime se prati sve izraženiji trend njenog uvođenja u savremenom zakonodavstvu. Za njeno izvršenje potrebno je obezbijediti neophodne uslove, što se uređuje posebnim zakonom.

Da li zbog toga što još nisu stvoreni potrebni uslovi za izvršenje ove kazne ili zbog toga što je naše pravosuđe dosta konzervativno i nerado šire otvara vrata novim institutima, iskustva govore da je od svog uvođenja u zakonodavstvo, pa sve do danas u veoma malom broju slučajeva izrečena ova kazna.

Kad je riječ o novčanoj kazni značajna novina jeste uvođenje sistema novčane kazne u dnevnim iznosima, koji sistem je odavno na snazi u evropskom zakonodavstvu, ali je zadržan i sistem novčane kazne u fiksnim iznosima. Sistem novčane lazne u dnevnim iznosima obezbjeđuje da ona jednako pogađa i siromašne i bogate. Međutim, ovaj sistem i pored svih prednosti u odnosu na sistem novčane kazne u fiksnim iznosima još se ne primjenjuje u praksi, možda najviše zbog toga što je teško utvrditi prihode i rashode učinioca krivičnog djela da bi se utvrdio dnevni iznos novčane kazne. Inače, opšta pravila o odmjeravanju, odnosno ublažavanju kazne nisu mijenjana. Najznačajnija novina jeste uvođenje odredbe kojom su propisani uslovi za postojanje produženog krivičnog djela. Do sada je sudska praksa, uz podršku teorije, široko koristila ovu konstrukciju. Ozakonjenje ovog instituta, bez obzira na sve prigovore koji mu se mogu uputiti, pomoći će sudskoj praksi u rješavanju spornih pitanja.

Po ugledu na savremena zakonodavstva sužen je pravni okvir primjene uslovnog otpusta, pa se on može primijeniti tek ako je osuđeni izdržao polovinu kazne zatvora. O uslovnom otpustu i dalje odlučuje posebna komisija Ministarstva pravde, a ne sud kao što je u većini zakonodavstava.

Mjere upozorenja su uslovna osuda i sudska opomena. Kad je riječ o uslovnoj osudi zadržana je koncepcija ranijeg zakona uz određene izmjene. Sužen je pravni okvir njene primjene pa se ona ne može izreći za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju od deset godina ili teža kazna, kao ni u slučaju ako nije proteklo više od pet godina od pravosnažnosti osude kojom je učiniocu izrečena kazna za umišljajno krivično djelo. Takođe, ako je učiniocu utvrđena novčana kazna, ne može se izreći uslovna osuda.

Što se tiče mjera bezbjednosti nema nekih značajnijih razlika u odnosu na ranije zakonodavstvo. Osim što su neka pitanja kod pojedinih mjera bezbjednosti preciznije regulisana, novina je utvrđenje nove mjere bezbjednosti javno objavljivanje presude, a ranija mjera bezbjednosti obavezno liječenje narkomana i alkoholičara razdvojena je na dvije, jer se radi o različitim vidovima ovisnosti.

13. Posebna glava u KZ posvećena je rehabilitaciji, prestanku pravnih posljedica osude i davanju podataka iz kaznene evidencije, kao što je to bilo i u ranijem Zakonu, ali je sada sprovedena moderna koncepcija rehabilitacije koja podrazumije-

va brisanje osude, kao i prestanak svih njenih pravnih posljedica i davanje statusa neosuđivanosti, jer samo fikcija neosuđivanosti može voditi punoj rehabilitaciji.[17] Postoji zakonska i sudska rehabilitacija. Zakonska nastupa po sili zakona kad se za to ispune predviđeni uslovi, a sudska nastupa po odluci suda uz ispunjenje određenih uslova. Predviđeno je i kojim se subjektima mogu davati podaci iz kaznene evidencije, kao i sam sadržaj kaznene evidencije.

14. Iako je u savremenom zakonodavstvu sve izraženiji trend izdvajanja maloljetničkog krivičnog zakonodavstva (materijalnog, procesnog i izvršnog) iz opšteg krivičnog zakonodavstva, KZ je ostao pri ranijem rješenju, pa je u šestoj glavi predvidio odredbe prema maloljetnicima,[18] koje uglavnom odgovaraju trendovima iz razvijenog krivičnog zakonodavstva.

15. Skoro da se još nismo ni "navikli" na novi KZ, brzo su uslijedile njegove izmjene i dopune donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama KZ 25.jula 2006.godine.[19] U obrazloženju Zakona ističe se potreba za odgovarajućim intervencijama na koju je ukazala dotadašnja praksa i stavovi teorije, a sve izmjene i dopune mogu se podijeliti u dvije kategorije. S jedne strane, su izmjene više pravnotehničke prirode kojima su otklonjene određene omaške do kojih je došlo u objavljenom tekstu KZ, a na drugoj strani imamo i neka nova rješenja koja nisu zaobišla ni opšti dio KZ. Jedna od tih novina jeste izostavljanje društvene opasnosti kao elemenata pojma krivičnog djela, što su uradila skoro sva savremena zakonodavstva, ne samo radi toga što je riječ o anahronom rješenju, nego i zbog problema u praktičnoj primjeni. Naime, sud ne može da procjenjuje društvenu opasnost nego to može da čini samo zakonodavac, pa se isticanje društvene opasnosti kao elementa krivičnog djela svodi samo na jednu deklarativnu normu. Društvena opasnost može da bude kriminalnopolitički kriterijum, odnosno zakonodavni motiv inkriminisanja.

16. Takođe, značajna novina jeste drugačije određivanje saizvršilaštva, jer dosadašnja odredba koja je preuzeta iz KZ SRJ je dosta neodređena. Po novoj odredbi ako više lica, učestvovanjem u radnji izvršenja sa umišljajem ili iz nehata, zajednički izvrše krivično djelo, ili ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom sa umišljajem bitno doprinesu izvršenju krivičnog djela, svako od njih kazniće se kaznom propisanom za to djelo. Dakle, novo rješenje sadrži nova tri elementa, odnosno uslova za postojanje saizvršilaštva u slučaju kada ni djelimično nije preduzeta radnja izvršenja: umišljaj, zajedničku odluku i bitan doprinos izvršenju krivičnog djela.

U teoriji ima mišljenja da bi pored definisanja saizvršilaštva bilo potrebno prethodno odrediti pojam izvršioca, odnosno izvršilaštva, jer je prirodno i metodološki ispravnije najprije odrediti pojam izvršilaštva pa tek pojam saizvršilaštva da bi se lakše sagledao odnos sa saučesništvom u užem smislu.[20]

---

[17] Dr Zoran Stojanović: Osnovne koncepcije u predlogu krivičnog zakonika Srbije i Krivičnom zakoniku CG, RKK, br.1, 2005. godina, str. 19.

[18] Crna Gora je tek u novembru 2011. godine donijela poseban Zakon o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku

[19] Službeni list RCG br. 47, 2006. godina

[20] Mr Nedeljko Jovančević: Pojam izvršilaštva i novi Krivični zakonik Srbije, u Zborniku "Novo krivično zakonodavstvo Srbije," Kopaonik 2005. godina, str. 36.

17. I u sistemu krivičnih sankcija došlo je do određenih promjena. Uvedena je kazna zatvora od četrdeset godina umjesto kazne zatvora od trideset godina. Predviđena je mogućnost da se nenaplaćena novčana kazna zamijeni kaznom rada u javnom interesu umjesto supletornim zatvorom.

Od uvođenja u KZ 2003.godine, pa sve do danas sistem novčane kazne u dnevnim iznosima se nije primjenjivao u praksi, najviše iz razloga što je teško utvrditi prihode i rashode učinioca krivičnog djela. To je, najvjerovatnije bio razlog za uvođenje nove odredbe po kojoj ako se ne mogu pribaviti vjerodostojni podaci o prihodima i rashodima učiniocima krivičnog djela ili ukoliko on ne ostvaruje nikakav prihod ali je vlasnik imovine ili je nosilac imovinskog prava, sud može na osnovu raspoloživih podataka po slobodnoj procjeni utvrditi visinu jednog dnevnog iznosa novčane kazne. Sužen je pravni okvir primjene uslovnog otpusta pa se osuđeni može uslovno otpustiti ako je izdržao dvije trećine a izuzetno polovinu kazne.

18. Kad je riječ o odredbama prema maloljetnicima najvažnija novina jeste uvođenje vaspitnih naloga.

19. Dvije godine nakon donošenja Zakona o izmjenama i dopunama KZ, uslijedilo je donošenje Zakona o izmjenama i dopunama KZ 2008.godine,[21] ali bez intervencija u opštem dijelu KZ.

20. Skoro da je postalo pravilo da se svake dvije godine pristupa izmjenama i dopunama KZ pa je u maju mjesecu 2010.godine donesen Zakon o izmjenama i dopunama KZ[22], koji nije zaobišao ni opšti dio KZ, iako je opšti dio od stranih eksperata ocijenjen kao jedan od modernih evropskih zakonika. I ovdje se novine mogu podijeliti u dvije grupe, one koje su više pravnotehničke prirode i one koje su suštinske prirode, a mi ćemo se ukratko osvrnuti na ove druge. Jedna od tih suštinskih novina jeste izostavljanje instituta djela malog značaja kao opšteg osnova isključenja krivičnog djela. To je sasvim razumljivo rješenje imajući u vidu da u Zakoniku o krivičnom postupku[23] postoji načelo oportuniteta krivičnog gonjenja i u postupku protiv punoljetnih učinilaca krivičnih djela izraženo u dva vida: a) odbačaj krivične prijave iz razloga pravičnosti i b)odloženo gonjenje (diverzija krivičnog postupka) čime se sudovi "rasterećuju" tzv. bagatelnog kriminaliteta. Inače načelo oportuniteta krivičnog gonjenja, kao izuzetak od načela legaliteta krivičnog gonjenja bio je svojstven onim zakonodavstvima koja nisu poznavala institut neznatne društvene opasnosti (djela malog značaja) kao opšti uslov za isključenje krivičnog djela.

21. Druga značajna novina jeste određivanje pojma izvršioca, za čime je postojala potreba i na što je već ukazivano u literaturi. Tako se u čl.23 st.1 KZ navodi da je izvršilac krivičnog djela lice koje preduzima radnju izvršenja krivičnog djela ili koje posredstvom drugog lica izvrši krivično djelo ukoliko se to drugo lice ne može smatrati izvršiocem krivičnog djela. Ovim je u KZ ozakonjen institut posrednog izvršioca kojim se omogućuje reakcija kada se neko poslužio drugim licem kao sredstvom izvršenja krivičnog djela (korišćenje djeteta za vršenje krivičnog djela,

[21] Službeni list CG br. 40, 2008. godina
[22] Službeni list CG.br.25, 2010. godina
[23] Službeni list CG br. 9, 2009. godina

primjena apsolutne sile i slično). Iz naprijed citirane zakonske odredbe može se izvesti definicija posrednog izvršioca. Radi se o licu koje ostvarujući sve subjektivne elemente krivičnog djela navede drugog na ostvarenje krivičnog djela, a da se pri tome taj drugi ne može smatrati izvršiocem krivičnog djela jer mu u potpunosti nedostaje subjektivna strana krivičnog djela.[24]

Odredbe o stvarnoj i pravnoj zabludi upodobljene su novom definisanju pojma krivičnog djela.

22. Jedna od značajnih novina jeste i tzv. prošireno oduzimanje imovinske koristi za koju postoji osnovana sumnja da je stečena kriminalnom djelatnošću. Inače, pitanje oduzimanja imovine stečene krivičnim djelom (pa i proširenog oduzimanja), kao i pitanja privremenog čuvanja te imovine, u uporednom zakonodavstvu obično se reguliše jednim zakonom, a rjeđe se to reguliše u više zakona.[25] To je kod nas regulisano u ZKP (procesna pitanja) i u KZ. Da bi došlo do proširenog oduzimanja imovinske koristi potrebno je da je učinilac pravosnažno osuđen za krivično djelo za koje KZ propisuje mogućnost proširenog oduzimanja imovinske koristi. Zakonodavac je u čl.113 st.3 taksativno naveo koja su to djela. Uz to zakonodavac je trebao da odredi za koji vremenski period će se ispitati porijeklo imovine, kako se radi u uporednom zakonodavstvu. Međutim, naš zakonodavac je propisao jednu dosta nejasnu normu rekavši da će se imovinska korist oduzeti ukoliko je stečena u periodu prije i/ili poslije izvršenja krivičnog djela za koje KZ propisuje mogućnost proširenog oduzimanja, do pravosnažnosti presude, kada sud utvrdi da vremenski kontekst u kojem je stečena imovinska korist i druge okolnosti konkretnog slučaja opravdavaju oduzimanje imovinske koristi. Sporno je šta znači "vremenski kontekst" i da li to može stvoriti probleme u praksi, je pitanje za raspravu, ali se time ovdje nećemo baviti.

23. Jula mjeseca 2011.godine uslijedile su nove izmjene i dopune krivičnog zakonodavstva, donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama KZ.[26] ali se one nisu dotakle opšteg dijela KZ.

24. Reforma krivičnog zakonodavstva nastavljena je i dalje, pa je dvije godine od prethodne zakonodavne intervencije uslijedilo donošenje novog Zakona o izmjenama i dopunama KZ jula mjeseca 2013.godine. 25) I ovaj Zakon predviđa određene novine i u opštem dijelu KZ. Jedna od tih je ustanovljavanje mogućnosti da se kazna zatvora do šest mjeseci pod zakonom propisanim uslovima izvršava u prostorijama za stanovanje (kućni zatvor). O ovakvom načinu izvršenja kazne zatvora odlučuje sud istovremeno sa izricanjem kazne zatvora. U teoriji ima mišljenja da takav način izvršenja kazne zatvora, suštinski, iako ne i formalno, znači posebnu kaznu lišenja slobode.[27] Ovaj način izvršenja koji se široko koristi u uporednom zakonodavstvu i praksi, ima višestruki značaj. Okrivljeni se ne izdvaja iz sredine u kojoj živi, makar

[24] Dr Zoran Stojanović: Komentar... str. 124.

[25] O tome šire dr. Drago Radulović: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Podgorica, 2009. godina, str. 135.

[26] Službeni list CG br. 40, 2013. godina

[27] Dr Zoran Stojanović: Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije, njihova primjena i buduća reforma, u Zborniku „Nova rješenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primjena", Zlatibor, 2013. godine, str. 11.

ona bila ograničena samo na prostor u kojem se stanuje, smanjuje se broj zatvorske populacije i prevenira se negativno dejstvo izvršenja kratkih kazni zatvora u kaznenopopravnim ustanovama. Pošto je riječ o prvostepenoj presudi, a mogu se izvršavati samo pravosnažne presude, može se postaviti pitanje: kakve posledice nastupaju u slučaju izjavljivanja žalbe na takvu presudu. Odgovor na to pitanje ne možemo naći posebno u nekoj odredbi KZ, ali ako imamo u vidu osnove žalbe, predviđene u čl.385 ZKP, onda bi odluka drugostepenog suda mogla da ima uticaj na ovakav način izvršenja kazne zatvora određen od strane prvostepenog suda jedino u slučaju povrede krivičnog zakona u smislu, da je ovakav način izvršenja kazne zatvora određen i za kaznu zatvora preko šest mjeseci.

Uvedena je obavezna otežavajuća okolnost za krivična djela učinjena iz mržnje. Insistira se na pojačanoj krivičnopravnoj zaštiti u odnosu na pojedine posebno ranjive grupe. Doduše, i u postojećoj odredbi čl.42 KZ u okviru opštih pravila o odmjeravanju kazne sud uzima u obzir i pobude iz kojih je djelo učinjeno, što bi moglo da obuhvati i mržnju, ali je ovim posebnim članom mržnja predviđena kao obavezna otežavajuća okolnost.

U sistemu krivičnih sankcija uvedene su dvije nove mjere bezbjednosti. Zabrana približavanja i udaljenje iz stana ili drugog prostora za stanovanje. Ovim se želi otkloniti opasnost od ponovnog vršenja određenih krivičnih djela zabranom učiniocu da se približava žrtvi krivičnog djela, odnosno određenom mjestu.

Odredba o značenju izraza dopunjena je određivanjem pojma žrtve, imovinske koristi i mita.

25. Predstavili smo kako je tekao proces reforme krivičnog zakonodavstva u Crnoj Gori, uz napomenu da on još nije završen jer je u pripremi donošenje novog Zakona o izmjenama i dopunama KZ. Kako će dalje teći reforma krivičnog zakonodavstva, teško je predvidjeti. Opšti utisak je da se ide ka osavremenjavanju krivičnog zakonodavstva. Međutim, činjenica je da se neki novi instituti ne primjenjuju ili nedovoljno primjenjuju u praksi, da li radi toga što oni nisu kod nas primjenjivi, ili je u pitanju subjektivni faktor, teško je reći. Mislimo da su nama potrebni primjenjivi zakoni.

Darko Radulovic, Ph.D
Faculty of Law in Podgorica (University of Montenegro)

A VIEW ON THE GENERAL PART OF CRIMINAL CODE REFORM IN MONTENEGRO

Abstract

The process of the penal legislation reform in Montenegro, beginning with the first Penal Code passed in 2003, and shared with Serbia as a common state, up to present days, has been shown in this paper. The greatest part of it has been dedicated to the first Code, giving the reasons for its passing, emphasizing an exclusive legislative authority of the state-members within the field of penal legislation first, and harmonizing the national legislation with both international acts and modern science of criminal and case laws. An attention has been paid to the relation of the new penal legislation to the criminal law of the S.R.of Yugoslavia, its continuity has been noted, also, good solutions of the old code have been included into the new one. The fact that the laws were made in haste, and the code was often altered and amended, almost every two year, has also drawn an attention of the author. These changes and amendments primarily concerned the Special part of the Penal Code logically, as there are some socially negative non-incriminated conducts that should be incriminated implied. Speaking of the innovations in the General Part of the Penal Code, it may be concluded that they have derived from the relevant circumstances existing at the time of making criminal and legal norms (scientific and case law attitudes, comparative legal experience, international acts demants, and similar). Although the introduction of some new solutions may be criticized (rather for being not applicable, e.g.the system of pecuniary penalties fines in daily amounts or public interest judgements), the author is of a general opinion that these changes and amendments are greatly important in codifying and modernizing penal legislation.

Key words: Penal legislation, Criminal Code of Montenegro, penal legislation reform.

Вељко Икановић[1*]

КРИВИЧНОПРАВНИ ОДГОВОР НА МРЖЊУ И ПРЕДРАСУДЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Апстракт: Као земља која је недавно изашла из унутрашњег ратног сукоба Босна и Херцеговина представља веома плодно тло за појаву, испољавање и ширење свих облика мржње, а посебно оног на вјерској, националној и етничкој основи. Једна од реакција друштва у спречавању и сузбијању ове појаве јесте одређивање када испољавање мржње представља кривично дјело. Сматрало се да кривично законодавство није довољно прилагођено новим околностима због чега га треба мијењати. Зато су, поред постојећег кривичног дјела изазивања националне, расне или вјерске мржње, раздора или нетрпељивости, у кривичне законе уграђени нови облици кривичних дјела учињених из мржње. Аутор у раду анализира та законска рјешења, трагајући за одговором да ли су она довољно прилагођена стварности, колико су потребна, ефикасна и корисна и због чега говор мржње често пролази некажњено. Посматрајући у корелацији предрасуде и мржњу, стављајући их у оквир друштвених и историјских околности, критички се осврће на потребу оваквог кривичноправног одговора на мржњу и предрасуде.

Кључне ријечи: мржња, кривично дјело, предрасуде, злочин.

УВОД

Као земља која је у блиској прошлости прошла кроз тежак унутрашњи ратни сукоб Босна и Херцеговина (БиХ) је оптерећена разним предрасудама које представљају веома плодно тло за појаву, испољавање и ширење свих облика мржње, а посебно оних на вјерској, националној и етничкој основи. Један од облика реаговања друштва на ову опасну појаву јесте одређивање када и ком облику испољавање мржње представља кривично дјело. С обзиром да се ради о друштву које је оптерећено разним проблемима тешко је у таквим условима одредити обим и врсту кривичне принуде која ће бити примјерена, сразмјерна и довољно ефикасна. У току реформе кривичног законодавства, која траје од 2003. године, закључено је да оно није довољно прилагођено новим околностима због чега га треба мијењати. Још од раније у кривичним

[1*] Доц. др Вељко Икановић, судија Врховног суда Републике Српске и доцент на Факултету правних наука Универзитета "Апеирон" у Бањој Луци.

законима Републике Српске (РС), Федерације Босне и Херцеговине (ФБиХ) и Брчко Дистрикта БиХ (БД БиХ) било је прописано кривично дјело изазивања националне, расне или вјерске мржње, раздора или нетрпељивости. Сада је оно одређено и у Кривичном закону БиХ, а у кривичне законе РС и БД БиХ унесени су нови облици кривичних дјела учињених из мржње. Сличне измјене још нису усвојене у ФБиХ, иако се промјенама кривичног законодавства приступило у исто вријеме.

Кривична дјела учињена из мржње појмовно представљају новост у домаћем праву и законодавству, због чега се појавио проблем у начину одређивања њихових елемената јер се предрасуде и мржња из побуда, као квалификаторних околности појединих кривичних дјела или отежавајуће околности, претварају у посебно кривично дјело. Занемарују се историјске прилике и околности кроз које су припадници свих народа у БиХ прошли и у којима се сада налазе, а који одлучујуће утичу на правилан приступ обликовању појединих кривичних дјела из ове групе. Овај рад се првенствено бави питањима везаним за нормативно уређење кривичних дјела учињених из мржње, а да би правилно сагледали добре и лоше стране постојећих законских рјешења, неопходно је предрасуде и мржњу сагледати у међусобном односу и у склопу друштвених и историјских околности у БиХ.

1. МРЖЊА, ПРЕДРАСУДЕ, ГОВОР МРЖЊЕ И ЗЛОЧИН МРЖЊЕ

Мржња је још од античких времена била предмет интересовања филозофа, љекара и правника. Тако Аристотел мржњу види као жељу за уништењем нечега што је неизлечиво временом,[2] а Емпедокле, Сократов савременик, сматра да се људски свијет налази на средини пута између владавине љубави и мржње. За Дејвида Хјума она представља осјећање које се не може умањити и које се уопште не може дефинисати. Рене Декарт је дефинише као свјесност да је неко или нешто лоше, у комбинацији са јаком потребом да се од тога удаљи. Барух Спиноза је види као тип бола чији узрок лежи у спољашњим изворима,[3] и закључује "мржња се, узајамном мржњом повећава, а напротив може бити уништена љубављу."[4] Отац психоанализе Сигмунд Фројд мржњу дефинише као стање ега које жели да уништи извор своје несрећности.[5]

Све изложене дефиниције су полазиле од различитих узрока мржње, посматрајући је са различитих научних аспеката, али се могу свести на то да мржња представља осјећање интензивне одбојности према некоме или нечему.

---

[2] Royzman, E.B., McCauley, C.&Rozin, P. (2005). From Plato to Putnam: Four ways to think about hate: In The Psichology of Hate by Sternberg, R. (Ed.).

[3] Мржња. http://www. wikipedia.org/wiki/Mr%C5%Benja, asp.28.08.2014, 12:34.

[4] http://www.filozofija.rs/filozofski-citati.html, asp.03.09.2014.09:20.

[5] Freud, S. (1915) Instincts and their vicissitudes. New York: Basic Books Inc, S. E. 14.

Сам појам "предрасуда" означава суд који се доноси прије коначног испитивања свих момената који одређују ствар. У најширем значењу то су тврдње које прати увјереност у њихову тачност иако оне нису поткријепљене чињеницама, нити су засноване на аргументима, него су донесене без претходног провјеравања њихове тачности и без претходног размишљања о томе.

За потребе кривичног права предрасуде се могу дефинисати као претежно негативни ставови (предрасуде могу бити оправдане и позитивне) према некој групи или према појединцима, као и неоправдане или претјеране генерализације у вези тих група или појединаца. Стичу се током читавог живота, најчешће у дјетињству, преузимањем ставова и увјерења родитеља, васпитача, старалаца и социјалних група у којима се расте и сазријева. Зато се активност на искорјењивању и сузбијању предрасуда мора прво започети у породици, а тек касније и у осталим дијеловима друштва.

Мржња се испољава на разне начине, вербално, прећутно и предузимањем конкретних радњи. За нас је посебно занимљив појам "говора мржње" који се у домаћој правној науци и законодавству појавио у новије вријеме. Како још није постигнута сагласност о његовим конститутивним елементима он није јасно дефинисан у домаћој ни у иностраној правној науци. Говор мржње се одређује уопштеном дефиницијом као говор који "традиционално обухвата сваки облик изражавања који се сматра увредљивим за било коју расну, религијску, етничку или националну групу"[6]. Други га дефинишу као "генерички појам који обухвата коришћење говора за нападе на расу, етницитет, религију или сексуалну оријентацију или наклоност"[7].

Препорука Комитета министара Савјета Европе бр. Р (97) 20 од 30. октобра 1997. године о "говору мржње" под овим изразом "подразумијева све облике изражавања који шире, распирују, подстичу или правдају расну мржњу, ксенофобију, антисемитизам или друге облике мржње засноване на нетолеранцији, укључујући ту и нетолеранцију изражену у форми агресивног национализма и етноцентризма, дискриминације и непријатељства према мањинама, мигрантима и људима имигрантског поријекла".[8] Европски суд за људска права у Стразбуру овај термин дефинише као сваку форму изражавања која шири, подстиче, промовише, или оправдава "мржњу засновану на нетолеранцији, укључујући и вјерску нетолеранцију.[9]"

Да би се одређени говор могао и правно окарактерисати као говор мржње мора се радити о изражавању одређених садржаја и порука којима се изражава, заговара или подстиче мржња, дискриминација или насиље, или који изругују, омаловажавају, понижавају, дехуманизују или обезвређују. Друго, такав говор мржње мора бити уперен против одређених циљних друштвених група и

[6] Walker, Samuel:Hate Speech: The History of an American Controversy, Lincoln: University of Nebraska Press, 1994, p. 8.
[7] Smolla, Rodney A.: Free Speech in an Open Socity, Alfred A. Knopf, New York, 1992., p. 152.
[8] Препорука бр. Р (97) 20 Комитета министара Савјета Европе од 30. октобра 1997. године.
[9] www.coe.int/t/DC/Files/Source/FS_hate_en.doc, asp. 03.09.2014.09:30.

њихових припадника које се могу идентификовати по одређеним заједничким објективним карактеристикама као што су раса, боја коже, национално или етничко поријекло, вјера, пол, сексуална оријентација и слично.[10] Говор мржње није само симптом болесних појединаца, већ је и један од поузданијих индикатора болесног друштва.

У науци кривичног права и кривичном законодавству све чешће коришћени термин "злочини мржње" води поријекло из правне науке и законодавства Сједињених Америчких Држава (САД). Овдје се појавио још шездесетих година прошлог вијека у вези са борбом црначког становништва за права човјека, а ушао је у редовну употребу послије усвајања тзв. "The Hate Crime Statistics Act" 1990. године. Овај закон је измијењен и допуњен 2009. године законом "The Mathey Shepard and James Byrd Jr. Crimes Prevention Act", који се базира на већем броју антидискриминационих прописа донесених од 1960. године до тада. [11]

У америчком законодавству, а у новије вријеме и законодавствима других држава, мржња као мотив је посебно издвојена ради стварања нове законске категорије у кривичном праву назване као "злочин мржње".[12] Овдје се ради о злочинима који су макар и дјелимично мотивисани стварном или претпостављеном припадношћу жртве одређеној расној, етничкој, религијској, сексуално оријентисаној, инвалидно различитој групи, а којим се напада на њихов живот, тијело, полни интегритет, безбједност, религијске објекте, гробља и имовину.

2. ДРУШТВЕНЕ ПРИЛИКЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Босна и Херцеговина (БиХ) јесте специфична државна творевина створена вољом великих сила, прије свега САД, доношењем Дејтонског мировног споразума којим је окончан "трагични сукоб"[13], чији је саставни дио Анекса 4 са њеним Уставом. Састављена је од Републике Српске (РС) и Федерације Босне и Херцеговине (ФБиХ), са заједничком територијом Брчко Дистрикта БиХ (БД БиХ). Поред тога она је и заједница три конститутивна народа: Бошњака (раније Муслимана), Срба и Хрвата, који имају снажан осјећај припадности својој етничкој заједници од којих свака има своју историју, културу, религију и традицију. Међу њима постоје бројне разлике, које су продубљене ратним сукобом око кога ни до данас не могу постићи сагласност да ли је агресија или грађански рат, али и одређене сличности које су производ живота у ранијим заједничким државама. Скоро двије деценије од краја рата БиХ је и даље

[10] Matsuda, Mari J.: "Public Response to Racist Speach: Considering the Victim's Story", у књизи: Matsuda, Mari J, Lawrence, Charles R., Delgado, Richard, and Crenshaw, Kimberle Wiliams (eds.): Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment, Boulder, Westview, Press, 1993., p. 23, 36.

[11] Ћирић, Јован. Злочини мржње – америчко и балканско искуство,Темида, бр. 4, Београд, 2011, 21 – 36.

[12] Phyllis B. Gerstenfeld, Hate crimes, Los Angeles, 2011., p. 347.

[13] Ову формулацију користи Дејтонски мировни споразум.

дубоко подијељено друштво кроз образовање, културу, спорт, религију, обичаје, различите друштвене вриједности, схватање кривице и узрока протеклог рата, улогу жртве и агресора и уређење заједничке државе. Бошњаци желе унитарну државу, Срби самосталну Републику Српску, а Хрвати трећи ентитет, тако да осјећај припадности оваквој заједничкој држави не постоји.

У овако скројеној држави поставило се питање како одговорити захтјевима преузетих међународних докумената и тенденцијама у упоредном праву (посебно америчком) да се кривичноправно уреди одговор на говор мржње и предрасуде. Водећу улогу у реформи кривичног, посебно процесног, законодавства у БиХ имају САД тако да није тешко схватити зашто се брзо и некритички прихватају одређена туђа законска рјешења, која касније узрокују низ тешкоћа у пракси. Сада су кривична дјела учињена из мржње дио позитивног законодавства у БиХ, па ћемо се овдје позабавити начином на који су она одређена, недостацима и предностима тих рјешења.

3. МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ

Увођењу ових кривичних дјела у кривично законодавство у БиХ претходила је активност Организације за европску безбједност и сарадњу (ОЕБС) и њене Канцеларије за демократске институције и људска права (ODIHR) позивањем на низ међународних докумената који су за БиХ обавезујући. Образложење о "недовољној заштити рањивих група" заснивало се на томе да постојеће законодавство не омогућава довољно "препознавање" ових кривичних дјела.[14] Ово упућује на то да је проблем у уочавању или препознавању предрасуда, мотива, побуда, приликом процесуирања постојећих кривичних дјела, а не у законодавству. Зато сматрамо да фокус интересовања није требао бити усмјерен на кривично законодавство већ више на друге области, на шта упућују и сљедећи редови овог текста. Зато остаје отворено питање оправданости оваквог приступа и да ли су ова дјела већ била уграђена у постојеће кривично законодавство.

Пошло се од стандарда ОЕБС који обавезују државе чланице и њихове одговарајуће органе власти да осуде кривична дјела учињена из мржње,[15] Наводи се да државе чланице требају осигурати да званичници, на одговарајућем нивоу, досљедно и недвосмислено осуде дјела и испољавање мржње, посебно у политичком ракурсу.[16] Позивају се политички представници, укључујући и парламентарце, да непрекидно улажу напоре и одлучно одбаце и осуде испољавање расизма, ксенофобије, антисемитизма, дискриминације и нетолеранције, испољавања екстремизма повезана са агресивним национализмом, уједно поштујући слободу изражавања.[17] Осуда је политички,

[14] Више о томе: Борба против кривичних дјела почињених из мржње, Анализа инцидената мотивисаних предрасудама у Босни и Херцеговини, Мисија OSCE у БиХ, Сарајево, 2012. године.
[15] Одлука СМ ОЕБС број 9/09, више фуснота 5.
[16] Одлука СМ ОЕБС број 10/05, више фуснота 26.
[17] Одлука СМ ОЕБС број 10/07, више фуснота 26, параграф 1.

јавни и морални чин, који служи стварању добрих односа и превенцији будућих сукоба и нигдје се конкретно не инсистира на увођењу кривичних дјела из мржње, "злочина из мржње", у кривично законодавство, већ се само дају препоруке да се заштита оствари на одговарајући начин.

Универзална декларација о правима човјека свим људима гарантује слободу и једнакост у достојанству и правима, без "икаквих разлика у погледу расе, боје, пола, језика, вјероисповијести, политичког или другог мишљења, националног или друштвеног поријекла, имовине, рођења или других околности" (чл. 1. и 2.).[18]

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП) гарантује уживање свих права и слобода из Конвенције, "без обзира на пол, расу, боју коже, језик, вјеру, политичко или било које друго опредјељење, национално или социјално поријекло, припадност националној мањини, имовину, рођење или било који други статус" (чл.14.)[19].

Међународним пактом о грађанским и политичким правима,[20] "државе уговорнице се обавезују да поштују и да зајамче права призната у Пакту свим појединцима који се налазе на њиховој територији и потпадају под њихову власт без икаквог разликовања, нарочито у погледу расе, боје, пола, језика, вјероисповијести, политичког или сваког другог убјеђења, националног или друштвеног поријекла, имовине, рођења или другог статуса (чл. 2 ст. 1)."

Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације[21] обавезује државе потписнице да утврде као кривично дјело свако ширење идеја заснованих на супериорности или расној мржњи, свако подстицање на расну дискриминацију, као и сва дјела насиља, или изазивање на таква насиља, уперена против свих раса или сваке групе лица друге боје или другог етничког поријекла, као и пружање помоћи расистичким активностима, подразумијевајући ту и њихово финансирање (чл. 4 а).

4. КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО У БИХ

У кривичним законима РС, ФБиХ и БД БиХ од 2003. до 2010. године била су прописана кривична дјела изазивања националне, расне и вјерске мржње и нетрпељивости. Поред тога кривични закони ФБиХ и БД БиХ су прописивали квалификоване облике мотивисане дискриминацијом за кривична дјела: убиство, тешка тјелесна повреда, силовање, оштећење туђе ствари. У КЗ РС није било посебних кривичних дијела или облика квалификованих мржњом у смислу како је разматрамо у овом раду.

---

[18] Универзална декларација о правима човјека. Усвојена и проглашена Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 (III) од 10. децембра 1948 године.

[19] Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Службени гласник БиХ број 06/99.

[20] Службени лист СФРЈ (Међународни уговори), број 7/1971.

[21] Службени лист СФРЈ (Међународни уговори) број 6/1967

Кривични закон БиХ из 2003. године није садржавао одредбе о кривичним дјелима из ове групе, а тек је измјенама и допунама из 2010. године у њега уграђена одредба о кривичном дјелу изазивања националне, расне и вјерске мржње. Она је и даље задржана и у законима ентитета и БД БиХ, а исте године извршене су измјене и допуне КЗ РС и БД БиХ тако што су: а) дефинисана је мржња у општем дијелу кривичног закона као мотив за извршење кривичног дјела, б) уведени су квалификовани облици одређених кривичних дјела почињених из мржње (тешко убиство, тешка тјелесна повреда, силовање, тешка крађа, разбојништво, разбојничка крађа, оштећење туђе ствари и само у КЗ РС изазивање опште опасности), в) у општим правилима о одмјеравању казне предвиђена је мржња као отежавајућа околност за она кривична дјела почињена из мржње за која законом није предвиђен квалификовани облик дјела по овом основу и обавезно "одмјеравање теже казне"

4.1. КРИВИЧНИ ЗАКОН РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Иако су кривична дјела почињена из мржње дио кривичног законодавства РС и БД БиХ (и дјелимично у остале двије јурисдикције у БиХ), правна наука и законодавство нису сагласне око њиховог дефинисања. Као њихова основна карактеристика истиче се мотивисаност предрасудама према одређеним групама, што ствара забуну јер се предрасуде, као шири појам, разликују од мржње иако се могу посматрати заједно али тада се мора одговорити да ли су предрасуде извор мржње или је дуготрајна мржња створила предрасуде. Ако се размишља на овакав начин то отвара низ других питања историјске, политичке, социолошке, културолошке и религијске природе. Кривична дјела из мржње могу имати различите кривичноправне квалификације али их обиљежавају битна заједничка социолошка и социјално-психолошка својства. Она су посљедица антагонизама и конфликата различитих друштвених група које карактеришу другачији друштвени идентитети, а извршиоци тих аката мотивисани су предрасудама или мржњом према одређеној друштвеној групи, по мјерилима извршилаца антагонистичкој.[22] Рекли смо да поред националних и вјерских разлика, народи у БиХ имају и бројне сличности, првенствено заједничко јужнославенско порекло, готово идентичан језик и врло сличне обичаје и начин живота. Међутим, историја заједништва праћена је и историјом међугрупног насиља и на основу доступних података може се рећи да у постдејтонској БиХ у овој категорији превладавају кривична дјела мотивисана националном и вјерском мржњом.[23]

[22] Лалић, Велибор. "Социолошки аспекти злочина из мржње у Босни и Херцеговини", Кривична дјела почињена из мржње: Изазови регулирања и процесуирања у БиХ, Сарајево, 2014. године, 17.
[23] European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), Report on Bosnia and Herzegovina CRI (2005)2 (Strazbur:ECRI, 15.2.2005); OSCE/ODIHR, Hate Crimes in the OSCE Region – Incidents and Responses, Annual Report for 2007; OSCE/ODIHR, Hate Crimes in the OSCE Region – Incidents and Responses, Annual Report for 2008 (Varšava: OSCE/ODIHR, 2009); OSCE Mission to Bosnia and Herzegovina; Tackling Hate Crimes: An anallysis of bias-motivated incidents in Bosnia and Herzegovina with recomendations (Sarajevo: OSCE Mission and Bosnia and Herzegovina, 2012).

У упоредном праву постоје два законодавна модела санкционисања кривичних дијела учињених из мржње. Први модел јесте нормирање посебних кривичних дјела која обухватају искључиво кривична дјела учињена из мржње. Ово се ради тако што се од постојећих кривичних дјела против живота и тијела (убиство, тјелесне повреде), против имовине (крађа, оштећење туђе ствари) и других кривичних дјела стварају посебна кривична дјела. Одлика ових новостворених кривичних дјела састоји се у томе што су њима оштећена лица посебних група.

Други модел не подразумијева увођење посебних кривичних дјела којима се инкриминишу дјела мржње. Овдје су сви грађани, укључујући и посебне категорије националне мањине или другог полног опредјељења, заштићени већ постојећим инкриминацијама кривичног законодавства.[24]

Кривична дјела учињена из мржње уведена су у кривично законодавство РС 2010. године Законом о измјенама и допунама Кривичног закона Републике Српске[25] (КЗ РС), дефинисањем појма мржње, измјеном одредаба о одмјеравању казне и прописивањем квалификованих облика појединих кривичних дјела. Законом о измјенама и допунама КЗ РС из 2013. године[26] учињене су одређене корекције код одмјеравања казне и више се не дефинише појам мржње, већ рестриктивније даје значење кривичног дјела учињеног из мржње. У данас важећем закону није прихваћен ни један од чистих наведених модела у упоредном праву већ рјешење средњег пута одређивањем значења појма кривичног дјела из мржње и прописивањем квалификованих облика постојећих кривичних дјела, а за све остале случајеве прописивањем мржње као обавезне отежавајуће околности.

Кривично дјело из мржње одређено је као дјело извршено у потпуности или дјелимично због расне, националне или етничке припадности, језика, вјерског увјерења, боје коже, пола или сексуалне оријентације, здравственог статуса или родног идентитета неког лица. Дакле, кривичним дјелима учињеним из мржње сматрају се кривична дјела прописана у кривичном закону која су учињена из мржње одређене на начин како је она дефинисана законом. Оно што општа кривична дјела карактерише као кривична дјела учињена из мржње је управо посебна побуда за њихово извршење усљед које кривични закон прописује посебна правила за њихово кажњавање или за одмјеравање казне њиховом учиниоцу. То је специфичност ових кривичних дјела јер се код већине других побуда или мотив у кривичном поступку не морају утврђивати. Одредбе о кривичним дјелима учињеним из мржње сада садрже коначан попис заштићених карактеристика које могу бити обухваћене предрасудама учиниоца (у првим измјенама то није био случај).

---

[24] Ковачевић, Милица. "Злочини мржње и нормативно регулисање", Темида – часопис о виктимизацији, људским правима и роду. Београд, 2011. године, 56 – 57.

[25] Закон о измјенама и допунама Кривичног закона Републике Српске, Службени гласник Републике Српске број 73/10.

[26] Закон о измјенама и допунама Кривичног закона Републике Српске, Службени гласник Републике Српске број 67/13.

Сматрамо да је појам "вјерско увјерење" требало замијенити појмом "религијска припадност" или "религиозна увјерења" јер држава признаје званичне религије, које легално дјелују. По правилу оне нису штетне за заједницу, док постоје секте и вјерска учења које се не заснивају на познатим и признатим религијама и које су за друштво штетне и опасне. Таква вјерска учења државе често забрањују и због опасности по основне вриједности друштва, укључујући опасност и по званичне религије, па није оправдано да истовремено та увјерења може да штити кривично законодавство. Ово може да буде само производ неразумијевања ова два појма или скривених намјера и интереса оних који су вршили утицај на овакво законодавно рјешење, што је много опасније. С обзиром на велики и нескривени отпор међународних представника другачијем дефинисању, склони смо да прихватимо ово друго.

Као квалификоване облике, за које прописује строже кажњавање, КЗ РС закон прописује кривично дјело: тешко убиство (чл. 149), тешка тјелесна повреда (чл. 156), силовање (чл. 193), тешка крађа (чл. 232), разбојништво (чл. 233), разбојничка крађа (чл. 234) и оштећење туђе ствари (чл. 249) ако су та кривична дјела учињена из мржње.[27] Занимљиво је да се мржња као квалификаторна околност код тешког убиства наводи послије безобзирне освете, а прије нарочито ниских побуда, што све говори о нејасном односу према самом појму мржње код ових кривичних дјела. Безобзирна освета може у себи да садржи и мржњу према припаднику заштићене групе овог кривичног дјела, па се поставља питање која квалификаторна околност потпуније одражава само дјело. По нашем мишљењу безобзирна освета је увијек доминантнија од мржње, која је само додатно може да подгријава, па се ова квалификаторна околност као и до сада може само цијенити као отежавајућа околност. Слично је и са ниским побудама, гдје мржња према другом због наведених разлика као мотив извршења кривичног дјела и чини те побуде ниским, па постаје беспредметно мржњу одређивати као посебну квалификаторну околност. Осим тога када се има у виду да је запријећена иста казна за кривично дјело које квалификују све околности иста, тада се непотребно инсистира на уведеном виду заштите.

Рекли смо да је поред увођења квалификованих облика појединих кривичних дјела учињених из мржње додата и одредба (у посебном ставу) према којој ће, у случајевима када је кривично дјело учињено из мржње, онако како је прописано у закону, суд то узети у обзир као отежавајућу околност, осим ако мржња није квалификаторна околност тог кривичног дјела. Према томе, осим што је мржња као мотив извршења дјела код одређених кривичних дјела квалификаторна околност, на основу које су прописани посебни, тежи облици тих кривичних дјела са законом прописаном тежом казном у односу на основни облик кривичног дјела, мржња је као побуда за извршење дјела и посебна

[27] Јовашевић, Драган и Икановић, Вељко. *Кривично право Републике Српске – Посебни део*. Бања Лука 2012, 29, 40, 79,132 – 136, 150.

обавезна отежавајућа околност у случајевима кад сам закон не прописује теже кажњавање за квалификовани облик дјела учињеног из мржње.[28]

Ове одредбе о кривичним дјелима учињеним из мржње представљају одређено одступање од општих правила о одмјеравању казне[29] из члана 37 који носи назив "Општа правила о одмјеравању казне". Одредба издваја побуде из којих је кривично дјело учињено као околности које ће суд при одмјеравању казне "нарочито" узети у обзир. Овим су побуде као околност посебно издвојене, чиме се хтјело указати на њихов значај, било да су позитивне или негативне. Општа одредба обавезује суд да при одмјеравању казне узме у обзир све околности које утичу на дужину казне, а нарочито оне које су у њој посебно наведене, али не и дужност да одређене мотиве извршења кривичног дјела цијени као отежавајућу или олакшавајућу околност. Зато одредба која суд обавезује да ако је кривично дјело учињено из мржње учиниоцу то оцијени као отежавајућу околност представља посебну одредбу о одмјеравању казне за дјела учињена из мржње (зато и јесте у посебном ставу истог члана).[30]

Наше кривично законодавство садржи и поједина кривична дјела која као мотив извршења претпостављају предрасуду према другом: а) изазивање националне, расне или вјерске мржње, нетрпељивости или раздора и б) кривично дјело спречавање повратка избјеглице или расељених лица, која се не сматрају кривичним дјелима учињеним из мржње у смислу одредаба о тим кривичним дјелима у КЗ РС. Ова кривична дјела у потпуности су задовољавала заштиту оних вриједности која се сада остварује на други начин који је неразумљивији, неодређенији и у крајњем случају непотребан. Кривично дјело изазивање националне, расне или вјерске мржње, нетрпељивости или раздора није ништа друго него оно што се подразумијева под "говором мржње", само што је још шире по обиљежјима.

За посљедње три и по године, од када је кривично дјело из мржње уграђено у КЗ РС, донијета је само једна правноснажна пресуда за кривично дјело разбојништва, које је почињено у стицају са кривичним дјелом силовања (које није обухваћено овом квалификацијом због временског важења закона), а које је извршено према лицу друге националности.[31]

5. КРИТИЧКИ ПОГЛЕД

Вршење кривичних дјела може бити мотивисано мржњом, љубомором, осветом, завишћу, користољубљем, ниским побудама, које могу бити различите

[28] Јовашевић, Драган и Икановић, Вељко. *Кривично право Републике Српске – Општи део*. Бања Лука 2012, 276 – 282.

[29] Кривични закон Републике Српске, Службени гласник Републике Српске број 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10 и 1/12.

[30] Икановић, Вељко. "Кажњавање за кривична дјела учињена из мржње у Кривичном закону Републике Српске", Преступ и казна de lege lata et de lege ferenda (ed. Л. Крон) MMXIV, Beograd 2014, 205 – 219.

[31] Види: Пресуда Окружног суда у Добоју број: 13 0 К 002448 13 К, од 10.09.2013. године.

и у конкретним случајевима обухватати и неке од набројаних појединачних мотива. Мотив је психолошка побуда из које се чини кривично дјело, односно оно чиме је учинилац руковођен да изврши кривично дјело. Код већине кривичних дјела мотив се не утврђује, а његово утврђивање неопходно је код мањег броја кривичних дијела, нпр. код такозваних квалификованих убистава, као што су убиство из користољубља, освете или других ниских побуда.

С обзиром на америчко поријекло овог института европска законодавства која су га прихватила изједначавају га са појмом кривичног дјела почињеног из мржње. Ипак, ова два појма нису једнака ни по својој садржини, ни по елементима бића кривичног дјела. Сматрамо да је, према учењу европског кривичног права о кривичном дјелу, код "злочина мржње" првенствени циљ санкционисање саме мржње која извире из предрасуда и испољава се према другоме, па би се о њој могло говорити као о посљедици кривичног дјела. Смрт неког лица, тјелесна повреда, изазивање несигурности, скрнављење гробља, рушење цркве и слично представљало би објективни услов инкриминације или законодавни мотив кажњавања. С друге стране код кривичног дјела почињеног из мржње она је психолошка побуда која учиниоца мотивише да учини конкретно кривично дјело, а само испољавање, ширење и пропагирање мржње (говор мржње), као друштвено опасно дјело, одређено је и санкционисано као посебно кривично дјело.

Овакво схватање у потпуности искључује потребу увођења нове инкриминације у овом облику, јер су побуде и до сада представљале квалификаторне околности или су цијењене код одмјеравања казне. Мржња се и до сада могла сматрати ниском побудом ако је кривично дјело учињено због тога што учинилац наноси тјелесну повреду другом зато што је он одређене националности, вјероисповијести, боје коже, хомосексуалац и слично, а мотив напада је мржња према тој групи.

Сам концепт кривичног дјела почињеног из мржње садржи много нејасноћа и контроверзи, ради чега му се упућују бројни приговори терминолошке, морално-правне и утилитарне природе. Оспорава се коришћење самог термина *"мржња" код одређивања кривичних дјела ове врсте, при чему се истиче да мотив тих кривичних дјела уствари није нужно мржња, већ пристрасност или предрасуде*[32]*, које имају шире значење од мржње. С друге стране може се поставити и питање да ли то нека кривична дјела могу да се почине из љубави, што је осим код убиства из самилости искључено.*

Морално-правни аргумент против санкционисања ових кривичних дјела јесте да таква регулатива жртве које припадају одређеној групи привилегује у односу на остале жртве истог кривичног дјела. Ово није у складу са одредбама Устава БиХ[33] *да је уживање права и слобода, "осигурано је свим лицима у Босни и Херцеговини без дискриминације по било којем основу као што је пол,*

[32] Види Barbara Perry, "Where Do We Go From Here? Researching Hate Crimes", Internet Journal of Criminology (2003).

[33] Устав БиХ, чл. II тач. 4 – Недискриминација.

раса, боја, језик, вјера, политичко и друго мишљење, национално или социјално поријекло, повезаност са националном мањином, имовина, рођење или други статус." Поред тога иста ова права гарантује грађанима РС и њен Устав.[34] *Све то јасно говори да ни позитивна дискриминација није дозвољена, без обзира чиме се она покушава оправдати, поготово што је на други начин могуће заштитити права посебних група и лица.*

Примједба је и да се починилац за исто дјело кажњава два пута, једном за кривично дјело, а други пут за забрањени мотив.[35] *Поставља се питање у којој мјери је корисно у кривичноправни однос уводити питање мотива, односно мржње. Ова група критика у суштини сматра да за конкретно кривично дјело мотив сам по себи није релевантан, док је умишљај веома тешко доказати. Истиче се и то да постојање* и озбиљност кривичних дјела почињених из мржње у великој мјери зависи од субјективне оцјене о штети почињеној по самопоуздање и достојанство особе, односно жртве. У том смислу, кажњавање мржње само по себи као да суштински улази у подручје психологије и измиче објективном просуђивању на какво смо навикли у кривичном праву.[36] Кривичноправно регулисање ове области оправдава се веома снажним аргументима.[37] Прије свега, бројне емпиријске студије фокусиране на жртве кривичних дјела почињених из мржње показују да ова кривична дјела по правилу код жртве изазивају дубље психолошке посљедице, укључујући осјећај несигурности, нервозу и депресију.[38]

Приликом утврђивања права одређених група на кривичноправну заштиту, кривични закони који санкционишу кривична дјела почињена из мржње заправо уважавају чињеницу да жртве које су изложеније кривичним дјелима имају легитиман захтјев за већу заштиту од кривичних дјела.[39] Ово није спорно али суштина је у томе да се то може остварити и у оквиру постојећег кривичног законодавства, без увођења привилегујућих одредби које дискриминишу остало становништво. Указује се и на то да су таква дјела увијек и нужно по својој природи политичка, јер се њима шаље порука која далеко превазилази оквире односа двију индивидуа, с обзиром да је намијењена широј јавности или неком њеном дијелу.[40] Дакле, овим се у први план ставља генерална превенција, а

[34] Устав Републике Српске, чл. 10.

[35] Види Alon Harel i Gideon Parchomovsky, "On Hate and Equality", Yale Law Journal 109 No. 3 (1999). 507.

[36] Види нпр. Jerry Kang, "Racial Violence against Asian Americans", Harvard Law Review 106 (1993). 1926 – 1943.

[37] Види више у: European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Making hate crime visible in the European Union: acknowledging victims' rights (Luksemburg: Publication Office of the European Union, 2012).18 – 23.

[38] Jack McDevitt et al., "Consequences for Victims: A Comparison of Bias and Non-Bias-Motivated Assaults", American Bihevioral Scientist 45, 4 (2001).697 – 713.

[39] Harel i Parchomovsky, "On Hate and Equality".

[40] Види: Опсерваторија људских права: Босна и Херцеговина, Кривична дјела почињена из мржње: регулатива и пракса у БиХ. Сарајево 2011.

што се до сада чинило и на задовољавајући начин остваривало прописивањем посебних кривичних дјела изазивања одређене врсте мржње и нетрпељивости.

ЗАКЉУЧАК

Кривични закон је последње средство за изградњу бољег и хуманијег друштва, развијање толеранције, уважавања и прихватања другог. У БиХ су предрасуде производ породичног, историјског, културног, образовног, информативног, политичког, вјерског наслеђа и одраз стварног стања у друштву. БиХ је подијељено друштво, старе ране не зацјељују већ се повређују, а историја не улива наду за оздрављење. "Да, Босна је земља мржње и страха. То је Босна."[41] Потребно је прво успоставити повјерење, уважавање и толеранцију, а затим приступити лијечењу од мржње и искорјењивању предрасуда које су, као отворене и скривене, присутне у свим порама друштва. Грађани у БиХ су свјесни мржње и предрасуда али је свако увјерен у оправданост својих схватања и "Они се о томе и не препиру", како пише Андрић, "толико су и једни и други убијеђени у тачност свог вјеровања. И нема примјера да је икад ико успио да кога разувјери или да је ко промијенио своје мишљење."[42] Зато је питање ко има право да кажњава за предрасуде које једна призната заједница (етничка и територијална) сматра својим вриједностима и брижљиво их његује. Ако је у мржњи страх од другог и другачијег, које та заједница често оправдано или рјеђе неоправдано сматра извором опасности, онда морамо да се подсјетимо ријечи Баруха Спинозе "Видјесмо из искуства, да је мржња према народима за Јевреје начело одржања."[43]

[41] Андрић, Иво. *Писмо из 1920. године*. Сабрана дјела, књ. IX, Београд, 1967.
[42] Ibid.
[43] Спиноза (1957a): *Теолошко-политички трактат*, Београд: Култура.

Veljko Ikanović, Ph.D
Judge
Republic of Srpska Supreme Court and
Assistant Professor, Faculty of Law,
University "Apeiron" of Banja Luka

CRIMINAL JUSTICE RESPONSE TO HATRED AND BIAS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract: As a country that has recently emerged from an internal armed conflict, Bosnia and Herzegovina is a very fertile ground for the emergence, expression and dissemination of all forms of hatred, and especially from the religious, national and ethnic basis. One of the reactions of the society in preventing and combating this emersion is to determine when the expression of hatred is a criminal offense. It was assumed that criminal law is not enough adapted to new circumstances, which is why it should be changed. Accordingly to that, besides to the existing criminal offense of inciting national, racial or religious hatred, strife and intolerance, the new forms of criminal offenses committed out of hatred are incorporated in criminal laws. The author analyses these legal solutions, searching for an answer to whether the solutions are sufficiently adapted to the reality, as needed, effective and useful, and why hate speech often goes unpunished. Observing the correlation of bias and hatred, putting them in a framework of social and historical circumstances, author is critically overviewing the need for this kind of criminal justice response to hatred and bias.

Key words: hatred, criminal offence, bias, crime.

Doc. dr Emir Ćorović,
Departman za pravne nauke,
Državni univerzitet u Novom Pazaru

KRITIČKI OSVRT NA ZAKONSKU REGULATIVU MERA BEZBEDNOSTI OBAVEZNOG LEČENJA NARKOMANA I ALKOHOLIČARA U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE SA PREDLOGOM *DE LEGE FERENDA*

Apstrakt: *U ovom radu kritički je analizirana zakonska regulativa mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i mere bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara iz* čl. *83 i 84 Krivičnog zakonika Srbije. Na kraju rada autor je dao izvesne predloge de lege ferenda.*

Ključne reči: *mere bezbednosti, obavezno lečenje narkomana, obavezno lečenje alkoholičara.*

I

Krivični zakonik Republike Srbije[1] (u daljem tekstu: KZ) propisuje jedanaest mera bezbednosti, od kojih se njih dve odnose na lečenje zavisnika od psihoaktivnih supstanci – obavezno lečenje narkomana (čl. 83 KZ) i obavezno lečenje alkoholičara (čl. 84 KZ). Za razliku od prijašnje krivične legislative koja je krivičnopravni tretman narkomana i alkoholičara regulisala jedinstveno, putem mere bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana,[2] sadašnji KZ isti razdvaja kroz pomenute mere bezbednosti, uz obrazloženje da su alkoholičari i narkomani različite kategorije učinilaca.[3] Takav pristup postoji samo još u zakonodavstvu Crne Gore, dok zakonodavstva drugih država pod okriljem jedne mere bezbednosti, kao što je to bio

[1] Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

[2] Radilo se o meri bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara iz čl. 65 Krivičnog zakona Jugoslavije (u daljem tekstu: KZJ) koji je kanije promenio naziv u Osnovni krivični zakon (u daljem tekstu: OKZ). Videti: Službeni list SFRJ, br. 44/76, 46/77, 34/84, 97/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90, Službeni list SRJ, br. 35/92, 16/ 93, 31/93, 37/93, 24/94, 61/01, "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 39/ 03.

[3] Лазин Ђ. (прир.), Кривични законик, са образложењем за доношење *Кривичног законика – Споредно кривично законодавство*, Правно истраживачки центар, Београд, 2006, str. 171.

slučaj i kod nas pre donošenja KZ, regulišu pitanje obaveznog lečenja zavisnika od psihoaktivnih supstanci.[4] Ovakav pristup, iako na prvi pogled deluje da ima samo teorijski značaj, povlači za sobom i izvesne praktične reperkusije o čemu će biti reči.

II

Ne sporeći razlike koje postoje između alkoholizma i narkomanije, odnosno između alkoholičara i narkomana, može se postaviti pitanje legitimnosti navedenog zakonodavčevog postupka, i to kako sa stanovišta odgovarajućih medicinskih, tako i sa stanovišta odgovarajućih pravnih razloga.

Kada je reč o medicinskim razlozima valja se osvrnuti na 10. Međunarodnu klasifikaciju bolesti, pa će se uočiti da se u njoj ne govori o alkoholizmu i narkomaniji u uobičajenom smislu reči, već o mentalnim poremećajima i poremećajima ponašanja izazvanim upotrebom različitih psihoaktivnih supstanci (alkohola, opijata, kanabinola, sedativa i hipnotika, kokaina, drugih stimulansa uključujući kofein, halucinogena, duvana, isparljivih rastvarača i upotrebe više droga i drugih psihoaktivnih supstanci).[5] Prema tome, alkohol nije posebno izdvojen od ostalih psihoaktivnih supstanci. Štaviše, ukazuje se da narkomanija ne predstavlja jedinstvenu bolest ni "u pogledu etiologije, kliničke slike, pa ni izbora ličnosti", te da je ispravnije govoriti o "raznim narkomanijama, ili pojavnim oblicima narkomanije", kao na primer o heroinomanima, barbituromanima, hašišomanima itd.[6] Može se postaviti pitanje zašto onda zakonodavac prilikom ustrojstva mera bezbednosti koje se odnose na lečenje zavisnika nije uvažio navedenu medicinsku argumentaciju i na jedan principijelan način, imajući u vidu konkretnu psihoaktivnu supstancu i njena dejstva, te poštujući razlike koje postoje između pojedinih oblika zavisnosti od psihoaktivnih supstanci i pojedinih zavisnika, predvideo posebne mere bezbednosti namenjene za lečenje alkoholičara, opijomana, heroinomana, kokainomana itd.? Naravno, za time nema potrebe, ali navedeno ukazuje da je zakonsko razlikovanje zavisnika od psihoaktivnih sredstava neprincipijelno kada je reč o ustrojstvu predmetnih mera bezbednosti i da bi se putem zakonodavčeve logike moglo ići u nedogled. Pored toga, jedno lice može biti zavisno od više psihoaktivnih supstanci (tzv. politoksikomanija), tako da je uz brojne kombinacije moguća i ona koja obuhvata zavisnost od alkohola i neke druge psihoaktivne supstance, na primer heroina, kokaina itd. O tome se nije vodilo računa prilikom normiranja predmetnih mera bezbednosti. U svakom slučaju kod *mere (ili mera) bezbednosti koja(e) se odnosi(e) na*

[4] O tome: Ђоровић Е., *Мере безбедности обавезног лечења наркомана и алкохоличара у кривичном праву*, Докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2010, str. 50-76.

[5] Navedeno prema: Petrović D., *Droga i ljudsko ponašanje*, Partenon, Beograd, 2003, str. 60. U IX klasifikaciji situacija je bila nešto drugačije postavljena, jer je alkohol bio izdvojen od opojnih droga. Videti: Kovačević, M., "Klasifikacija i dijagnostika zavisnosti od supstanci", U: *Narkomanija i krivična odgovornost - Pravno medicinski aspekt, Srpsko udruženje za krivično pravo*, Kopaonik, 2000, str. 183. Pojedini autori navode da je X klasifikacijom termin "alkoholizam" potisnut u drugi plan. Tako: Jovanović, P., Ćurčić, S. I Milosavčević, V., "Prilog definiciji alkoholizma", *Psihijatrija danas*, br. 2-3/2000, str. 106.

[6] Petrović D., op.cit., str. 244.

tretman raznih kategorija zavisnika od različitih psihoaktivnih supstanci (uključujući i alkohol) centralno mesto treba da zauzima sama zavisnost.

I nekoliko pravnih razloga govori u prilog tome da nije imalo mesta razdvajanju nekada jedinstvene mere bezbednosti. Pre svega, pažljivom analizom sadržine članova 83 i 84 KZ, kojima su ove mere regulisane, videće se da su uslovi za njihovo izricanje identično postavljeni, odnosno razlikuju se u tome što se u čl. 83 st. 1 KZ govori o zavisnosti usled "upotrebe opojnih droga", a u čl. 84 st. 1 KZ o zavisnosti usled "upotrebe alkohola". Međutim, jedno je sigurno, a to je da iz dikcije tih odredaba proizilazi da u njima čin *zavisnosti* zauzima centralno mesto. *Ona je "izvorište" učiniočeve opasnosti*.

Dalje, zanimljivo je da srpski zakonodavac nije do kraja sproveo ovaj koncept razdvajanja alkoholičara i narkomana kada je reč o predmetnim merama bezbednosti. Tako, Zakon o izvršenju krivičnih sankcija (u daljem tekstu: ZIKS)[7] na jedinstven način reguliše pitanje njihovog izvršenja (čl. 205-207). Ako su po sredi dve različite kategorije učinilaca koje zahtevaju različit (poseban) tretman, zbog čega im onda ZIKS, kao zakon koji treba da obezbedi realizaciju tog tretmana, to pravo "uskraćuje".

Takođe je primetno da zakonodavac nije principijelan ni prilikom regulisanja drugih krivičnih sankcija i krivičnopravnih (materijalnih i procesnih) instituta koji se odnose na narkomane i alkoholičare, a u smislu pravljenja razlike među njima. Na primer, zakonodavac predviđa da se jedna od obaveza kod uslovne osude sa zaštitnim nadzorom može sastojati u "uzdržavanju od upotrebe droge ili alkoholnih pića" (čl. 73 st. 1 tač. 7 KZ); ili kod vaspitne mere posebnih obaveza konkretna obaveza se, prema čl. 14 st. 2 tač. 7 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (u daljem tekstu: ZMUKD),[8] može sastojati u tome da se maloletni učinilac "podvrgne odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkoholnih pića ili opojnih droga"; dalje, Zakonik o krivičnom postupku (u daljem tekstu: ZKP)[9] regulišući tzv. uslovni oportunitet krivičnog gonjenja predviđa da javni tužilac može odložiti krivično gonjenje i okrivljenom, između ostalog, nametnuti meru podvrgavanja "odvikavanju od alkohola ili opojnih droga" (čl. 283 st. 1 tač. 5); sličnu obavezu predviđa i ZMUKD u čl. 7 st. 1 tač. 4, kada reguliše vaspitne naloge prema maloletnim učiniocima. Zakonodavčeva nedoslednost je možda najizražajnija u Zakonu o prekršajima[10] prilikom regulisanja zaštitne mere obaveznog lečenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci (čl. 59). Tretman zavisnika je regulisan jedinstveno, iako zaštitne mere predstavljaju prekršajne sankcije koje su pandan merama bezbednosti iz krivičnog prava. Zašto zakonodavac u svim ovim slučajevima nije napravio razliku između zavisnika od opojnih droga i zavisnika od alkohola?

Postojećem konceptu moglo bi se prigovoriti i da njima nije pokrivena ona populacija zavisnika koja je zavisna i od alkohola i od opojnih droga (politoksiko-

[7] Službeni glasnik Republike Srbije, br. 55/2014.
[8] Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/ 2005.
[9] Službeni glasnik Republike Srbije, br. 72/ 2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.
[10] Službeni glasnik Republike Srbije, br. 65/2013.

mani). Imajući u vidu razloge koji su doveli do razdvajanja tretmana prema navedenim kategorijama zavisnika, nije teško zaključiti da se prilikom ustrojstva ovih mera o politoksikomanima nije vodilo računa. Postavlja se pitanje šta će biti ukoliko sud ima pred sobom lice koje je zavisno i od opojnih droga i od alkohola? Sudska praksa stoji na stanovištu da je moguće istom licu izreći obe mere bezbednosti (presuda Okružnog suda u Novom Sadu K-70/05 od 22.03.2006. godine).[11] Iako čudno, ovakvo postupanje je ispravno, jer ne postoji izričita zakonska zabrana zajedničkog izricanja ovih dveju mera bezbednosti. Ipak, mogao bi se javiti problem prilikom njihovog izvršenja ukoliko su kumulativno izrečene, jer je zakonodavac predvideo njihovo različito trajanje, a neka bliža pravila o njihovom izvršenju u takvoj situaciji ne sadrže niti odredbe našeg materijalnog, a ni izvršnog krivičnog prava.

III

Iako je zakonodavac razdvojio lečenje narkomana i alkoholičara, propisujući dve posebne mere bezbednosti, uslovi za njihovo izricanje su, kako je rečeno, istovetno postavljeni. Tako, analizirajući odredbe čl. 83 st. 1. i čl. 84 st. 1. KZ mogu se utvrditi tri uslova koja su potrebna za izricanje predmetnih mera bezbednosti, i to: a) učinilac mora biti zavisnik od opojnih droga kod mere iz člana 83 KZ, odnosno alkohola kod mere iz člana 84 KZ; b) mora postojati veza između učinjenog krivičnog dela i učiniočeve zavisnosti; c) mora postojati "ozbiljna opasnost" da će učinilac usled svoje zavisnosti i dalje činiti krivična dela.

a) Činjenicu zavisnosti sud utvrđuje iz nalaza i mišljenja veštaka medicinsko-psihijatrijske struke. Pravni osnov za ovu vrstu veštačenja nalazi se u odredbi čl. 533 st. 1 ZKP-a koja se odnosi postupak izricanja mera bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ, kao i u odredbi čl. 131 ZKP-a, koja se odnosi na psihijatrijska veštačenja. Tako, u čl. 533 st. 1 ZKP-a je propisano da o izricanju mere bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara ili mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana sud odlučuje pošto pribavi nalaz i mišljenje veštaka.[12] U st. 2 istog člana ZKP-a je propisano i da veštak treba da se izjasni i o mogućnostima za lečenje okriviljenog. To znači da bi veštak trebao da ukaže "na veće ili manje izglede na uspijeh liječenja".[13]

Imajući u vidu da zavisnost može biti fizička ili psihička, postavlja se pitanje koji je od ova dva oblika zavisnosti dovoljan za izricanje predmetnih mera bezbed-

[11] Preuzeto iz: Ђоровић Е., op.cit., str. 380.

[12] Iako je ova odredba više nego jasna, a isto je propisivalo i naše prijašnje krivičnoprocesno zakonodavstvo, instancioni sudovi su se usled pogrešne prakse nižestepenih sudova još davno izjasnili da nepostupanje po ovoj odredbi predstavlja povredu zakona (Vrhovni sud Srbije Kž. 1767/71 od 23.07.1971. godine), odnosno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka (Stav Krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Vojvodine od 02.07.1979. godine). Videti: Вуковић Ш., Недић Д., *Припучник за практичну примену Законика о кривичном поступку - Са судском праксом, објашњењима, обрасцима и регистром појмова*, Савремена администрација, Београд, 2002, str. 286; Јекић З., Даниђ Р., *Кривично процесно право*, Димитрије Давидовић А.Д., Смедерево, 2005, str. 377.

[13] Šeparović, Z., "Sustav krivičnih sankcija u novom krivičnom zakonodavstvu Jugoslavije", Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, 1977, str. 208.

nosti? Domaći sudovi[14] smatraju da je dovoljna psihička zavisnost.[15] Tako, u presudi Okružnog suda u Novom Sadu K-744/07 od 17.01.2008. godine, kojom je okrivljenom između ostalog izrečena i mera bezbednosti iz čl. 83 KZ, navedeno je: "To što je u međuvremenu, tokom boravka u pritvoru, prestala fizička zavisnost i potreba za medikamentoznim lečenjem, nikako ne znači i da je lečenje završeno, već da je završena samo jedna faza, i da tek predstoji druga faza lečenja, *lečenje od psihičke zavisnosti*, koja faza traje znatno duže" (naš kurziv).[16] Takva stanovišta nalazimo i u praksi Vrhovnog suda Srbije.[17]

Sa ovim uslov blisko je vezano pitanje uračunljivosti zavisnika. Ona se može kretati od pune uračunljivosti, preko smanjene uračunljivosti, bitno smanjene uračunljivosti pa do neuračunljivosti.[18] Od toga zavisi i izbor konkretne medicinske mere bezbednosti. Naime, mere bezbednosti koje se odnose na lečenje narkomana i alkoholičara iz čl. 83 i 84 KZ nije moguće izreći ukoliko je zavisni učinilac u vreme izvršenja krivičnog dela bio neuračunljiv, izuzev ako je u konkretnom slučaju moguća konstrukcija skrivljene neuračunljivosti (*actiones liberae in causae*).[19] U tom pravcu govori i odluka Opštinskog suda u Novom Pazaru Kž. br. 343/07 od 27.08.2007. godine.[20] Ukoliko se ne radi o toj situaciji, mogla bi se pod uslovima iz čl. 81 i 82 KZ izreći neka od psihijatrijskih mera bezbednosti.

Upitno je i da li se mere bezbednosti lečenja zavisnika mogu izreći i onim zavisnicima čija je uračunljivost *tempore criminis* bila bitno smanjena. Naime, KZ bitno smanjenu uračunljivost (pored neuračunljivosti) navodi samo kao uslov za izricanje mera bezbednosti psihijatrijskog lečenja. Imajući u vidu da je bitno smanjena uračunljivost pravno relevantni oblik uračunljivosti, načelno treba prihvatiti da se mere bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ mogu izreći i bitno smanjeno uračunljivim zavisnicima.

---

[14] Na tom stanovištu stoji i inostrana doktrina. Videti: Lackner K., Kühl K., StGB – *Strafgesetzbuch: Kommentar*, C.H. Beck, München, 2011, str. 453; Streng F., *Strafrechtliche Sanktionen*: *Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Kohlhammer, Stuttgart, 2002, strp. 179. Sličan stav nalazimo i kod prof. Riklin-a koji alkoholnu, odnosno narkotičku zavisnost/ sklonost (*Trunk-Rauschgiftsüchtigkeit*), kao uslov za izricanje mere bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana iz KZ Švajcarske, prosto objašnjava kao nemogućnost učinioca da se svojom snagom odupre opojnim sredstvima, što ne predstavlja ništa drugo do psihičku zavisnost. Videti: Riklin F., *Strafrecht: Allgemeiner Teil II: Sanktionensystem*, Universität Freiburg, 2000/2001, стр. 53 (http://www.unifr.ch/lman, pristup 20.04.2008.).

[15] Kritički o tome: Дракић Д, "Мере безбедности обавезног лечења наркомана и алкохоличара према новом Кривичном законику Србије", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* бр. 1-2/2008, str. 616-617.

[16] Navedeno prema: Ђоровић Е., op.cit., str. 146.

[17] "Okolnosti koje se ponavljaju u žalbi, a što je već cenjeno u prvostepenoj presudi, da je, tokom boravka u pritvoru, prestala fizička zavisnost, ne utiču na zakonitost i pravilnost izrečene mere bezbednosti" (Vrhovni sud Srbije, Kž-I 327/04 od 06.06.2005. godine). Navedeno prema: Ђоровић Е., op.cit., str. 120.

[18] Видети о томе: Hudolin V., "Alkoholizam i uračunljivost", U: R. Turčin, V. Rogina (ur.), *Savjetovanje o forenzičkoj psihijatriji*, Bolnica za duševne bolesti Vrapče, Zagreb, 1964, str. 92; Ковачевић Р., *Форензичка психијатрија*, Правни факултет у Бањој Луци, Београд, 2000, str. 176; Ђоровић Е., op.cit., str. 133-138.

[19] Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2012, str. 319, 321.

[20] O toj odluci videti: Ђоровић Е., op.cit., str. 219-220.

Na toj liniji je i domaća sudska praksa, ali se može javiti problem razgraničenja ovih dveju vrsta medicinskih mera bezbednosti.[21]

b) Drugi uslov za izricanje mera bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ jeste veza, tj. kauzalitet između učinjenog krivičnog dela i zavisnosti. Ovaj uslov znači da je učinilac izvršio krivično delo "učinio usled zavisnosti" od opojnih droga/ alkohola.

Za ispunjenost ovog uslova nije nužno da je učinilac u vreme izvršenja dela bio pod uticajem opojne droge odnosno alkohola. Uslov veze između krivičnog dela i zavisnosti biće ispunjen i ukoliko je krivično delo učinjeno usled odgovarajućih prilika u kojima se zavisnik može naći kada nije pod dejstvom supstance, kao na primer za vreme apstinencijalne krize, straha od nje, odnosno za vreme intenzivne psihičke potrebe za supstancom. S tim u vezi Okružni sud u Beogradu je u presudi K-171/02 od 25.04.2002. godine[22] naveo da nije od značaja činjenica da li je optuženi drogu konzumirao pre vršenja krivičnih dela ili posle toga, odnosno da u momentu vršenja krivičnih dela uopšte nije bio pod uticajem droge. Ili, presudom Okružnog suda u Novom Sadu K-22/99 od 03.06.1999. godine okrivljenom je izrečena ranija mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana, a isti je u vreme izvršenja krivičnih dela (razbojništva i prevare) bio u apstinencijalnoj krizi zbog čega je konzumirao tablete "Bensedin". U ovom predmetu veštak psihijatar se izjasnio da je kod okrivljenog postojao stalni strah da će ostati bez sredstava za kupovinu droge. Pored toga, sam okrivljeni je u svojoj odbrani naveo da je prevare vršio svesno i ciljno pošto nije imao drugih načina da dođe do novca.[23]

Ovaj uslov će, svakako, biti ispunjen i ukoliko je neki zavisnik učinio krivično delo dok je bio pod dejstvom supstance. U tom pravcu govori i presuda Okružnog suda u Novom Sadu K-62/90 od 12.09.1990. godine, kojom je sud utvrdio da je okrivljena alkoholičarka, koja se u trenutku izvršenja krivičnog dela "nalazila u alkoholisanom stanju sa visokom koncentracijom alkohola u krvi, ali s obzirom da se radi o osobi koja je navikla na alkohol, može se objasniti njeno ponašanje koje u izvesnoj meri ima mere pragmatičnosti, to znači da alkoholisanost nije značajno remetila njenu sposobnost shvatanja dela, ali je značajno uticala na kontrolu ponašanja".[24]

Prilikom utvrđivanja ovog uslova sudovi moraju obazrivo postupati iz razloga što zavisnika karakteriše specifičan način života, s obzirom da su oni nemarni i prema sebi, ali i prema svojoj okolini i društvu uopšte. Zbog toga bi se gotovo svaka devijacija u ponašanju zavisnika mogla dovesti u vezu sa njegovom bolešću. Međutim, kada je reč o uslovu kauzaliteta između dela i zavisnosti ova veza mora biti jačeg intenziteta, što znači da krivično delo treba da "ima svoje korene u alkoholizmu ili narkomaniji",[25] odnosno da je simptom te zavisnosti.[26]

---

[21] O tome detaljno: Ibid., str. 138-141.

[22] Navedeno prema: Božilović G. *Mera bezbednosti – obavezno lečenje alkoholičara i narkomana*, U: Materijali sa stručnog seminara iz krivičnog i građanskog prava, Projuris, Kragujevac, 2006, стр. 60.

[23] Navedeno prema: Ђоровић Е., op.cit., str. 244.

[24] Navedeno prema: Ђоровић Е., op.cit., str. 239.

[25] Lackner K., Kühl K., op.cit., str. 453.

[26] Kako kaže *Streng* krivično delo treba da je "simptom sklonosti učinioca ka zloupotrebi alkohola ili opojnih sredstava". Streng F., op.cit., str. 179.

c) Postojanje "ozbiljne opasnosti" ponavljanja krivičnog dela je treći uslov koji mora biti ispunjen da bi se izrekle mere bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ. Po svojoj prirodi ovaj uslov je prognostičkog karaktera, jer se tiče mogućnosti (verovatnoće) budućeg kriminalnog ponašanja učinioca. Naš zakonodavac pri tome ne misli na bilo koju opasnost budućeg vršenja krivičnih dela. Izrazom "ozbiljna" zakonodavac je nastojao da precizira ovaj inače neprecizan (prognostički) uslov, koji je prisutan ne samo kod mera bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ, već i kod psihijatrijskih mera bezbednosti iz čl. 81 i 82 KZ. U tom smislu ozbiljna opasnost treba da ukaže na postojanje visokog stepena verovatnoće da će učinilac ponoviti krivično delo.[27] I u inostranoj teoriji se povodom ovog uslova kod sličnih mera bezbednosti insistira na većem stepenu verovatnoće budućeg vršenja krivičnih dela, što znači da za njegovo postojanje nije dovoljna obična mogućnost.[28]

Napori zakonodavca i teoretičara da se uslov budućeg vršenja krivičnih dela preciznije definiše zaslužuju svaku pohvalu. Međutim, pitanje je koliko se precizno gradacija opasnosti (obična opasnost, visok stepen opasnosti i sl.) može izvršiti u krivičnom postupku? Na ovo pitanje neki autori daju negativan odgovor iz razloga što smatraju da ne postoje pouzdane metode "koje bi mogle ‹›predskazati›› buduće ponašanje individue".[29] Nepostojanje adekvatnih kriterijuma (metoda) za utvrđivanje ovog uslova ima za posledicu intuitivno i proizvoljno postupanju sudova prilikom njegovog utvrđivanja.[30] Izneti stav se može pojasniti odgovarajućim primerima iz prakse. Tako, presudom Okružnog suda u Novom Sadu K-690/06 od 22.02.2007. godine okrivljenoj je izrečena mera bezbednosti iz čl. 83 KZ iz sledećih razloga: "Imajući u vidu nalaz veštaka medicinske struke, te činjenicu da je okrivljena P.B. do sada u više navrata prekidala sa konzumiranjem opojnih droga, pa ponovo recidivirala i da nije u stanju da postigne trajnu apstinenciju sud je okrivljenoj B. izrekao meru bezbednosti obaveznog lečenja narkomana". Ili, presudom istog suda, K-482/06 od 28.12.2007. godine, sud je obrazlažući meru iz čl. 83 KZ naveo: "Naime, sud nalazi da dalje lečenje od bolesti zavisnosti okrivljenog više nije samo stvar samog okrivljenog i njegove dobre volje, već je interes društva da se otklone uzroci od kojih je okrivljeni i počinio krivično delo". Iz navedenih presuda se vidi proizvoljnost sudova prilikom izricanja predmetnih mera bezbednosti. Sudovi koriste odgovarajuće floskule ("..lečenje od bolesti zavisnosti okrivljenog više nije samo stvar samog okrivljenog..."), odnosno govore o odgovarajućim prilikama u kojima se zavisnik nalazio ("...da je okrivljena P.B. do sada u više navrata prekidala sa konzumiranjem opojnih droga, pa ponovo recidivirala i da nije u stanju da postigne trajnu apstinenciju..."). No, nisu retki ni slučajevi (štaviše vrlo su česti) da sudovi obrazlažu predmetne mere bezbednosti pukim citiranjem ili, pak, parafraziranjem odredaba KZ kojima su one regulisane.

---

[27] Стојановић З., op.cit., str. 315.

[28] Videti: Streng, F., op.cit., str. 182. Videti i shvatanja Tröndle-a i Fischer-a navedena u: Дракић, Д., "'Друштвена опасност' учиниоца и кривично право, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2007, str. 316.

[29] Дракић Д., "Мере безбедности обавезног лечења наркомана и алкохоличара према новом Кривичном законику Србије", op.cit., str. 618.

[30] Дракић, Д., "'Друштвена опасност' учиниоца и кривично право", op.cit., str. 316.

Kada je reč o uslovu ozbiljne opasnosti budućeg vršenja krivičnih dela, primetno je da sudovi u praksi često "prebacuju loptu" na veštake, tražeći da se oni izričito izjasne o njegovom postojanju. Tako, u presudi Vrhovnog suda Srbije Kž. I 922/07 od 30.05.2007. godine je navedeno da je prvostepeni sud pravilno postupio kada je izrekao predmetnu meru bezbednosti, te je u prilog tome naveo: "Ovo sa razloga, što je *od strane veštaka dr S.P. utvrđeno* da je krivično delo izvršio usled stalne upotrebe opojnih droga i sebe doveo u stanje zavisnosti kao i *da postoji osobita opasnost* da usled ovakve zavisnosti može ponoviti neko krivično delo...".[31] Postojanje ozbiljne opasnosti daljeg vršenja krivičnih dela *trebalo bi da utvrdi sud*, a ne veštak, s tim da veštak može za te potrebe pružiti sudu vrlo korisne informacije, kao na primer informacije o stepenu zavisnosti, mogućnosti samostalnog uspostavljanja apstinencije, recidivu u konzumiranju, o izgledima lečenja i sl., koje zajedno sa drugim činjenicama koje se odnose na učinioca (zaposlenost, imovno stanje, ranije vršenje krivičnih dela i sl.) čine "građu" na osnovu koje sud izvodi zaključak o postojanju ozbiljne opasnosti daljeg vršenja krivičnih dela.

IV

U pogledu trajanja predmetnih mera bezbednosti naš zakonodavac je prihvatio sistem relativno neodređenog trajanja. U osnovi, ove mere traju onoliko dugo koliko postoji potreba za lečenjem zavisnog učinioca. Međutim, zakonodavac je limitirao maksimum njihovog trajanja, s tim da je predvideo različita rešenja u zavisnosti od toga da li je reč o meri bezbednosti obaveznog lečenja narkomana, odnosno meri bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara, kao i s obzirom na to da li je neka od ovih mera izrečena uz kaznu zatvora ili ne.

Tako, mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana, ukoliko je izrečena uz kaznu zatvora, traje dok postoji potreba za lečenjem, ali ne duže od tri godine. U ovoj situaciji mera može trajati duže od izrečene kazne zatvora, ali njeno ukupno trajanje ne može biti duže od tri godine (čl. 83 st. 2 i 3). Mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara, ukoliko je izrečena uz kaznu zatvora, takođe traje dok postoji potreba za lečenjem, ali ne duže od izrečene kazne zatvora (čl. 84 st. 2). Prema tome, radi se o sasvim drugačijem rešenju u odnosu na prethodnu meru bezbednosti. Kod mere bezbednosti iz čl. 84 njeno trajanje je u potpunosti uslovljeno trajanjem izrečene zatvorske kazne. Nije ni od značaja da li je ista izrečena uz kratkotrajnu, ili, pak, dugotrajnu kaznu lišenja slobode.

Maksimalna dužina trajanja predmetnih mera bezbednosti je limitirana i ukoliko su one izrečene uz novčanu kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu i u slučaju oslobođenja od kazne. U ovoj situaciji mera bezbednosti iz čl. 83 ne može trajati duže od tri godine (čl. 83 st. 5), a mera iz čl. 84 ne duže od dve godine (čl. 84 st. 4).

Ovde se može postaviti jedno principijelno pitanje: zašto je zakonodavac na različit način regulisao trajanje ovih mera bezbednosti? I u jednom i u drugom slučaju

[31] Navedeno prema: Ђоровић Е., op.cit., str. 144.

su u pitanju zavisnici od psihoaktivnih supstanci, tako da je nejasno zašto je trajanje njihovog lečenja različito regulisano.

V

Mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara su *dopunskog karaktera*, što znači da se nikada ne izriču samostalno. One se prema odredbi čl. 80 st. 4 KZ izriču uz kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu ili ukoliko je učinilac oslobođen od kazne.[32]

Ukoliko su izrečene uz kaznu zatvora, predmetne mere se izvršavaju u zavodu za izvršenje kazne, odnosno u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi (čl. 83 st. 2 i čl. 84 st. 2 KZ). Prema odredbi čl. 13 ZIKS-a ove mere bezbednosti se izvršavaju specijalnoj zatvorskoj bolnici. ZIKS prihvata tzv. *vikarijski sistem*, jer se prvo izvršavaju mere bezbednosti, a potom se učinilac upućuje na izdržavanje kazne zatvora (čl. 207 ZIKS-a). Ipak, s obzirom da specijalna zatvorska bolnica predstavlja zatvorsku ustanovu, onda osuđeni za vreme izvršavanja neke od ovih mera ujedno izdržava i kaznu zatvora. Zato se osuđeni po izvršenju mera bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ ne "upućuje" u pravom smislu reči na izdržavanje zatvorske kazne, već se "premešta" iz specijalne zatvorske bolnice, kao jedne zatvorske ustanove, u neku drugu.[33]

Međutim, ako se uzme u obzir da u Srbiji postoji samo jedna specijalna zatvorska bolnica, zatim njena zakonom ustanovljena nadležnost,[34] može se pretpostaviti da izvršenje mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara u praksi može biti veoma otežano usled preopterećenosti njenih kapaciteta. Zato je dobro što je KZ propisao da se ove mere bezbednosti mogu izvršiti i u zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi. U tom kontekstu treba razumeti i odredbu čl. 205 st. 2 ZIKS-a u kojoj stoji da će se lice prema kojem je izrečena neka od mera bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ uputiti na njihovo izvršenje u skladu sa propisom ministra nadležnog za poslove pravosuđa. U tom smislu u ovom propisu bi se morale navesti i druge ustanove u kojima se predmetne mere mogu još izvršavati.[35] Jedino u slučaju da se neka od ovih mera bez-

[32] Ni prema prijašnjoj regulativi (OKZ/ KZJ) ove mere bezbednosti nisu mogle biti izrečene samostalno, ali smo naišli na jedan primer gde je mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana iz čl. 65 OKZ izrečena samostalno. Radi se o rešenju Opštinskog suda u Novom Pazaru K-534/02 od 17.06.2003. godine. U ovom slučaju tužilac je na pretresu odustao od gonjenja, ali je predložio da se okrivljenom izrekne mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana iz čl. 65 OKZ, pa je sud navedenim rešenjem i udovoljio tom predlogu.

[33] Prema čl. 130 ZIKS-a do premeštaja osuđenog iz jednog zavoda u drugi može doći, između ostalog, i kada je to opravdano zbog sprovođenja programa postupanja.

[34] Pored izvršenja mera bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ, ona je namenjena lečenju osuđenih i pritvorenih lica kao i izvršenju psihijatrijskih mera bezbednosti.

[35] U tom kontekstu je od značaja Uredba o planu mreže zdravstvenih ustanova (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 42/2006, 119/2007, 84/2008, 71/2009, 85/2009, 24/2010, 6/2012, 37/2012, 8/2014). U odredbi čl. 27 iste je propisano: "Bolničko lečenje obolelih od psihijatrijskih bolesti koristi se do 3.250 bolničkih postelja u specijalnim bolnicama u: Novom Kneževcu, Vršcu, Kovinu i Gornjoj Toponici i u delu Klinike za psihijatrijske bolesti 'Dr Laza Lazarević' u Beogradu. U okviru bolničkih postelja iz stava 1. ovog člana, do 1.500 postelja koristiće se za zbrinjavanje i lečenje psihotičnih poremećaja u akutnoj fazi, *bolesti zavisnosti, za forenzičku psihijatriju, psihogerijatriju* i psihosocijalnu rehabilitaciju, a do 1750 postelja za hospitalizaciju pacijenata obolelih od hroničnih psihijatrijskih bolesti".

bednosti izvršava u zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi, radiće se, kada je osuđenom ostao još deo zatvora, o njegovom "upućivanju" na izvršenje preostalog dela te kazne u pravom smislu reči, a na osnovu čl. 207 ZIKS-a. Inače, zakonska formulacija "zdravstvena ili druga specijalizovana ustanova" je poprilično konfuzna. Naime, pošto se radi o merama lečenja, logično je da se lečenje sprovodi u zdravstvenim ustanovama. Šta su onda to "druge specijalizovane ustanove"? Inače, vreme provedeno u ustanovi za lečenje uračunava se u izrečenu kaznu zatvora (čl. 83 st. 4 i 84 st. 3 KZ).

S obzirom da je trajanje ovih mere bezbednosti regulisano po sistemu relativno neodređenog trajanja, ZIKS u čl. 206 propisuje i to da ustanova u kojoj se one izvršavaju obaveštava nadležni sud najmanje jednom u šest meseci o njihovom izvršavanju, kao i o završetku lečenja.

Ukoliko su predmetne mere bezbednosti izrečene uz novčanu kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu ili oslobođenje od kazne, one se izvršavaju na slobodi (čl. 83 st. 5 i čl. 84 st. 4 KZ). Primetno je, međutim, da se u čl. 83 i 84 KZ ne spominju kazne rada u javnom interesu i oduzimanje vozačke dozvole, tako da se uz iste predmetne mere bezbednosti ne mogu izreći. Čini se da bi bilo opravdano da postoji i mogućnost njihovog izricanja uz rad u javnom interesu. KZ u čl. 83 st. 6 i 84 st. 5 propisuje da će sud odrediti da se mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana, odnosno alkoholičara prinudno izvrši u zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi ako se učinilac bez opravdanog razloga ne podvrgne lečenju ili lečenje samovoljno napusti. U tom segmentu ZKP nije kompatibilan sa KZ-om. Naime, ZKP u čl. 534 st. 1 propisuje da sud može odlučiti, ako je uslovnom osudom naloženo lečenje na slobodi, a osuđeni se lečenju ne podvrgne ili ga samovoljno napusti, da uslovnu osudu opozove ili narediti da se prinudno izvršenje mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara prinudno izvrši u zdravstvenoj ustanovi ili drugoj specijalizovanoj ustanovi. Međutim, KZ ne predviđa mogućnost opoziva uslovne osude u ovoj situaciji. Iz toga proizilazi sledeće pitanje: da li će se onda, u slučaju opoziva uslovne osude, nastaviti sa izvršenjem ovih mera bezbednosti? Ovakva situacija je vrlo problematična, jer je u smislu odredaba KZ-a sud izrekao lečenje na slobodi.

Dalje, KZ ne propisuje ni koliko najduže može trajati prinudno lečenje u zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi. Imajući u vidu da je sud izrekao lečenje na slobodi, ovo bi moralo biti izričito regulisano, jer prinudno lečenje predstavlja oblik lišenja slobode. Takođe, u našem zakonodavstvu nije predviđen ni period u kojem se vrši kontrola potrebe daljeg trajanja ovih mera ukoliko se one izvršavaju na slobodi, što takođe predstavlja ozbiljan propust. Prethodno spomenuta odredba čl. 206 ZIKS-a se očigledno odnosi na situaciju kada su predmetne mere bezbednosti izrečene uz kaznu zatvora.

Inače, imajući u vidu da je po sredi lečenje na slobodi, ovaj vid izvršenja bi trebao da bude regulisan Zakonom o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera,[36] jer se tim Zakonom, kako stoji u njegovom čl. 1, regulišu postupci izvršenja sankcija i mera koje se "izvršavaju u zajednici".

Pored navedenog ZMUKD propisuje da se mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana odnosno alkoholičara mogu se izreći i maloletnim učiniocima uz

[36] Službeni glasnik Republike Srbije, br. 55/2014.

kaznu maloletničkog zatvora ili uz vaspitne mere, izuzev vaspitnih mera upozorenja i usmeravanja (čl. 39 st. 1 i 2 i čl. 40 ZM). Međutim, ni KZ ni ZMUKD ne predviđaju na koji način će se sprovesti lečenje.

VI

Imajući u vidu navedeno, postojeću regulativu o merama bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara iz čl. 83 i 84 KZ valjalo bi izmeniti. Pre svega, potrebno je objediniti tretman prema svim kategorijama zavisnika. U tom kontekstu, objedinjena mera bezbednosti bi trebala da nosi naziv "Obavezno lečenje zavisnika", jer se njime stavlja naglasak na stvarni uzrok učiniočeve opasnosti.[37] Ovim bi ujedno bila otklonjena i sadašnja zakonodavčeva neprincipijelnost koja se odnosi na različito trajanje ovih dveju mera bezbednosti.

Drugo, trebalo bi propisati kao mogućnost i izricanja te "jedinstvene" mere bezbednosti uz rad u javnom interesu. Kombinacija "lečenja sa radnim tretmanom", barem teorijski, deluje kao primamljivo rešenje.

Treće, kako naši pozitivnopravni propisi ne uređuju postupak izvršenja postojećih mera bezbednosti kada se one izvršavaju na slobodi to bi isto trebalo detaljno urediti. Pre svega, morala bi se otkloniti mogućnost opoziva uslovne osude ukoliko se osuđeni ne podvrgne lečenju kako to sada propisuje ZKP. Pored toga, bilo bi korisno da se razdvoji "hospitalno" od "ambulantnog" lečenja kao što je to kod psihijatrijskih mera bezbednosti. "Hospitalno" lečenje bi se sprovodilo uz neku institucionalnu krivičnu sankciju, pre svega kaznu zatvora (eventualno maloletničkog zatvora i upućivanja u vaspitno-popravni dom). Lečenje na slobodi bi se odnosilo na slučajeve kada je mera bezbednosti izrečena uz novčanu kaznu, rad u javnom interesu, mere upozorenja i oslobođenje od kazne. Nepodvrgavanje lečenju na slobodi bez opravdanih razloga ili njegovo samovoljno napuštanje, trebalo bi da vodi prinudnom izvršenju jedne ovakve mere bezbednosti. Ovako određeno prinudno lečenje moralo bi biti ograničeno. Pre svega, na osnovu postignutih rezultata u prinudnom lečenju,

[37] Treba ukazati da ima određenog smisla da se kao uslov za izricanje predmetne mere bezbednosti propiše i jedan uslov koji je inkompatibilan sa predloženim ali i postojećim nazivom predmetnih mera bezbednosti. U pitanju je uslov "spremnosti učinioca da se leči", što je inače bilo propisanu u čl. 65 KZJ (OKZ) u vezi sa izricanjem obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana uz uslovnu osudu. Naime, "obavezno lečenje" nikako ne ide uz "učiniočevu spremnost da se leči". Međutim, u literaturi se ističe da "lečenje od zavisnosti ima smisla samo ako je usledilo dobrovoljno". Tako: Kahl W., "Der Maßnahmenvollzug in *Österreich* - Darstellung der geltenden Rechtslage" In: *Behandlungs - und Nachsorgeeinrichtungen im* österreichischen *Straf - und Maßnahmenvollzug*, BM für Justiz, Mai 2005, str. 12. Istina, dobrovoljni tretman o kome je reč u citiranom tekstu je propisan odredbama izvršnog krivičnog prava, ali pomenuti autor ukazuje na njegovu prednost u odnosu na prinudno lečenje koje se sprovodi prema meri bezbednosti smeštaja u ustanovu za odvikavanje iz § 22 KZ Austrije. Inače, i u literaturi koja se bavi ljudskim pravima zavisnika se kaže da prinuda bilo koje vrste u lečenju ove populacije (znači nezavisno od toga da li je reč o sankciji ili ne - prim. E.Ć.) treba da bude zadnje sredstvo, te da se zavisniku i tada ostavi mogućnost da bira između više postojećih načina tretmana. Videti: Csete J., Pearshouse R., *Dependent on rights: Assessing Treatment of Drug Dependence from Human Rights Perspective*, Canadian HIV/AIDS Legal Network, str. 34. Da ne bi ulazili u problematiku koju smo nagovestili u ovoj fusnoti, treba ukazati da u zakonodavstvu Srbije postoje krivičnopravni okviri koji pružaju mogućnost za neku vrstu dobrovoljnog tretmana, od uslovne osude sa zaštitnim nadzorom, pa do odredaba o pravima osuđenika na zdravstvenu zaštitu iz čl.114 st. 8 i 9 ZIKS-a.

dalji tretman bi se ponovo mogao nastaviti na slobodi, a svakako bi trebalo propisati i koliko dugo ono iz "cuga" u ovom slučaju može trajati.

Kako ove mere bezbednosti predstavljaju *de facto* glavnu sankciju u slučajevima kada se izriču uz sudsku opomenu i oslobođenje od kazne, što znači da je tada njihova suplementarnost samo prividna, valjalo bi razmisliti i o propisivanju mogućnosti njihovog samostalnog izricanja.

Na kraju, osvrnućemo se na neka pitanja kojima se u ovom radu nismo bavili. Tako na primer, nije zgoreg razmotriti i opravdanost izricanja mere bezbednosti obaveznog lečenja zavisnika prema neuračunljivim licima,[38] ukoliko je sama bolest zavisnosti, ili neki sa njom povezani činilac (intoksikacija, apstinencijalna kriza) uzrok neuračunljivosti. Uz to bi se, ako bi ovaj predlog bio ocenjen kao prihvatljiv, propisala i mogućnost izricanja mere bezbednosti obaveznog lečenja zavisnika bitno smanjeno uračunljivim učiniocima, našta je delom ukazano u prijašnjim redovima ovog rada. Naravno, eventualno propisivanje ove mere za neuračunljive zavisnike, vodilo bi njenom samostalnom izricanju. Imajući u vidu da kod zavisnika mogu postojati i odgovarajući duševni poremećaji, čini se da ima opravdanja da se propiše i mogućnost kombinovanja mera bezbednosti koje se odnose na zavisnike i psihijatrijskih mera bezbednosti, u smislu da se, u skladu sa uspehom i potrebama lečenja, jedna vrsta lečenja zameni drugim.

A CRITICAL REVIEW OF THE LEGAL REGULATIONS OF SECURITY MEASURES OF COMPULSORY TREATMENT OF DRUG ADDICTS AND ALCOHOLICS IN THE CRIMINAL LAW OF SERBIA WITH PROPOSALS OF

DE LEGE FERENDA SOLUTIONS

Abstract: *This paper is critically analyzing the legal regulation of security measure of compulsory treatment of drug addicts and the security measure of compulsory treatment of alcoholics under art. 83 and 84 of the Criminal Code of Serbia. At the end of this paper, the author gives some de lege ferenda proposals.*

Keywords: *security measures, compulsory treatment of drug addicts, compulsory treatment of alcoholics.*

[38] Takva mogućnost je predviđena u § 64 KZ Nemačke, kod mere bezbednosti smaštaja u ustanovu za odvikavanje, a postojala je i prema § 54 KZ Kraljevine Jugoslavije kod mere bezbednosti upućivanja u zavod za lečenje pijanaca. U pogledu potonjeg videti: Аћимовић, М., Кривично право, Књига прва, Општи део, Градска штампарија, Суботица, 1937, str. 132.

Dr sc. Vedad Gurda, docent,
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

UVJETNI OTPUST KAO ALTERNATIVA SANKCIJAMA INSTITUCIONALNOG TIPA U KRIVIČNOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak: *Uvjetni otpust predstavlja izuzetno značajan institut krivičnog prava, kao i penološku i kriminalnopolitičku mjeru kojom se vrši dopunska individualizacija sankcija, te stimulira osuđeno lice da se dobro vlada i aktivno uključi u proces izvršenja iste. Osim toga, primjenom uvjetnog otpusta u savremenom dobu se nastoje riješiti i problemi prenapućenosti zatvora, ali i reducirati boravak takvih lica u institucijama zbog dobro poznatih nedostataka sankcija institucionalnog tipa. U domaćem pravu uvjetni otpust se može odobriti licima kojima je izrečena kazna zatvora, kazna maloljetničkog zatvora ili neka od zavodskih odgojnih mjera. U radu se analiziraju prednosti i nedostaci uvjetnog otpusta, njegova pravna priroda, pretpostavke (uvjeti) za primjenu istog, nadležni organi koji su ovlašteni za davanje uvjetnog otpusta, pitanje nadzora nad uvjetno otpuštenim licem, te opoziv uvjetnog otpusta. Autor posebno podvrgava kritici pozitivnopravna rješenja koja se odnose na uvjete za primjenu uvjetnog otpusta i nadležne organe koji su ovlašteni za davanje istog, te s tim u vezi nudi određene prijedloge de lege ferenda.*

Ključne riječi: *uvjetni otpust, kazna zatvora, kazna maloljetničkog zatvora, zavodske odgojne mjere*

Uvod

Uvjetni otpust spada u red onih instituta koji ne samo da imaju dugu tradiciju normativnog i praktičnog bitisanja, već su izuzetno široko prihvaćeni i u savremenom krivičnom pravu. Pod pojmom uvjetnog otpusta u domaćoj literaturi se tradicionalno razumijeva(lo) *uvjetno puštanje osuđene osobe sa izdržavanja kazne zatvora na slobodu, uz ispunjenje određenih zakonskih pretpostavki, te poštivanje određenih*

obaveza tokom boravka na slobodi.[1] Takvo pojmovno određenje je sasvim razumljivo imajući u vidu činjenicu da je baš kao i u uporednom, tako i u domaćem pravu primjena uvjetnog otpusta prevashodno vezana za proces izvršenja kazne zatvora. Međutim, domicilni zakonodavci su u skorije vrijeme otvorili perspektive primjene ovog instituta i kod *zavodskih odgojnih mjera* kao samosvojnih maloljetničkih krivičnih sankcija, tako da se konsekventno tome javlja i potreba za redefiniranjem tradicionalnog pojmovnog određenja ovog instituta. Na tragu tih promjena uvjetni otpust bi se mogao definirati kao *uvjetno puštanje na slobodu osuđene osobe iz institucije u koju je smještana na osnovu odluke o izricanju određene krivične sankcije,* naravno uz ispunjenje određenih zakonskih pretpostavki, te poštivanje određenih obaveza tokom boravka na slobodi.

Pri tome, imajući u vidu da se spomenute zavodske odgojne mjere (po svojoj svrsi i kategoriji učinitelja kojima se izriču) razlikuju od zatvorskih kazni općeg krivičnog prava, sasvim je razumljivo da su pojedini elementi uvjetnog otpusta kod njih drugačije uređeni u odnosu na uvjetno otpuštanje odraslih zatvorenika. Štaviše, iz istih (ili sličnih) razloga u domaćem zakonodavstvu su različito uređena i određena pitanja vezana za primjenu uvjetnog otpusta kod kazne maloljetničkog zatvora u odnosu na kazne lišenja slobode punoljetnih učinitelja krivičnih djela. Pa premda se u osnovi radi o jednom institutu, imajući u vidu spomenute razlike vezane za vrstu sankcija povodom kojih dolazi do njegove primjene, može se govoriti o tri modaliteta uvjetnog otpusta: a) uvjetni otpust kod kazni zatvora, b) uvjetni otpust kod maloljetničkog zatvora i c) uvjetni otpust kod zavodskih odgojnih mjera.

1. Uvjetni otpust sa izdržavanja kazne zatvora

Uvjetno otpuštanje osoba na izdržavanju kazne zatvora javlja se tokom XIX vijeka sa pojavom *progresivnog sistema zatvaranja.*[2] Temelji se na idejama rehabilitacije i popravljanja zatvorenika, u skladu sa kojima se smatralo da osobu koja se je tokom boravka u odgovarajućoj instituciji na izdržavanju kazne zatvora popravila i primjereno ponašala vrijedi "nagraditi" ranijim puštanjem na slobodu. Predmetni institut u našoj zemlji prvi put je normiran Naredbom Zemaljske vlade za Bosnu i Hercegovinu br. 63777/III o upravljanju kaznionicom u Zenici iz 1887., a shodno kojoj je osuđeno lice moglo biti uvjetno pušteno ako je: a) izdržalo ¾ kazne, a minimalno jednu godinu, b) do tada dospjelo u III stadij izvršenja kazne, te c) svojim ponašanjem ispunilo nadu za poboljšanjem (par. 18 Naredbe).[3] Tokom budućih novela

[1] Petrović, B., Ferhatović, A., *Uvjetni otpust u savremenom krivičnom zakonodavstvu,* Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LVI, 2013., str. 90; Babić, M., Marković, I., *Krivično pravo opšti dio (četvrto izmijenjeno izdanje),* Pravni fakultet u Banja Luci, Banja Luka, 2013., str. 323

[2] Babić, M., Marković, I., *op. cit.,* str. 323, Damjanović, I., Kokić - Puce, Z., Klarić - Baranović, S., *Uvjetni otpust s izdržavanja kazne zatvora (od 1998. do 2002.),* Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 11, br. 2/2004, str. 868

[3] Ovakva kreacija pretpostavki za primjenu uvjetnog otpusta svoje idejno ishodište imala je u irskom progresivnom sistemu, koji je zagovarala tadašnja austro-ugarska vlast na prostoru bivše Jugoslavije, a prva kaznionica u našoj zemlji u kojoj je način rada bio prilagođen spomenutom sistemu bila je upravo kaznionica u Zenici. O tome više u: Sijerčić-Čolić, H., Vranj, V., *Uvod u penologiju i izvršno krivično pravo Bosne i Hercegovine,* Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2011., str. 98-99.

referentnog normativnog okvira mijenjali su se uvjeti za njegovu primjenu, nadležni organi koji odlučuju o istom, no sam institut uvjetnog otpusta opstao je do današnjih dana zahvaljujući određenim prednostima i potencijalima koje sa sobom nosi.

On prije svega predstavlja značajan instrument resocijalizacije zatvorenika, jer se osuđeno lice kroz svojevrsni sistem nagrađivanja stimulira da promjeni svoj odnos prema socijalnoj zbilji, razvija radne navike i zalaže se na radu, u specifičnom okruženju uvažava potrebe i interese drugih, te slijedi i druge društveno prihvatljive obrasce ponašanja kako bi zavrijedilo prijevremeno puštanje na slobodu. Osim toga, nesporno je da odobravanje uvjetnog otpusta određenom osuđenom licu stimulativno djeluje i na druge osuđenike da se primjereno ponašaju u kaznenopopravnim ustanovama kako bi sebi priskrbile mogućnost ranijeg puštanja iz zatvora.

Uvjetni otpust je i specifični korektiv sudskom odmjeravanju kazne, te sredstvo za kvalitetniju individualizaciju tretmana i ostvarivanje svrhe kažnjavanja. Naime, bez obzira koliko su široke normativne i stvarne mogućnosti koje stoje na raspolaganju sudu prilikom odmjeravanja kazne, on, ipak, često nije u mogućnosti da odredi precizno i tačno vrijeme unutar kojeg bi se mogla ostvariti svrha njenog izricanja i izvršenja, odnosno da u konkretnom slučaju odredi potpuno adekvatnu mjeru kazne. Znatno kvalitetniju procjenu moguće je dati nakon što se započelo sa procesom njenog izvršenja, te u tom smislu uvjetni otpust predstavlja pogodno sredstvo za određivanje optimalnog temporalnog okvira trajanja kazne.[4]

Također, nesporna je činjenica da nagli prelaz iz kontroliranog zavodskog ambijenta (unutar kojeg je osuđenik bio pod nadzorom i imao konstantnu pomoć stručnih lica) u otvorenu socijalnu sredinu (zajednicu), nosi sa sobom mnoštvo izazova vezanih za pozitivnu adaptaciju i snalaženje osuđenika u "liberalnom" okruženju, tako da uvjetni otpust koji je popraćen zaštitnim nadzorom može imati i učinak djelotvorne postpenalne mjere.[5]

Dodatno, baš kao i ranije, tako i u savremenom dobu mnoge zemlje se iz različitih razloga susreću sa problemom tzv. *prenapućenosti zatvora,* odnosno nedostatkom zavodskih kapaciteta, a jedan od značajnijih načina u rješavanju tog problema jeste i povećana primjena uvjetnog otpusta, ali i drugih formi prijevremenog puštanja osuđenika.[6]

---

[4] Tulić, A. *Institut uslovnog otpusta u krivičnom zakonodavstvu u BiH – pro et contra,* Godišnjak Pravnog fakulteta, Istočno Sarajevo, 1/2013, str. 88-90.

[5] Vranj, V., *Alternativne mjere i sankcije u krivičnom zakonodavstvu i praksi u Bosni i Hercegovini,* Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2009., str. 100.

[6] U modernom dobu problem insuficijencije zavodskih kapaciteta, odnosno prenapućenosti zatvora se nastoji riješiti na dva načina. Prvi način koji podrazumijeva primjenu mjera izbjegavanja krivičnog postupka ili izricanje sankcija vaninstitucionalnog tipa kako bi se izbjegla mogućnost da optužene/osuđene osobe uopće budu smještene u zavod (zatvor), u literaturi se označava kao "strategija prednjih vrata" (*front door strategy*), dok drugi pristup koji se imenuje kao "strategija zadnjih vrata" (*back door strategy*) obuhvata primjenu različitih (krivično)pravnih i penoloških instrumenata koji trebaju doprinijeti smanjenju dužine boravka u zatvoru, a što uključuje primjenu uvjetnog otpusta, ali i drugih mehanizama ranijeg puštanja. Uporedi: Maloić, S., Ricijaš, N., Rajić, S., *Povijesni razvoj i modeli ranijeg otpusta zatvorenika: značaj za aktualnu hrvatsku kaznenopravnu praksu,* Kriminologija i socijalna integracija, vol. 20, br. 2, 2012, str. 34

Pri tome, prethodno spomenuti problem je u stvari samo jedan segment znatno šireg narativa koji se u modernom krivičnopravnom diskursu označava kao "kriza zatvora" ili preciznije kazano kao kriza tradicionalne politike suprotstavljanja kriminalitetu zasnovane na dominantnoj primjeni kazne zatvora. Predmetni narativ temelji se na spoznaji da kazna zatvora premda predstavlja sankciju koja posjeduje značajne kriminalnopolitičke potencijale, ima i mnoge slabosti (zatvaranje se negativno odražava na mentalno zdravlje osuđenika, dovodi do stigmatizacije osuđenih osoba, može uzrokovati gubitak zaposlenja i socijalnih kontakata, troškovi izvršenja kazne zatvora znatno su veći nego kada je riječ o sankcijama vaninstitucionalnog tipa),[7] te se kada god je to svrsishodno i kriminalnopolitički opravdano zagovara široka primjena alternativnih mjera i sankcija, odnosno "mjera i sankcija koje se izvršavaju u zajednici" (izvan zavoda/zatvora), a jedna od tih mjera kojom se nastoje (bar) ublažiti negativni efekti zatvaranja jeste i uvjetni otpust.[8]

Navedeni pristup kao savremena strategija suprotstavljanja kriminalitetu dobio je svoju zvaničnu potvrdu usvajanjem nekih međunarodnih i supranacionalnih dokumenata, poput *Standardnih minimalnih pravila UN-a o primjeni nezatvorskih mjera (Tokijska pravila) iz 1990., Evropskih pravila o mjerama i sankcijama koje se služe u zajednici (rec (92) 16), Preporuke Vijeća Evrope o poboljšanju implementacije Evropskih pravila o mjerama i sankcijama koje se služe u zajednici (rec (2000) 22), te Preporuka Vijeća Evrope (rec (2003) 22) o uvjetnom otpustu* unutar kojih se u širokoj lepezi alternativnih mjera i sankcija, kao u modernom dobu preporučenog instrumentarija reagiranja na kriminalitet navodi i mjera uvjetnog otpusta.

1.1. Pravna priroda i pretpostavke za primjenu uvjetnog otpusta

Kada je riječ o pravnoj prirodi uvjetnog otpustu u teoriji je nedvojbeno da on ne predstavlja krivičnu sankciju, jer ne posjeduje neke od općih elemenata krivičnih sankcija.[9] Ne donosi se u krivičnom postupku, već po okončanju postupka u procesu izvršenja već izrečene krivične sankcije. U nekim pravnim sistemima (uključujući i naš) uvjetni otpust daje određeno administrativno tijelo, dok je izricanje krivičnih sankcija u isključivoj nadležnosti suda. Za razliku od krivičnih sankcija kojima se oduzimaju ili ograničavaju određena prava osuđenih lica ili im se stavlja u izgled mogućnost oduzimanja ili ograničenja tih prava, davanjem uvjetnog otpusta osuđeniku se *de facto* dodjeljuju određene privilegije i benefiti. Na kraju, dok se krivične sankcije izriču snagom sudskog autoriteta (prinudno), neovisno od volje, zahtjeva

[7] O nedostacima kazne zatvora vidi više u: Vranj, V., *op. cit.,* str. 25

[8] Ipak, treba istači kako uvjetni otpust ima i određene nedostatke. On je prije svega usmjeren kao resocijalizaciji učinitelja, dok su interesi žrtve krajnje marginalizirani. Također, ranim puštanjem osuđenika se potencijalno ugrožava sigurnost građana, te na određeni način minimiziraju napori suda vezani za odmjeravanje kazne itd. Uporedi: Soković, S., *Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rješenja,* Crimen, 1/2014, str. 35

[9] O općim elementima krivičnih sankcija vidi više u: Stojanović, Z., *Krivično pravo opšti dio (deseto izdanje),* IP Justinijan, Beograd, 2005., str. 285; Petrović, B., Jovašević, D., *Krivično/kazneno pravo Bosne i Hercegovine – opći dio,* Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005., str. 276

ili pristanka osuđenog lica, uvjetni otpust se može dati samo na zamolbu (zahtjev) osuđenika ili nekog drugog subjekta. Zbog svega navedenog uvjetni otpust se ubraja u red onih krivičnopravnih instrumenata koji se u modernoj literaturi označavaju kao *alternativne mjere,* odnosno *mjere sui generis*.[10] Pri tome, postoje svojevrsne kontraverze da li je to *krivičnopravna mjera*, jer na određeni način utječe na odmjeravanje kazne i suspenduje kaznu utvrđenu sudskom odlukom ili pak *penološki institut/mjera* koji predstavlja fazu izvršenja kazne zatvora, odnosno *kriminalnopolitička mjera* kojom se podstiče dobro vladanje osuđenih lica? Čini se da je ipak najprimjerenije na tragu eklektističkih koncepcija tvrditi da je riječ o samosvojnoj mjeri (institutu) koja ima svoju ne samo krivičnopravnu, već i penološku i kriminalnopolitičku dimenziju.[11]

Domicilni zakonodavci[12] davanje uvjetnog otpusta uvjetuju kumulativnim ispunjenjem dvije vrste pretpostavki: formalnih i materijalnih. *Formalne* su vezane za minimum vremena koju osuđeno lice mora provesti na izdržavanju zatvorske kazne da bi moglo biti uvjetno otpušteno, dok se *materijalne* odnose na ponašanje osuđenika u zavodu i njegova lična svojstva koja ukazuju da je ostvarena svrha kažnjavanja.

Odredbama čl. 44. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine[13] (u daljem tekstu: KZ BiH) je propisano da osuđeni na kaznu dugotrajnog zatvora može biti uvjetno otpušten nakon izdržane tri petine kazne, dok se osuđenom na kaznu zatvora uvjetni otpust može odobriti ako je izdržao jednu polovinu ili izuzetno jednu trećinu kazne.[14] Potonje rješenje koje otvara mogućnosti (istina izuzetne) primjene uvjetnog otpusta i *nakon samo jedne trećine izdržane kazne* čini se suspektnim i podložnim kritici iz više razloga. Prije svega, u zakonodavstvima mnogih evropskih zemalja procentualni dio kazne koja se mora izdržati da bi došlo do uvjetnog otpuštanja je (znatno) veći. U legislativi Austrije, Njemačke, Švicarske, Češke Republike, Francuske, Finske, Grčke, Mađarske, Italije, Poljske, Rusije, Španije[15] i Hrvatske[16] predmetna mjera se može primijeniti tek nakon izdržane jedne polovine kazne, s tim da u većini spomenutih zemalja učinitelji koji su osuđeni za teška krivična djela ili povratnici moraju

[10] Soković, S., *op. cit.* str. 38-39; Sijerčić-Čolić, H., Vranj, V., *op. cit.,* str. 158-159

[11] Jovanović, S., *Mogući pravci preispitivanja instituta uslovnog otpusta – s osvrtom na francuska rješenja,* Temida, 1/2003, str. 21

[12] Imajući u vidu da u Bosni i Hercegovini egzistiraju četiri krivična zakonodavstva: a) na nivou Bosne i Hercegovine, b) Federacije Bosne i Hercegovine, c) Republike Srpske, te d) Brčko Distrikta BiH, polaznu platformu za normativnu analizu predmetnog instituta činiti će krivično zakonodavstvo na nivou Bosne i Hercegovine (tzv. državnom nivou). S obzirom da su zakonska rješenja vezana za predmetni institut i u ostalim zakonodavstvima u značajnom obimu identična sa zakonodavstvom na državnom nivou to se neće posebno naglašavati. Jedino ako se rješenja u ostalim zakonodavstvima po nekom pitanju budu razlikovala od polaznog zakonodavstva takvo što će biti izričito navedeno bilo u osnovnom tekstu ili u fusnotama.

[13] "Službeni glasnik Bosne i Hercegovine" br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10

[14] Krivični zakon Republike Srpske (u daljem tekstu: KZ RS) ("Službeni glasnik RS" br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06 i 73/10) ne predviđa mogućnost izuzetnog davanja uvjetnog otpusta nakon jedne trećine izdržane kazne zatvora (v. čl. 108. KZ RS)

[15] Padfield, N., Van Zyl Smit, D., Dunkel, F. (eds.), *Release from Prison: European policy and practice,* Willan Publishing, 2013, p. 409-418

[16] Turković, K. et al., *Komentar kaznenog zakona,* Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 58

odslužiti još i veći dio kazne (najčešće 2/3 ili ¾) da bi mogli ostvariti privilegiju ranijeg puštanja iz kaznenopopravnog zavoda. S druge strane, u Srbiji, Crnoj Gori,[17] Švedskoj, Irskoj, Grčkoj i Rumuniji[18] osuđenik može dobiti uvjetni otpust tek nakon što je izdržao minimalno dvije trećine kazne. Imajući u vidu prezentirana uporednopravna iskustva mišljenja smo da je predmetno domaće zakonsko rješenje neodrživo, te da bi imalo opravdanje samo kada bi domicilni programi tretmana i rada sa osuđenim licima bili učinkovitiji u odnosu na takve programe u navedenim zemljama, odnosno kada bi omogućavali ranije ostvarivanje svrhe kažnjavanja, za što ipak ne postoje bilo kakvi pouzdani dokazi. Nadalje, takvim zakonskim rješenjem otvaraju se perspektive suspendiranja pretežnog djela izrečene kazne, što je samo po sebi prijeporno, pogotovo ukoliko takva ovlaštenja ima administrativno tijelo. Zbog svega navedenog smatramo kako bi *de lege ferenda* imalo smisla ukinuti mogućnost primjene datog instituta nakon jedne trećine izdržane kazne, te minimalni vremenski okvir vezati za jednu polovinu izdržane kazne u svim slučajevima. Obzirom da takvo rješenje već egzistira u zakonodavstvu Republike Srpske time bi se dodatno usaglasio referentni legislativni okvir, te ujednačio pravni status građana na cijelom prostoru Bosne i Hercegovine.

Ipak, da bi se ostvario primordijalni *ratio legis* predmetnog instituta, nužno je da pored formalnih budu ispunjene i *materijalne pretpostavke* za primjenu uvjetnog otpusta, koje su vezane za a) nivo resocijalizacije osuđenog lica, b) pozitivnu socijalnu i kriminološku prognozu, te c) ostvarivanje svrhe kažnjavanja.[19] Pri tome, nedvojbeno je da su date zakonske pretpostavke prilično apstraktno i uopćeno postavljene, što s jedne strane otvara mogućnosti za kvalitetniju individualizaciju mjere, no s druge strane otvara i dileme na temelju kojih činjenica i podataka utvrđivati iste.[20]

Na kraju treba istači da je u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine dugo vremena bio prihvaćen isključivo model *fakultativnog (diskrecionog)* uvjetnog otpusta. No, novelom *Zakona Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera (*u daljem tekstu: ZIKS BiH)[21] *iz 2013. godine*[22] pored spomenutog uveden je i model *obaveznog uvjetnog otpusta,*[23] koji se primjenjuje samo u slučaju kada je izrečena kazna zatvora do dvije godine, a nakon što je zatvorenik

[17] Petrović, B., Ferhatović, A., *op. cit.,* str. 97

[18] Padfield, N., Van Zyl Smit, D., Dunkel, F., *op. cit.* p. 409-418

[19] Naime, shodno ekspresiji zakonodavca *osuđeni koji je izdržao polovinu kazne zatvora može biti oslobođen izdržavanja kazne samo ako se za vrijeme izdržavanja kazne njegovo ponašanje popravi do te mjere da se može opravdano očekivati da će se nakon otpusta s izdržavanja kazne zatvora ponašati primjereno, a naročito da neće učiniti krivična djela, a osuđeni koji je izdržao jednu trećinu kazne može biti uvjetno otpušten ukoliko posebne okolnosti vezane za ličnost osuđenog jasno ukazuju da je postignuta svrha kažnjavanja.* (čl. 44. st. 2-3. KZ BiH).

[20] Sijerčić-Čolić, H., Vranj, V., *op. cit.,* str. 160

[21] "Službeni glasnik BiH", br. 12/10

[22] Zakon o izmjenama i dopunama ZIKS BiH ("Službeni glasnik BiH" br. 100/13)

[23] Institut obaveznog uvjetnog otpusta ne poznaju *Zakon o izvršenju krivičnih sankcija FBiH* ("Službene novine FBiH" br. 44/98, 48/99, 12/09 i 42/11) (u daljem tekstu: ZIKS FBiH), *Zakon o izvršenju krivičnih sankcija RS (*"Službeni glasnik RS", br. 12/10,117/11) (u daljem tekstu: ZIKS RS), kao ni *Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera BD BiH* ("Službene novine BDBiH", br. 31/11) (u daljem tekstu: ZIKS BD BiH).

izdržao dvije trećine kazne, te uz ispunjene prethodno navedenih formalnih i materijalnih pretpostavki (čl. 178a. ZIKS BiH).

1.2. Nadležni organi i postupak davanja uvjetnog otpusta

Jedno od krunskih pitanja vezanih za primjenu uvjetnog otpusta jeste pitanje organa koji su ovlašteni za uvjetno puštanje osuđenika sa izdržavanja kazne zatvora. S tim u vezi, u uporednom pravu ne postoji općeprihvaćeni i unificirani koncept rješavanja istog, već se susreće nekoliko modela: a) sudski, b) adminisitrativni i c) mješoviti model. U većini evropskih zemalja, poput: Austrije, Njemačke, Češke, Mađarske, Italije, Španije, Poljske, Grčke, Litvanije, Rumunije, Rusije, Francuske,[24] Hrvatske[25] i Srbije[26] odobravanje uvjetnog otpusta je u isključivoj nadležnosti suda. Pri tome, u pretežnom broju navedenih zemalja (npr. Njemačka, Mađarska, Italija, Francuska, Španija, Poljska) takvu odluku donosi poseban funkcionalno nadležni sud(ija) (*sudija za izvršenje sankcija/kazni),* u drugim (Austrija i Litvanija) sud na čijem području se nalazi ustanova u kojoj se izvršava kazna zatvora,[27] a u pojedinim (Srbija)[28] sud koji je donio odluku u prvom stepenu.

Administrativni model odobravanja uvjetnog otpusta poznaju zakonodavstva Švicarske, Danske, Švedske, Engleske i Welsa, Irske i Slovenije, shodno kojem odluku o uvjetnom otpustu donose upravni organi, najčešće nadležno ministarstvo (pravde), zatvorska uprava ili komisije (odbori) za uvjetni otpust.[29]

Na kraju, u uporednom pravu (istina rijetko) susreće se i mješoviti model, koji podrazumijeva da uvjetni otpust mogu odobravati kako administrativni, tako i sudski organi. Predmetni model egzistira u belgijskom zakonodavstvu, gdje u slučaju osuđenika na kaznu zatvora do tri godine uvjetni otpust odobrava zatvorska administracija, a u ostalim slučajevima *multidisciplinarni sud za izvršenje sankcija*[30].[31]

Bosna i Hercegovina spada u red zemalja čije zakonodavstvo baštini administrativni model odlučivanja o uvjetnom otpustu. O uvjetnom otpustu prevalentno odlučuje *Komisija za uvjetni otpust,* no pod određenim zakonskim uvjetima uvjetni otpust može odobriti i *upravnik zavoda za izvršenje krivičnih sankcija.* Upravnik zavoda može uvjetno pustiti na slobodu zatvorenika koji ispoljava primjereno ponašanje, zalaže se na radu i aktivno učestvuje u procesu prevaspitanja, te ukoliko je izdržao 4/5 kazne. Ovakav uvjetni otpust može se odobriti najranije tri mjeseca prije

[24] Padfield, N., Van Zyl Smit, D., Dunkel, F., *op. cit.* p. 409-418
[25] Turković, K. et al., *op. cit.,* str. 58
[26] Soković, S. *op. cit.,* str. 44
[27] Padfield, N., Van Zyl Smit, D., Dunkel, F., *op. cit.* p. 409-418
[28] Soković, S. *op. cit.,* str. 44
[29] Padfield, N., Van Zyl Smit, D., Dunkel, F., *op. cit.* p. 409-418
[30] Maloić, S., Ricijaš, N., Rajić, S., *op. cit.,* str. 37
[31] Zanimljivo rješenje predviđa holandski zakonodavac, shodno kojem uvjetni otpust odobrava državni tužitelj, no u slučaju negativne odluke tužitelja po zahtjevu za uvjetni otpust predmet se upućuje nadležnom sudu koji jedini može konačno odlučiti o odbijanju uvjetnog otpusta. Vidi: Padfield, N., Van Zyl Smit, D., Dunkel, F., *op. cit.* p. 409.

isteka kazne, s tim da se isti ne može primjenjivati u slučaju suplatornog zatvora (čl. 181. ZIKS BiH, čl. 158. ZIKS RS, čl. 49. ZIKS BD BiH).[32] Dodatno, ZIKS BiH (čl. 178a) predviđa da i u slučaju ranije spominjanog *obaveznog uvjetnog otpusta* odluku o istom *u pravilu* donosi upravnik zavoda.[33]

U svim ostalim slučajevima stvarna nadležnost za davanje uvjetnog otpusta pripada Komisiji za uvjetni otpust (u daljem tekstu: Komisija).[34] Postupak pred Komisijom se može pokrenuti na neki od slijedećih načina: a) molbom zatvorenika, b) molbom člana njegove porodice, te c) na osnovu prijedloga upravnika zavoda. Molbe ili prijedlozi se podnose putem zavoda, koji uz taj podnesak Komisiji dostavlja i podatke o postignutom uspjehu u programu tretmana zatvorenika, podatke o eventualnim ranijim osudama, opis krivičnog djela, podatke o ponašanju zatvorenika, kao i ostale izvještaje drugih stručnih lica koja su angažirana u radu sa zatvorenikom, te druge podatke značajne za odluku. Paralelno s tim zavod dostavlja i svoje mišljenje o osnovanosti molbe, odnosno prijedloga. Pri tome, svi izvještaji koje zavod pripremi za Komisiju dostavljaju se i samom zatvoreniku, kojem se na taj način pruža prilika da Komisiji podnese pismene podneske u vezi s njihovim sadržajem. Komisija odluku o (ne)odobravanju uvjetnog otpusta donosi u formi rješenja, koje se dostavlja zavodu, a zavod je dužan po jedan primjerak istog dostaviti zatvoreniku i sudu koji je odlučivao u prvom stepenu. Ukoliko Komisija donese negativnu odluku zatvorenik ima pravo na ponovno podnošenje molbe za uvjetni otpust po proteku jedne godine ili i prije tog roka ako tako odluči Komisija (v. čl. 173-178 ZIKS BiH).

Međutim, neovisno da li je riječ o postupku koji se provodi pred Komisijom ili odluku o uvjetnom otpustu donosi upravnik zavoda takvom konceptu se mogu uputiti određeni prigovori. Osnovni nedostatak administrativnog modela ogleda se u činjenici da odlukom o prijevremenom puštanju na slobodu osuđenog lica upravno tijelo *de facto* suspenduje odluku suda, te na određeni način uzurpira ovlaštenja i dovodi u pitanje nezavisnost sudske vlasti. Naravno, takvom odlukom se u značajnoj mjeri derogiraju i svi napori organa krivičnog pravosuđa na dokazivanju krivnje osuđenog lica, te izricanju i odmjeravanju odgovarajuće kazne kako bi se postigla

[32] ZIKS FBiH ne sadrži navedeno rješenje.

[33] Jedino ukoliko je riječ o zatvorenicima koji: a) nisu koristili vanzavodske pogodnosti ili b) su disciplinski tretirani ili c) su narušavali pravila kućnog reda ili d) se nisu podvrgavali program tretmana ili e) su se ponašali suprotno naređenjima službenika zavoda, takvi zatvorenici automatski ne dobivaju obavezni uvjetni otpust, već o njima odluku donosi Komisija za uvjetni otpust.

[34] Komisiju imenuje ministar pravde i ista se sastoji od po jednog predstavnika Suda i Ministarstva pravde, te tri nezavisna člana iz relevantne stručne oblasti (čl. 173. st. 2-4. ZIKS BiH). I ostali zakoni o izvršenju krivičnih sankcija na području Bosne i Hercegovine propisuju peteročlani sastav date komisije, pri čemu u Republici Srpskoj istu čine po jedan predstavnik ministarstva pravde, sudija Vrhovnog suda ili sudija okružnog suda, te tri nezavisna člana iz relevantne stručne oblasti (čl. 155. st. 2. ZIKS RS), u Brčko Distriktu BiH po jedan predstavnik Apelacionog i Osnovnog suda, Tužilaštva, Kancelarije za pravnu pomoć i Pravosudne komisije (čl. 40. st. 3. ZIKS BDBIH), a u Federaciji Bosne i Hercegovine ona se imenuje od predstavnika Vrhovnog suda, Federalnog tužilaštva, Federalnog ministarstva i drugih federalnih organa uprave u čiji djelokrug spadaju poslovi socijalne zaštite i odbrane (čl. 108. ZIKS FBIH).

zakonom proklamirana svrha kažnjavanja. Osim toga, prilično je prijeporno da administrativni organ odlučuje o (daljnjem) lišavanju slobode određenog lica, a što se faktički događa u slučaju negativne odluke o uvjetnom otpustu, pogotovo ukoliko se takva odluka donosi u postupku koji ne sadrži ni minimum procesnih garancija. Na kraju, čine se pomalo izlišnim napori sudova u kreiranju određene kaznene politike ako organ uprave može rukovodeći se prilično apstraktnim materijalnim kriterijima suspendirati polovinu, pa čak i dvije trećine izrečene kazne.[35] Zbog svega navedenog ne čudi da je u većini evropskih zemalja prihvaćen sudski model odlučivanja o uvjetnom otpustu. Štaviše, trend tzv. *juridizacije* instituta uvjetnog otpusta uočava se i u zemljama okruženja, tako da su Srbija (2001.)[36] i Hrvatska (2013.)[37] izmjenama krivičnog zakonodavstva napustile administrativni model, te uvele rješenje shodno kojem o primjeni date alternativne mjere odlučuje nadležni sud. Stoga smo mišljenja kako bi i domaći zakonodavci trebali preispitati postojeći koncept uvjetnog otpusta, te *de lege ferenda* razmotriti mogućnosti uvođenja novog.

Također, ono što se u literaturi[38] tradicionalno isticalo kao nedostatak domicilnog ustrojstva predmetnog instituta jeste nepostojanje odgovarajućeg nadzora nad licem koje je uvjetno otpušteno. U mnogim pravnim sistemima nadzor odgovarajuće službe predstavlja konstitutivni elemenat date alternativne mjere, s tim da on ne podrazumijeva samo mehanizme rigidne kontrole osuđenika tokom njegovog boravka na slobodi, već uključuje i različite mjere podrške i pomoći kako bi mu se pomoglo da što uspješnije načini prelaz iz artificijalne zatvorske sredine (u kojoj je imao konstantni nadzor i pomoć stručnjaka odgovarajućeg profila) u otvorenu sredinu, te adekvatno suoči sa svim izazovima življenja u novoj ambijentalnosti. Noveliranjem relevantnog legislativnog okvira na razini Bosne i Hercegovine iz 2013. godine po ovom pitanju načinjen je značajan iskorak uvođenjem *mjera nadzora, zabrane ili ograničenja* koje se mogu izreći uvjetno otpuštenom licu,[39] te *obaveze javljanje nadležnom organu u pogledu pružanja pomoći takvim licima* (čl. 175a ZIKS BiH).[40] Ipak, ostaje otvoreno pitanje u kojoj mjeri će date legislativne novine istinski zaživjeti u praksi. Posebno postoji bojazan da li nadležne službe socijalne zaštite zbog mnoštva obaveza koje imaju temeljem

[35] Uporedi: Jovanović, S., *op. cit.,* str. 23, Soković, S. *op. cit.,* str. 42, Stojanović, Z., *op. cit.,* str. 300, Tulić, A., *op. cit.,* 91-92

[36] Soković, S. *op. cit.,* str. 44

[37] Ovakav model u Republici Hrvatskoj prihvaćen je usvajanjem novog Kaznenog zakona, koji je Hrvatski sabor izglasao 21. listopada 2011. (NN 125/11), a isti je stupio na snagu 1. siječnja 2013. Vidi više u: Turković, K., Maršavelski, A., *Reforma sustava kazni u novom Kaznenom zakonu,* Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 19, 2/2012, str. 795 i 809

[38] Vranj, V., *op. cit.* str. 108, Tulić, A., *op. cit.,* str. 93-94

[39] To su slijedeće mjere: a) zabrana napuštanja boravišta ili prebivališta, b) zabrana putovanja, c) zabrana posjećivanja određenih mjesta ili područja, d) zabrana boravka u blizini određenih objekata ili institucija, e) zabrana sastajanja s određenim licima, f) zabrana posjećivanja određene adrese ili adresa, g) zadržavanje isprave-privremeno, koje se mogu koristiti za prelazak državne granice i vozačke dozvole, h) zahtjev za povremeno javljanje policijskoj upravi ili drugom određenom državnom organu, te i) zahtjev za prebivanjem na određenoj adresi,

[40] Pored spomenutih mjera zabrane Komisija može i obavezati osuđeno lice na javljanje nadležnom organu socijalne zaštite ili drugom pravnom licu ili organizaciji koji pružaju pomoć ili druge oblike zbrinjavanja lica otpuštenih sa izdržavanja kazne zatvora.

drugih propisa mogu istinski odgovoriti zadatku adekvatnog pružanja pomoći uvjetno otpuštenim. Zbog toga se sve češće mogu čuti prijedlozi o uvođenju probacijske službe, kao posebno specijaliziranog tijela, koje bi po uzoru na mnoge evropske zemlje imalo značajne ovlasti u procesu izvršenja određenih krivičnopravnih mjera i sankcija, uključujući i mjeru uvjetnog otpusta.[41]

1.3. Opoziv uvjetnog otpusta

Ranije puštanje osuđenika sa izdržavanja kazne zatvora u domaćem pravu uvjetovano je njegovim primjerenim ponašanjem na slobodi i nečinjenjem novih krivičnih djela. Međutim, ukoliko se uvjetno otpušteni ne ponaša u skladu sa navedenim zahtjevima dolazi do opozivanja uvjetnog otpusta, te njegovog vraćanja u zavod radi izdržavanja zatvorske kazne. Istina, predmetna konstatacija je samo djelimično tačna, jer domicilni zakoni pored *obligatornog* poznaju i *fakultativni* opoziv uvjetnog otpusta. Naime, uvjetni otpust će se *obligatorno* opozvati samo ako osuđeni za vrijeme uvjetnog otpusta učini jedno ili više krivičnih djela za koja mu je izrečena kazna zatvora *preko jedne godine ili teža kazna.* No, ukoliko je za novoučinjeno krivično djelo izrečena kazna zatvora *do jedne godine* tada se uvjetni otpust može, ali i ne mora opozvati (*fakultativni opoziv uvjetnog otpusta).* Odluku o tome donosi sud cijeneći sličnost učinjenih djela, njihov značaj, motive iz kojih su učinjena, kao i druge okolnosti koje ukazuju na prikladnost opoziva uvjetnog otpusta.

U slučaju da opozove uvjetni otpust sud će po pravilima za odmjeravanje kazne za krivična djela u sticaju izreći jedinstvenu kaznu od koje će odbiti izdržani dio kazne koji je prethodio uvjetnom otpustu. Navedena pravila o opozivu primjenjuju se i u situaciji kada se utvrdi da je uvjetno otpušteni počinio određeno krivično djelo prije stupanja na izdržavanje zatvorske kazne, ali mu za takvo djelo nije suđeno, te se za isto saznalo tek u vrijeme trajanja uvjetnog otpusta (v. čl. 45. KZBiH, čl. 46. KZFBiH, čl. 109. KZRS, čl. 46. KZBDBiH).

2. Uvjetni otpust iz maloljetničkog zatvora

Kao što je navedeno u uvodnim izlaganjima primjena uvjetnog otpusta u domaćem pravu moguća je ne samo kod zatvorskih kazni općeg krivičnog prava, već i kod kazne maloljetničkog zatvora. Pri tome treba istači kako u našoj zemlji ne postoji jedinstven model uređenja krivičnopravnog statusa maloljetnika, pa konsekventno tome niti uvjetnog otpusta kod ove sankcije. Rješenja sadržana u *novom (maloljetničkom) krivičnom zakonodavstvu*[42] koje se primjenjuje u Federaciji Bo-

[41] Vidi: Tulić, A., *op. cit.,* str. 97.

[42] Pod sintagmom novo maloljetničko krivično zakonodavstvo misli se na *Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske* ("Službeni glasnik RS" br. 13/10) (u daljem tekstu: ZZPDMKP RS), *Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH* ("Službeni glasnik BD BiH" br. 44/11) (u daljem tekstu: ZZPDMKP BDBiH), te *Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije BiH* ("Službene novine FBiH" br. 7/14) (u daljem tekstu: ZZPDMKP FBiH).

sne i Hercegovine, Republici Srpskoj i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine su identična, dok se zakonodavstvo na nivou Bosne i Hercegovine djelimično razlikuje. Polaznu osnovu za analizu promatranog instituta činiti će novo zakonodavstvo, ali će svakako biti ukazano i na rješenja koja sadrži relevantno zakonodavstvo na državnom nivou.

2.1. Pretpostavke i sadržaj uvjetnog otpusta

Davanje uvjetnog otpusta kod kazne maloljetničkog zatvora baš kao i u općem krivičnom pravu uvjetovano je ispunjenjem kako *formalnih pretpostavki* vezanih za minimum vremena koju osuđeno lice mora provesti na izdržavanju date kazne, tako i onih *materijalnih* koje se odnose na ponašanje maloljetnika, te postojanje pozitivne kriminološke prognoze. Shodno ekspresiji zakonodavca *osuđeni maloljetnik može biti uvjetno otpušten sa izdržavanja kazne maloljetničkog zatvora ako je izdržao najmanje trećinu izrečene kazne i ako se njegovo ponašanje popravilo u toj mjeri da se može opravdano očekivati da će se na slobodi primjereno ponašati i da neće vršiti krivična djela, ali ne prije nego što je proveo jednu godinu u kazneno-popravnoj ustanovi* (čl. 36. ZZPDMKP).[43] Ono što je primjetno iz citirane odredbe jeste da su materijalne pretpostavke za primjenu uvjetnog otpusta kod maloljetničkog zavora identične onima kod kazne zatvora, dok se formalne djelimično razlikuju. Naime, maloljetnik može biti uvjetno otpušten nakon jedne trećine izdržane kazne, dok je uvjetno puštanje punoljetnih učinitelja u pravilu moguće tek nakon izdržane jedne polovine, a samo izuzetno nakon jedne trećine kazne. Dodatno, kod maloljetničkog zatvora davanje uvjetnog otpusta je uvjetovano ispunjenjem još jedne formalne pretpostavke, a to je da je maloljetnik u ustanovi za izvršenje date sankcije proveo najmanje *šest mjeseci* (prema KZ BiH *jednu godinu*). Njeno postojanje se tradicionalno opravdavalo činjenicom kako je kazna maloljetničkog zatvora specifična maloljetnička sankcija koja se u pravilu izriče izuzetno odgojno zapuštenim maloljetnim učiniteljima teških krivičnih djela, te da je to minimalni vremenski period unutar kojeg bi se mogli postići zadovoljavajući rezultati na planu preodgoja maloljetne osobe i promjene njenog ponašanja. Međutim, u kontekstu novih zakonskih rješenja, gdje se minimum kazne maloljetničkog zatvora (prema ZZPDMKP *jedan mjesec*) ne podudara sa apsolutnim minimumom vremena koje maloljetnik mora provesti na izdržavanju date sankcije prije uvjetnog otpuštanja, takva apologija je naprosto neodrživa[44]. Mi smo ipak mišljenja kako je ona u svom fundusu ispravna, te da *de lege ferenda* treba izmijeniti minimum kazne maloljetničkog zatvora i isti podići na šest mjeseci.

---

[43] Imajući u vidu kako su mnoga zakonska rješenja sadržana u ZZPDMKP FBiH, ZZPDMKP RS i ZZPDMKP BDBiH identična, u tekstu koji slijedi (iz čisto pragmatičnih razloga) u takvim slučajevima neće se posebno navoditi da li se radi o relevantnom zakonodavstvu FBiH, RS ili BDBiH, već će se uz navođenje odgovarajućeg člana koristiti genusna oznaka ZZPDMKP.

[44] Naime, nelogično je da zakonodavac smatra da se odgovarajući rezultati na planu preodgoja i promjene ponašanja maloljetnika u konkretnom slučaju ne mogu postići prije šest mjeseci, a u drugim situacijama mogu.

No, i pored ispunjenja navedenih pretpostavki nadležno tijelo nije dužno automatski odobriti uvjetni otpust, obzirom da je davanje uvjetnog otpusta kod kazne maloljetničkog zatvora *fakultativnog karaktera.* Međutim, ukoliko ga odobri ono *može uz uvjetni otpust maloljetniku odrediti odgojnu mjeru pojačanog nadzora organa socijalne zaštite uz mogućnost primjene jedne ili više posebnih obaveza* (čl. 53. ZZPDMKP). Izricanje i izvršenje mjera pojačanog nadzora u kombinaciji sa posebnim obavezama trebalo bi omogućiti kvalitetniji postinstitucionalni prihvat maloljetnika, te njegovo prilagođavanje novoj životnoj zbilji izvan kruga zavoda.

2.2. Nadležni organi i opoziv uvjetnog otpusta

Pitanje nadležnog organ koji odlučuje o uvjetnom otpustu kod kazne maloljetničkog zatvora u domaćem pravu nije regulirano na jedinstven način. U krivičnom zakonodavstvu na državnom nivou prihvaćen je administrativni model, shodno kojem o istom odlučuje *Komisija za uvjetni otpust*, dok je u zakonodavstvima FBiH, RS i BDBiH odlučivanje o uvjetnom otpustu u nadležnosti suda koji je sudio u prvom stepenu. Smatramo kako je potonji model koji je prihvaćen u novom entitetskom i distriktnom zakonodavstvu bolji, jer je znatno neposredniji. Naime, u ovom slučaju o uvjetnom otpustu maloljetnog učinitelja odlučuje sudija koji je sudio u prvom stepenu, te koji jako dobro poznaje njegovu ličnost, uvjete razvoja, sredinu u kojoj je živio i u koju treba da se vrati nakon otpuštanja iz zavoda. Osim toga, navedeni sudija vrši i nadzor nad izvršenjem kazne maloljetničkog zatvora. Na kraju, prije donošenja konačne odluke sudija, po potrebi, usmeno saslušava maloljetnika, njegove roditelje, predstavnike organa starateljstva i druga lica, te pribavlja izvještaj i mišljenje kazneno-popravne ustanove o opravdanosti uvjetnog otpusta (čl. 177. ZZPDMKP).

S druge strane, Komisija za uvjetni otpust nema prethodnih saznanja o ličnosti i prilikama maloljetnika, te svoju odluku zasniva samo na informacijama i saznanjima do kojih dođe tokom saslušanja navedenih subjekata, kao i izvještaja kazneno-popravne ustanove o opravdanosti uvjetnog otpusta tokom postupka odlučivanja o istom. Samim time, može se zaključiti da su saznanja *suda* o relevantnim činjenicama prilikom odlučivanja o uvjetnom otpustu znatno opsežnija, te da se može pretpostaviti da će na temelju takvih saznanja donijeti i ispravniju odluku o (ne) opravdanosti izricanja uvjetnog otpusta.

Kada je pak riječ o opozivu uvjetnog otpusta treba istači kako domaći zakoni ne predviđaju posebna pravila o opozivu uvjetnog otpusta iz maloljetničkog zatvora, već se na njega primjenjuju opće odredbe koja se odnose na opoziv uvjetnog otpusta kod kazne zatvora. Međutim, imajući u vidu da je maloljetniku uz uvjetni otpust moguće odrediti (izreći) mjeru pojačanog nadzora organa socijalne zaštite uz primjenu jedne ili više posebnih obaveza, postavlja se pitanje da li je takvom maloljetniku i zbog nepostupanja po spomenutim mjerama moguće izreći opoziv uvjetnog otpusta? Na temelju odredbi općeg krivičnog prava ne može se nedvojbeno odgovoriti na postavljeno pitanje. Logika stvari sugerira kako bi do opoziva moglo doći i u

ovom slučaju, pogotovo što zakonodavac iz ovih razloga otvara mogućnosti opoziva uvjetnog otpusta kod zavodskih odgojnih mjera (v. čl. 43. st. 4. ZZPDMKP). No, da bi se izbjegle date nedoumice, mišljenja smo kako bi pitanje opoziva uvjetnog otpusta kod kazne maloljetničkog zatvora trebalo zasebno normirati, te u okviru takvog zakonskog rješenja urediti ne samo pitanja opoziva uvjetnog otpusta u slučaju učinjenja novog krivičnog djela tokom njegovog trajanja, već eksplicitno predvidjeti i mogućnosti opoziva u slučaju neopravdanog opstruiranja izvršenja mjera pojačanog nadzora i posebnih obaveza koje je nadležni organ izrekao uz uvjetni otpust iz maloljetničkog zatvora.

3. Uvjetni otpust kod zavodskih odgojnih mjera

Slijedeći preporuke međunarodnih dokumenata iz oblasti postupanja sa maloljetnicima u sukobu sa zakonom da se smještanje maloljetnika u institucije ima koristiti samo kao *krajnje sredstvo i u što kraćem trajanju*,[45] novo maloljetničko krivično zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini otvara mogućnosti primjene uvjetnog otpusta i kod *zavodskih mjera*, kao odgojnih mjera institucionalnog tipa[46].[47]

Pri tome, domicilni zakonodavci predviđaju mogućnost ranijeg uvjetnog puštanja iz odgovarajućih institucija samo onih osoba kojima je izrečena zavodska mjera *upućivanja u odgojnu ustanovu* i *upućivanja u odgojno-popravni dom* (v. čl. 43. i 162. ZZPDMKP). S obzirom na pravnu prirodu zavodske mjere *upućivanja u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje* kao mjere medicinskog tretmana čija je primjena i trajanje indicirana stanjem fizičkog i mentalnog zdravlja maloljetnika,

---

[45] Uporedi: pravila 17. i 18. *Standardnih minimalnih pravila UN-a za maloljetničko pravosuđe (Pekinška pravila)*

[46] Krivično zakonodavstvo na nivou Bosne i Hercegovine ne poznaje ovaj institute.

[47] Vrijedi istači kako se u literaturi mogu susresti i određena razmišljanja o izlišnosti primjene uvjetnog otpusta kod zavodskih odgojnih mjera. S tim u vezi, N. Milošević smatra kako je postojanje predmetnog instituta bespotrebno, obzirom da maloljetničko krivično pravo poznaje princip revizibiliteta (odnosno institute obustave i zamijene jedne odgojne mjere drugom odgojnom mjerom), koji pokriva(ju) identičan činjenični okvir na koji bi se imao primjenjivati i institut uvjetnog otpusta (a to je stepen postignutog uspjeha u preodgoju maloljetnika), tako da uvođenje uvjetnog otpusta predstavlja "dupliranje rješenja" ili svojevrsnu "normativnu tautologiju", koja kod manje iskusnih sudija stvara nepotrebnu i štetnu dilemu da li u konkretnom slučaju dati prednost revizibilitetu ili uvjetnom otpustu.
Spomenuti autor pledira da se ukoliko je u potpunosti ostvarena svrha konkretne odgojne mjere ona *obustavi* od daljeg izvršenja, odnosno, da se, kada je svrha predmetne mjere većim djelom ostvarena, te se intenzivni institucionalni tretman više ne čini neophodnim, ista *zamijeni* npr. nekom od mjera pojačanog nadzora, čijom primjenom bi se finalizirali pedagoški utjecaji na ličnost maloljetnika.
Štaviše, on ističe, kako se u praksi bilježe primjeri da roditelji maloljetnika koji je smješten u zavodsku ustanovu već nakon godinu dana podnose molbu za njegovo uvjetno otpuštanje, te da negativan odgovor suda na takvu molbu nerijetko prouzrokuje negativne psihološke efekte kod mlade osobe i narušava već uspostavljeni kontinuitet pedagoškog rada sa njom.
Na kraju, dodatni argument *contra* uvođenja uvjetnog otpusta, koji spomenuti autor navodi, jeste taj da se uvođenjem predmetnog instituta kao instituta općeg krivičnog prava gube osobenosti maloljetničkog krivičnog prava i ono kao takvo približava općem krivičnom pravu, što predstavlja retrogradnu tendenciju i svojevrsni korak unazad. Vidi više u: Milošević, N., *op. cit,* str. 42-44.

logično je da institut uvjetnog otpusta ne bi imalo smisla koristiti kod ove odgojne mjere.[48]

Izricanje uvjetnog otpusta i kod zavodskih mjera je uslovljeno kumulativnim ispunjenjem *formalnih i materijalnih pretpostavki (uvjeta).* S tim u vezi, uvjetno se *može* otpustiti samo onaj maloljetnik koji je u zavodskoj ustanovi proveo najmanje šest mjeseci, što u stvari predstavlja minimum trajanja odgojnih mjera ovog tipa i temporalni okvir za koji zakonodavac pretpostavlja da je najmanji vremenski period koji je neophodan da bi se mogla ostvariti svrha zavodskih odgojnih mjera. Drugi uvjet je materijalnog karaktera i odnosi se na *postignuti uspjeh u (pre)odgoju maloljetnika tokom njegovog boravka u odgovarajućoj instituciji*, a koji je osnova pozitivne prognoze njegovog budućeg ponašanja i opravdanosti uvjetnog otpusta iz odgojne ustanove. Konsekvento tome, nadležni organ koji odlučuje o uvjetnom otpustu, a to je sud, odnosno sudija koji je izrekao datu odgojnu mjeru (v. čl. 162. st. 2. ZZPDMP), odluku o uvjetnom otpustu može donijeti samo kada na osnovu relevantnih činjenica stekne uvjerenje da maloljetnik *pro futuro* neće činiti krivična djela i da će se u sredini u kojoj po napuštanju institucije bude živio dobro i primjereno ponašati (čl. 43. st. 1. ZZPDMKP).

Kao i kod kazne maloljetničkog zatvora sud maloljetniku koji se pušta iz zavodske ustanove *može* za vrijeme uvjetnog otpusta izreći neku od mjera pojačanog nadzora uz *moguću* primjenu jedne ili više posebnih obaveza (v. čl. 43. st. 2. ZZPDMKP). Izricanje navedenih *dopunskih mjera* je *fakultativnog* karaktera, što predstavlja rješenje koje u potpunosti ne korespondira standardima sadržanim u pojedinim međunarodnim dokumentima, poput onog iz pravila 28. 2. *Pekinških pravila,* koje predviđa *obligatornu* primjenu mjera pomoći i nadzora prema uvjetno otpuštenim maloljetnim licima. Međutim, neovisno od međunarodnih dokumenata logika stvari sugerira kako je primjena spomenutih mjera *de facto* neophodna, jer u protivnom vrlo lahko svi (nerijetko i višegodišnji) napori na (pre)odgoju i rehabilitaciji maloljetnika poduzeti tokom institucionalnog tretmana mogu biti dovedeni u pitanje ukoliko se takvo maloljetno lice nakon puštanja iz ustanove samo prepusti bujici životnih izazova, bez odgovarajuće podrške i pomoći nadležnih društvenih agencija.

Prilikom razmatranja mogućnosti primjene ove vrste uvjetnog otpusta, koji bi se u slobodnijoj interpretaciji mogao označiti i kao *"uvjetni otpust sa zaštitnim nadzorom",* pojedini autori, čini se krajnje osnovano, primjećuju kako odluka suda o uvjetnom otpuštanju ne bi trebala biti determinirana isključivo stepenom postignutog uspjeha u (pre)odgoju maloljetnika tokom boravka u određenoj instituciji (kao kod "klasičnog" uvjetnog otpusta), već i kvalitetom, odnosno pedagoškim potencijalima sredine u koju se vraća, ali i mogućnošću i spremnošću službe socijalne zaštite konkretnog područja da preuzme odgovarajuće aktivnosti i mjere kako prema samom maloljetniku, tako i prema sredini u kojoj će uvjetno otpušteni

[48] Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović-Nišević, M., *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske,* Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS, Banja Luka, 2010, str. 131-132.

maloljetnik boraviti. Naime, ukoliko su u međuvremenu znatno narasli odgojni potencijali njegove porodice ili ako nadležna služba socijalne zaštite raspolaže s više mogućnosti da se dodatno brine o maloljetnom licu i njegovom (pre)odgoju, tada sud može donijeti odluku o uvjetnom otpustu maloljetnika iz institucije premda ostvareni uspjeh u postupanju sa njim nije dostigao takav nivo da potpuno isključuje potrebu za daljnim pedagoškim radom, jer će se takav rad moći nastaviti i u njegovoj primarnoj životnoj sredini, odnosno zajednici u kojoj obitava[49] kroz neku od mjera pojačanog nadzora, te uz eventualnu primjenu jedne ili više posebnih obaveza.

Na kraju treba istači kako je moguće opozvati i ovu vrstu uvjetnog otpusta. Shodno odredbama čl. 43. st. 4. ZZPDMKP *sud može opozvati uvjetni otpust ukoliko maloljetnik za vrijeme njegovog trajanja učini novo krivično djelo ili ako određena mjera pojačanog nadzora ne postiže svoju svrhu ili ako maloljetnik ne ispunjava obaveze koje su mu određene uz odgojnu mjeru pojačanog nadzora.* Iz citirane odredbe je vidljivo kako institut opoziva uvjetnog otpusta kod zavodskih mjera predstavlja institut *fakultativnog* karaktera, koji sud može, ali i ne mora primijeniti neovisno od težine učinjenog krivičnog djela za vrijeme njegovog trajanja[50]. Ipak, to je načelna konstatacija, jer rukovodeći se nekim drugim principima, kao što su npr. princip najboljeg interesa djeteta (maloljetnika) ili princip njegove socijalne reintegracije (v. čl. 1. ZZPDMKP), koji predstavljaju ne samo zakonske, nego i međunarodne standarde postupanja sa maloljetnicima u sukobu sa zakonom, kada procijeni da bi pod tim okolnostima njegov daljnji boravak izvan institucije bio u suprotnosti sa navedenim principima, sud bi, ipak, *morao* donijeti odluku o opozivu uvjetnog otpusta. U tom slučaju vrijeme provedeno na uvjetnom otpustu se neće računati u vrijeme trajanja zavodskih odgojnih mjera (čl. 43. st. 4. ZZPDMKP). Međutim, ukoliko ne postoje razlozi za opoziv uvjetnog otpusta on će trajati najduže do isteka zakonskog roka trajanja predmetne odgojne mjere, odnosno dok sud ne obustavi ovu mjeru ili je zamijeni drugom odgojnom mjerom (čl. 43. st. 4. ZZPDMKP).

---

[49] Singer, M., *Krivičnopravna odgovornost i zaštita mladeži,* Nakladni zavod Globus i Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 1998, str. 191-192

[50] Predmetno zakonsko rješenje se djelimično razlikuje u odnosu na opoziv uvjetnog otpusta kod kazne zatvora iz općeg krivičnog prava i kazne maloljetničkog zatvora. Naime, kod obje navedene sankcije susreću se dvije vrste uvjetnog otpusta (*obligatorni i fakultativni opoziv uvjetnog otpusta*), koje su uslovljenje *visinom izrečene kazne za krivično djelo* koje je osuđeni učinio za vrijeme uvjetnog otpusta. Uvođenje specifičnog rješenja vezano za opoziv uvjetnog otpusta kod zavodskih odgojnih mjera predstavlja, u stvari, samo konsekventnu implementaciju već tradicionalno prihvaćenog koncepta o prirodi i karakteru odgojnih mjera, kao samosvojnih maloljetničkih sankcija, koje su prevashodno usmjerene ka ostvarivanju efekata specijalne prevencije i (pre)odgoja maloljetnika, a koji je svoju normativnu konkretizaciju, između ostalog, dobio i u tome da je zakonodavac za izbor pojedinih odgojnih mjera propisao posebne kriterije u odnosu na one koji važe za izbor drugih krivičnih sankcija. Naime, generalno je pravilo u domaćem zakonodavstvu da se izbor i primjena pojedinih odgojnih mjera ili određenih instituta vezanih za te sankcije *ne vežu za apstraktnu težinu učinjenog krivičnog djela izraženu kroz zakonom propisanu ili izrečenu kaznu* (kao kod drugih krivičnih sankcija), tako da je zarad dosljedne primjene tog pravila bilo nužno modificirati zakonska rješenja koja se odnose na opoziv uvjetnog otpusta kod zavodskih odgojnih mjera, u odnosu na ona koja se odnose na isti institut kod kazni zatvora i maloljetničkog zatvora.

4. Zaključak

Uvjetni otpust je izuzetno značajan institut krivičnog prava kojim se u modernom dobu nastoje ostvariti dvije vrste ciljeva. S jedne strane, on predstavlja izuzetno značajno sredstvo resocijalizacije i reintegracije osuđenih lica, kojim se ista stimuliraju da se aktivno uključe u programe vlastitog preodgoja i tretmana, kako bi zavrijedila prijevremeno puštanje iz institucije za izvršenje krivičnopravnih sankcija. S druge strane, primjenom uvjetnog otpusta se nastoje riješiti problemi tzv. prenapućenosti zatvora, ali i reducirati boravak takvih lica u institucijama, zbog dobro poznatih nedostataka primjene sankcija institucionalnog tipa. Upravo iz ovih razloga predmetni institut je široko prihvaćen u savremenom pravu, pa i u pozitivnom pravu Bosne i Hercegovine. Ipak, neka pozitivnopravna rješenja podložna su ozbiljnoj kritici. Autor, prije svega, smatra prijepornim mogućnost davanja uvjetnog otpusta punoljetnim učiniteljima krivičnih djela nakon samo jedne trećine izdržane kazne zatvora, te zagovara izmjenu takvog zakonskog rješenja. Također, ozbiljni prigovori upućuju se tzv. administrativnom modelu odlučivanja o uvjetnom otpustu, shodno kojem uvjetni otpust sa izdržavanja kazne zatvora odobrava nadležna komisija, odnosno upravnik kazneno-popravnog zavoda, te se po uzoru na mnoga evropska zakonodavstva zagovara uvođenje sudskog modela. Takav model odlučivanja o uvjetnom otpusta u našoj zemlji prihvaćen je u maloljetničkom krivičnom pravu, te kada je riječ o uvjetnom puštanju osoba kojima je izrečena kazna maloljetničkog zatvora ili neka od zavodskih odgojnih mjera nemedicinskog karaktera odluku o tome donosi nadležni sud. Na kraju, ukazano je na jedan od tradicionalnih nedostataka domicilnog ustrojstva predmetnog instituta, a to je nepostojanje odgovarajućeg nadzora nad licem koje je uvjetno otpušteno. Istina, ovaj nedostatak je djelimično saniran 2013. noveliranjem relevantnog legislativnog okvira na razini Bosne i Hercegovine, te uvođenjem *mjera nadzora, zabrane ili ograničenja* koje se mogu izreći uvjetno otpuštenom licu, kao i *obaveze javljanja nadležnom organu u pogledu pružanja pomoći takvim licima.* Međutim, isti takav iskorak potrebno je *de lege ferenda* načiniti i u ostalim zakonodavstvima u zemlji (posebno u Federaciji BiH i Brčko Distriktu), ali preduzeti i druge neophodne korake kako bi takvo zakonsko rješenje istinski i zaživjelo u praksi.

Conditional release as alternative to institutional sanctions in criminal law in Bosnia and Herzegovina

Abstract: *Conditional release represents a very important institute of criminal law, as well as penology and criminal-political measure by which is performed additional individualisation of sanctions, also it stimulates the convicted person to*

behave well and actively participate in the process of executing it. Besides, the application of conditional release in the modern age is attempt to solve problems of prison overcrowding, but also to reduce period of staying of such persons in institutions because of the well-known disadvantages of sanctions of institutional type. In domestic law, conditional release can be approved to persons convicted to prison sentence, juvenile prison sentence or some of the institutional correctional measures.

The paper analyzes the advantages and disadvantages of conditional release, its legal nature, the conditions for the application, the authorities responsible for granting conditional release, supervision of released person, and the revocation of conditional release.

Author especially criticizes domestic legal solutions regarding the conditions for the application of conditional release and the authorities who are authorized to grant the same, and in this regard offers some proposals de lege ferenda.

Key words: *conditional release, prison sentence, juvenile prison sentence, institutional measures.*

Doc. dr Miodrag Bukarica
Banja Luka

IZUZIMANJE DRŽAVE I OSTALIH PRAVNIH LICA OD ODGOVORNOSTI I OGRANIČENJA U PRIMJENI SANKCIJA

Apstrakt: Autor u radu ističe primjere iz prakse međunarodnih sudova i sudova pojedinih zemlja iz kojih proizilazi da su pravna lica, koja spadaju u kategoriju tzv. pravnih lica javnog prava, učinila krivična djela, ali za učinjena krivična djela nisu odgovarala. Analizira razloge koji su doveli do krivične neodgovornosti pravnih lica iz ove kategorije iz ugla primjene opštih pravnih principa o krivičnoj ili drugoj odgovornosti, pravila iz više međunarodnih dokumenata i statuta tribunala, uporednih zakonodavstava i sudske prakse. Na kraju ukazuje na očigledne nedostatke u određenim oblastima zakonodavne regulative Republike Srpske koji dovode do toga da nije moguće primijeniti pravila krivičnog zakonodavstva o osnovima odgovornosti pravnih lica za krivična djela.

Ključne riječi: pravna lica, odgovornost države, izuzimanje od odgovornosti, krivična djela koja su kažnjiva po međunarodnom pravu, nedostaci u zakonskoj regulativi.

Uvodne napomene

Polazni osnov za izuzimanje određenih kategorija pravnih lica od krivične odgovornosti predstavlja podjela na pravna lica tzv. javnog prava i pravna lica tzv. privatnog prava. Pravna lica javnog prava karakterišu osobine da ostvaruju javne ciljeve i interese (interese svih građana), svojstvo pravnog lica stiču na osnovu zakona, a finansiraju se iz budžetskih sredstava. Država je najveće i najznačajnije pravno lice iz kategorije pravnih lica javnog prava, ona odlučuje o potrebi osnivanja pravnih lica, kontroliše rad i upravlja ovim pravnim licima. Nasuprot pravnim licima iz kategorije javnog prava, pravna lica privatnog prava ne ostvaruju javne, već privatne interese, a svojstvo pravnog lica stiču upisom u sudski registar. Saglasno prethodno navedenom, činjenica da jedno pravno lice služi zadovoljenju javnih interesa može biti osnov za izuzimanje tog pravnog lica od odgovornosti za krivična djela.

Odgovornost države na međunarodnom nivou – pravna načela i sudska praksa

Pitanje moguće krivične odgovornosti države za djela individualnih učinilaca ili grupacija sa različitim intenzitetom permanentno je postavljano još od antičkih vremena. U prethodnim decenijama bilo je tema mnogih naučnih radova, a u dovoljnom broju slučajeva javljalo se i u sudskoj praksi.

Pobornici ideje o odgovornosti države za krivična djela isticali su da osnov za uspostavljanje moguće odgovornosti države leži u univerzalnom pravnom načelu da svako protivpravno djelo inicira odgovornost učinioca po pravu i dužnost učinioca da ispravi (reparira) štetu.[1] Stav je potvrđen u većem broju međunarodnih sudskih i arbitražnih odluka.[2]

Sljedeći argument u prilog odgovornosti države za krivična djela zasniva se na činjenici da svaka država ima moralno i svako drugo pravo da procesuira djela koja su kažnjiva po međunarodnom pravu i koja su učinjena protiv te države ili njenih interesa. S druge strane, kroz istoriju je postignut opšti konsenzus o pravu države da izriče kazne za krivična djela koja su kažnjiva po međunarodnom pravu. Tako su piratstvo na otvorenom moru, a od XIX vijeka i trgovina robljem, smatrani zločinima na čije su suzbijanje i kažnjavanje polagale pravo sve države svijeta, čak i kada usljed izvršenja same nisu pretrpjele nikakvu štetu, a u daljem razvoju nastao je koncept erga omnes obaveza država prema cijeloj međunarodnoj zajednici.[3]

Nakon Drugog svjetskog rata u pravnoj teoriji i sudskoj praksi intenziviralo se pitanje odgovornosti države, i to u slučajevima kada je postojala kauzalna veza između djelovanja neposrednog učinioca, učinilaca ili asocijacija koje se javljaju kao učinioci krivičnog djela i djelovanja države. Tako je Nirnberški tribunal u svojim presudama zauzeo stav da Nacionalsocijalistička partija sa svojim rukovodnim organima (Gestapo, SS i SD) jeste kriminalna organizacija koja je djelovala u skladu sa tadašnjom aktuelnom državnom politikom Njemačke, ali nije utvrdio postojanje krivične odgovornosti države,[4] već se zadržao na dovoljno "čvrstom" terenu individualne krivične odgovornosti. U novijoj istoriji, Statut Međunarodnog krivič-

[1] Degan, V. (2006): Međunarodno pravo, drugo izdanje, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, str. 366.

[2] Jedna od takvih odluka donesena je u predmetu Rainbow Warrior (New Zealand v France) Arbitration Award, 30 April 1990, 20 (1990) RIAA 217. Predmet se u suštini odnosi na nezakonito djelovanje agenata jedne države (Francuske) na teritoriji druge države (Novi Zeland). Naime, brod Rainbow Warior, u vlasništvu organizacije Greenpace, 1985. godine na Novom Zelandu potopili su francuski agenti po nalogu francuske vlade, kako bi se spriječilo da veći broj brodova organizovano, sa Rainbow Warior-om na čelu, otplovi na mjesto nuklearnih proba na lokaciji atola Mururoa i Fangataufa u Francuskoj Polineziji. U arbitražnoj odluci stoji kako su u unutrašnjost broda, nekoliko sati pred isplovljavanje, postavljene dvije eksplozivne naprave, koje su nakon prvog, a zatim i drugog aktiviranja, dovele do potapanja broda i ljudskih žrtava. Podaci o većem broju presuda vezanih za nuklearne testove pod pokroviteljstvom ili uz znanje država (vlada) dostupni su na internet adresi: http://classes.lls.edu/spring2007/intlenviron-romano/documents/Nucleartests.pdf, sadržaj preuzet 4.9.2011.

[3] Degan, op. cit., str. 367.

[4] Simović, M. i Blagojević, M. (2007): Međunarodno krivično pravo, Banja Luka: Panevropski univerzitet "Apeiron", Fakultet pravnih nauka, str. 78.

nog tribunala za bivšu Jugoslaviju[5] u članu 25 stav 4 izričito propisuje da nijedna odredba tog statuta koja se odnosi na individualnu krivičnu odgovornost ne utiče na odgovornost država prema međunarodnom pravu. S druge strane, u članu 7, pod naslovom Individualna odgovornost, propisuje da je odgovornost fizičkog lica za učinjeno krivično djelo individualna, te na posredan način još jednom isključuje odgovornost države za krivična djela iz nadležnosti Međunarodnog krivičnog tribunala. Saglasno odredbama Statuta, praksa Međunarodnog krivičnog tribunala za gonjenje lica koja su odgovorna za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije[6] takođe je isključila krivičnu odgovornost države. Na kraju, presuda Međunarodnog suda pravde u Strazburu u predmetu Bosna i Hercegovina protiv državne zajednice Srbije i Crne Gore od 26.2.2007. godine,[7] predstavlja još jedan primjer isključenja odgovornosti države za krivična djela. U presudi je detaljno obrazložen stav da se iz djelovanja individualnog učinioca krivičnog djela ne može izvoditi odgovornost države.

Iz navedenog proizilazi da krivična odgovornost na nivou države gubi krivičnopravni karakter i poprima obilježja građanske odgovornosti. Odgovornost države na međunarodnom nivou može se vezati jedino za neispunjenje obaveza koje su definisane običajnim pravom i međunarodnim ugovorima, ali ne i za izvršenje krivičnog djela.[8]

Odgovornost države i ostalih pravnih lica na unutrašnjem nivou

Sve prethodno izloženo daje nam za pravo da zaključimo kako je na međunarodnom nivou nesporan stav da država, kao najznačajnije pravno lice javnog prava, ne može biti odgovorna za učinjeno krivično djelo. Ovaj stav je opšteprihvaćen u svim zakonodavstvima. Međutim, kod pitanja izuzimanja od krivične odgovornosti ostalih pravnih lica, međunarodni dokumenti sadrže samo sumarna pravila o odgovornosti, u teoriji ne postoji jedinstveni stav, dok u zakonodavstvima i sudskoj praksi pronalazimo različita rješenja.

Međunarodni dokumenti

Jedan od rijetkih međunarodnih dokumenata koji sadrže pravila o isključenju određenih kategorija pravnih lica od odgovornosti jeste Drugi Protokol Konvencije

[5] Statut je usvojen 25. maja 1993. god., Rezolucijom broj 827; izmijenjen je 1998. god. Rezolucijom broj 1166, zatim 2000. Rezolucijom broj 1329; 2002. god., Rezolucijama broj 1411 i 1431, te 2003. god., Rezolucijom broj 1481, dostupno na internet adresi: http://www. tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI/statut_mktj_lat.pdf, sadržaj preuzet 18.2.2011. godine.

[6] Formulacija iz Rezolucije broj 827 (1993) Savjeta bezbjednosti, od 25. maja 1993. godine.

[7] Presuda dostupna na internet stranici: http://www.pulsdemokratije.ba, sadržaj preuzet 24.8.2011. godine.

[8] Milanović, M. (2006): State Responsibility for Genocide, 17 European Journal of International Law, u Jutriša, G. (2007): Odgovornost države na temelju Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Pravnik, broj 41 (vol. 84), Zagreb: Pravni fakultet Univerziteta u Zagrebu, str. 130.

za zaštitu finansijskih interesa Evropske unije.[9] Protokol eksplicitno isključuje odgovornost "države i drugih javnih tijela u izvršavanju državnih ovlašćenja".

Uporedno zakonodavstvo

Kazneni zakonik Francuske[10] propisuje da je pravno lice, izuzimajući državu, krivično odgovorno za djela učinjena u njegovu korist od strane njegovih organa ili predstavnika (član 121-2). Izuzimanje države od krivične odgovornosti obrazlaže se potrebom za očuvanjem državnog suvereniteta, trojnom diobom vlasti, a naročito monopolom prava na kažnjavanje, koje tradicionalno pripada samo suverenoj državi.[11] Pored države, krivično su odgovorni i teritorijalni kolektiviteti,[12] ali samo za krivična djela izvršena u djelatnostima koje mogu biti delegirane na javne službe.[13] Nasuprot tome, nisu odgovorni u slučajevima kada vrše djelatnost upravnog organa. Na primjer, ako opštinski policajac izvrši krivično djelo, opština ne može biti odgovorna, pošto se djelatnost komunalnog policajca ne može se delegirati privatnim licima. Opštine vrše i mnoštvo djelatnosti koje mogu delegirati na pravna lica privatnog prava, kao npr. prevoz učenika, vodosnabdijevanje, odvoz smeća i druge. Dakle, teritorijalni kolektiviteti mogu biti odgovorni samo za krivična djela učinjena u obavljanju djelatnosti koje se mogu prenositi sa subjekata javne vlasti na pravna lica privatnog prava. Za krivična djela čije izvršenje može dovesti do prestanka pravnog lica, zabrane obavljanja djelatnosti ili profesionalnih aktivnosti, te za stavljanje pod sudski nadzor na maksimalni period pet godina, ne mogu biti odgovorne ni političke partije i njihove asocijacije ili unije, kao ni institucije koje predstavljaju radnike (član 131-39 stav 2). Slično prethodnom, poseban zakon Mađarske o mjerama primjenjivim na pravna lica za djela kažnjiva po krivičnom zakonodavstvu isključuje od krivične odgovornosti Mađarsku ili drugu stranu državu, parlament, kancelariju državnog ombudsmena, organe izvršne vlasti i organe lokalne vlasti (član 1 stav 2 tačka 2). Krivični zakonik Španije u članu 31 bis stav 5 isključuje odgovornost države, teritorijalnih jedinica i institucija javne administracije, regulatornih tijela, javnih agencija i pravnih lica javnog prava ili drugih koje vrše javna ovlašćenja, administracije, državnih merkantilnih kompanija koje sprovode javnu politiku ili pružaju usluge od opšteg ekonomskog interesa. Kazneni zakonik Holandije isključuje odgo-

[9] Drugi Protokol uz Konvenciju o zaštiti finansijskih interesa Evropske unije (Second Protocol, drawn up on the basis of Article K3 of the treaty on the European Union, to the Convention on the protection od the European Communities' financial interests), Official Journal C 221, 19.7.1997. Official Journal C 221, 19.7.1997. ili dostupan na internet adresi: http://eur lex. europa.eu/LexUriServ., verzija na engleskom jeziku preuzeta 7.3.2011. godine.

[10] Originalni naziv zakona je Code Pénal; tekst Zakonika u prevodu na engleski jezik dostupan na internet adresi: http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_penal_textan.htm, sadržaj preuzet 21.2.2011.

[11] Cartier, M. E. (2005): Kaznenopravna odgovornost pravnih osoba u francuskom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, broj 2 (vol. 12), Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 283.

[12] Administrativne jedinice u Francuskoj jesu opštine, departmani i regije.

[13] Javne službe su djelatnosti od opšteg društvenog značaja koje država i njene lokalne zajednice mogu ustupiti, tj. delegirati privatnim fizičkim ili pravnim licima.

vornost države. Izuzete su od odgovornosti za krivična djela provincija i opštine, a Vrhovni sud je u vezi s tim zauzeo stav da izuzimanje ovih pravnih lica od krivičnog gonjenja istovremeno podrazumijeva izuzimanje od krivičnog gonjenja njihovih službenika. Međutim, u više navrata dešavalo se da pravna lica zanemaruju svoje obaveze a to dovede do katastrofe praćene gubitkom velikog broja ljudskih života i teškim povredama. Tako su organi lokalne uprave optuženi za grubo zanemarivanje dužnosti i nemar koji su doveli do katastrofalnih posljedica prilikom vatrometa u Enscedeu 2000. godine i izbijanja požara u kafani u Volendamu tokom proslave nove godine. Zbog stava Vrhovnog suda, lokalne zajednice nisu odgovarale za evidentno učinjena krivična djela, a ovi događaji inicirali su ozbiljne rasprave o opravdanosti izuzimanja pravnih lica od odgovornosti.[14]

U velikom broju zakonodavstava isključena je odgovornost teritorijalnih zajednica za krivična djela učinjena u okviru djelatnosti koje one obavljaju u ime države ili javne vlasti, kao npr. vođenje ličnih podataka, izdavanje građevinskih dozvola, vršenje školskog prevoza, organizacija izbora i slično. Nasuprot tome, kada se radi o djelatnostima koje se mogu povjeriti privatnim pravnim licima, kao što su, npr., distribucija energije, školski restorani, zbrinjavanje kućanskog otpada, transport, održavanje zelenih površina i slično, za učinjeno krivično djelo može postojati krivična odgovornost teritorijalnih jedinica.[15] Nalazimo primjer iz sudske prakse gdje je, kao posljedica trovanja namirnicama koje su se služile u kantini jedne opštinske škole, nastupila smrt jednog učenika. U dokaznom postupku pred sudom utvrđeno je da je obroke spremalo preduzeće (pravno lice) kojem je opština povjerila ove poslove, te je Sud utvrdio da postoji pravni osnov za donošenje osuđujuće presude protiv opštine za ubistvo iz nehata propisano članom 221-6 Kaznenog zakonika Republike Francuske.[16]

Zakonodavstva novonastalih balkanskih država

Autori sa teritorije novonastalih država, koje su se prije nešto više od dvije decenije nalazile u sastavu zajedničke države, u svojim naučnim radovima ili komentarima zakona podržavaju tezu da državu nije moguće uspješno uključiti u koncept odgovornosti pravnih lica. Stav polazi od pretpostavke da krivično djelo koje bi učinili predstavnici države može predstavljati samo njihovo lično krivično djelo, za čije izvršenje država ne bi imala nikakav interes, niti bi mogla na bilo koji način ostvariti neku korist ili povoljnost za sebe.[17] Država (i neki organi lokalne samouprave) jeste nosilac ius punendi, te bi mogla doći u situaciju da sama sebe kažnjava. Kada je u pitanju novčana kazna, budžetska sredstva samo bi se prelijevala iz jedne stavke u drugu.[18] Konačno, ako bi sudska vlast izricala sankcije zakonodavnoj i izvršnoj

[14] Tak, P. (2008): The Dutch criminal justice system, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p.77.
[15] Cartier, op. cit., str. 283.
[16] Ibid.
[17] Vrhovšek, M. (2008): Komentar zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela, Beograd: Intermex, str. 101.
[18] Babić, M., Filipović, Lj., Marković, I. i Rajić, Z. (2005): Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, Sarajevo: Savjet Vijeća Evrope i Evropska komisija, str. 497.

vlasti, bilo bi narušeno načelo trojne diobe vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Došlo bi do potpunog poremećaja odnosa i ravnoteže između organa (trojne) vlasti, a sve to dovelo bi u pitanje funkcionisanje same države. Pravila o izuzimanju države od odgovornosti za krivična djela u suštini su podudarna u zakonodavstvima svih novonastalih balkanskih država.

Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Crne Gore[19] potpuno isključuje odgovornost državnih organa i organa lokalne samouprave (član 2). Isključena je i odgovornost pravnih lica kojima je zakonom povjereno vršenje javnih ovlašćenja za krivična djela učinjena u vršenju tih ovlašćenja.

Zakon o odgovornosti pravnih osoba Republike Hrvatske[20] isključuje odgovornost jedinica lokalne i regionalne samouprave za krivična djela učinjena u izvršavanju javnih ovlašćenja (član 6).

Krivični zakonik Republike Makedonije[21] isključuje odgovornost jedinica lokalne samouprave za krivična djela izvršena u okviru njihovih javnih ovlašćenja (član 28 a stav 4).

Zakon o odgovornosti pravnih lica Republike Slovenije rađen je prema francuskom modelu, tako da je članom 2 Zakona o odgovornosti pravnih oseb Republike Slovenije[22] isključena krivična odgovornost jedinica lokalne samouprave.

Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela Republike Srbije[23] (član 3) propisuje da za krivično djelo ne mogu odgovarati autonomna pokrajina i jedinice lokalne samouprave, odnosno državni organi i organi autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave. Pored toga, ne mogu odgovarati druga pravna lica kojima je zakonom povjereno vršenje javnih ovlašćenja, ako je krivično djelo učinjeno u vršenju javnih ovlašćenja.

Analize uporednog zakonodavstva nam govore da država i državni organi ne mogu biti odgovorni za krivična djela. Pored države, u pravilu su od odgovornosti izuzete jedinice lokalne samouprave koje obavljaju javna ovlašćenja. Konačno, u pojedinim zakonodavstvima izuzimaju se od odgovornosti pravna lica kojim su lokalne zajednice delegirale određena javna ovlašćenja. U nastavku slijedi analiza pozitivnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine u segmentu izuzimanja pravnih lica od odgovornosti za krivična djela.

Zakonodavstva u Bosni i Hercegovini

Osnov za izuzimanje odgovornosti posebnih kategorija pravnih lica za krivična djela propisan je u sklopu (posebnih) glava, pod naslovom Odgovornost pravnih lica

[19] Službeni list Republike Crne Gore broj 02/07, 13/07 i 30/12.
[20] Narodne novine Republike Hrvatske broj 151/03, 110/07, 45/11 i 143/12.
[21] Службен весник на Република Македонија број 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004 (prečišćeni tekst), 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 44/11, 51/11, 135/11, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14 i 132/14.
[22] Uradni list Republike Slovenije številko 59/99, 98/04 (uradno prečiščeno besedilo), 65/08 i 57/2012.
[23] Službeni glasnik Republike Srbije broj 97/08.

za krivična djela članom 122 stav 1 Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine[24] (dalje skraćeno: KZ BiH), članom 125 stav 1 Krivičnog zakona Republike Srpske[25] (dalje skraćeno: KZ RS), članom 125 stav 1 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine[26] (dalje skraćeno: KZ FBiH), članom 126 Krivičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine[27] (dalje skraćeno: KZ BDBiH).

Neposredno izvršenje krivičnog djela vezuje se isključivo za fizička lica, dok pravno lice može biti odgovorno za krivično djelo koje učini fizičko lice samo pod uslovom da je fizičko lice pri tome djelovalo u ime, za račun ili u korist pravnog lica (princip akcesornosti). Princip akcesornosti predstavlja opšti princip, te se stoga na isti način primjenjuje kako kod konstituisanja odgovornosti pravnog lica tako i kod izuzimanja od odgovornosti određenih kategorija pravnih lica. Dakle, ako je učinilac djelovao u ime, za račun ili u korist pravnog lica, neće postojati odgovornost ukoliko su ta pravna lica Bosna i Hercegovina, Republika Srpska, Federacija Bosne i Hercegovine, Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine, kanton, grad, opština i mjesna zajednica.

Pored izuzimanja zakonom taksativno određenih kategorija pravnih lica, zakonodavci propisuju opšte pravilo da prema pravnim licima može biti isključena ili ograničena primjena krivičnopravnih sankcija (stav 2), ali nije striktno određeno koja su to pravna lica. Predmetno opšte pravilo otvara mogućnost da se u odredbama drugih zakona propišu posebna pravila o izuzimanju od odgovornosti ili ograničenju u primjeni kazni prema pravnim licima javnog prava ili drugim pravnim licima, u slučajevima kada se primjenom kazni ne bi mogla ostvariti svrha kažnjavanja. Analiza sadržine nekoliko zakona koji uređuju posebne oblasti govori nam da posebna pravila u stvari onemogućavaju konstituisanje odgovornosti pravnog lica za krivična djela. U nastavku ćemo se, isključivo radi ilustracije problema, ograničiti na kratku analizu nekoliko odredaba posebnih zakona Republike Srpske koje onemogućavaju uspostavljanje odgovornosti pravnog lica.

Zakon o sistemu javnih službi Republike Srpske[28] propisuje da Republika Srpska ili jedinice lokalne samouprave (grad, opština i mjesna zajednica) mogu obezbijediti obavljanje djelatnosti, odnosno poslova od opšteg interesa, osnivanjem ustanova ili povjeravanjem vršenja ovih djelatnosti drugim pravnim i fizičkim licima (član 7 stav 1 Zakona). Ustanove se osnivanju radi ostvarivanja opšteg interesa i drugog zakonom određenog interesa u oblasti obrazovanja, nauke, kulture, sporta i fizičke kulture, učeničkog i studentskog standarda, zdravstvene zaštite, društvene brige o djeci, socijalne zaštite, socijalnog osiguranja, zdravstvene zaštite životinja, zdravstvene zaštite biljaka i drugih društvenih djelatnosti (član 3). Ustanova ima svojstvo pravnog lica koje stiče upisom u sudski registar kod nadležnog suda (član

[24] Službeni glasnik BiH broj 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10 i 76/14.
[25] Službeni glasnik Republike Srpske broj 49/2003, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13.
[26] Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14.
[27] Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine broj 6/05, 21/10, 9/13 i 33/13 (Prečišćeni tekst).
[28] Službeni glasnik Republike Srpske broj 68/07 i 109/12.

14 stav 1), a ustanova koju osniva Republika ili jedinica lokalne samouprave kao jedini osnivač jeste javna ustanova (član 13). Prema doslovnom tekstu člana 125 stav 1 KZ RS, javne ustanove nisu izuzete od odgovornosti za krivična djela koja je učinilac učinio u njihovo ime, za njihov račun ili u njihovu korist. Međutim, u praksi to nije uvijek slučaj.

Osnivači ustanova i drugih javnih službi jesu Republika Srpska, jedinica lokalne samouprave i druga fizička i pravna lica (član 5), rukovodeći organi, upravni odbor i direktor (član 15), osnivač imenuje i razrješava upravni odbor (član 16 stav 1), odlučuje o poslovanju ustanove, donosi program rada i finansijski plan ustanove, odlučuje o korištenju sredstava... (član 17), odnosno odlučuje o poslovanju ustanove. Ako ove zakonske odredbe dovedemo u direktnu vezu sa osnovom odgovornosti pravnog lica iz člana 127 tačka 1-3 KZ RS, prema kom je djelovanje pravnog lica poistovijećeno sa djelovanjem njegovih rukovodećih ili nadzornih organa prilikom obavljanja registrovane djelatnosti, proizilazi da nije moguće uspostaviti osnov odgovornosti pravnih lica koja osnivaju i za čiji rad ključnu ulogu imaju Republika ili neka od jedinica lokalne samouprave.

Zakon o sistemu javnih službi propisuje da direktor rukovodi ustanovom, predstavlja i zastupa ustanovu i odgovoran je za zakonitost njenog rada (član 18 stav 1), ali nadzor nad zakonitošću rada ustanove vrši nadležno ministarstvo (član 20 stav 1). Pošto osnov odgovornosti pravnog lica iz člana 127 tačka 4 postoji kada su rukovodeći ili nadzorni organi pravnog lica propustili dužni nadzor nad zakonitošću rada pravnog lica, a prema članu 20 stav 1 Zakona o sistemu javnih službi dužnost nadzora ima nadležno ministarstvo, ali ne i rukovodeći ili nadzorni organi pravnog lica, ni u ovom slučaju nije moguće uspostaviti osnov odgovornosti pravnog lica.

Prema odredbi člana 18 Zakona o osnovnom vaspitanju i obrazovanju,[29] škola je javna ustanova koju osniva Republika. Mogu je osnovati i fizička i pravna lica, tada se upisuje u sudski registar i stiče svojstvo pravnog lica (član 21 stav 5). U pogledu nadzora nad zakonitošću rada, osnivanja i rukovođenja primjenjuju se odredbe Zakona o sistemu javnih službi (član 32). Stoga za propuštanje dužnog nadzora nad zakonitošću rada škole može biti odgovorno samo ministarstvo prosvjete, pa ni u ovom slučaju nije moguće uspostaviti osnov odgovornosti škole kao pravnog lica.

Zaključak

Pravila o izuzimanju od odgovornosti ili ograničenju kod primjene krivičnopravnih sankcija na pravna lica koja su propisana u zakonodavstvima Bosne i Hercegovine, po svojoj sadržini ne razlikuju se od pravila slične vrste iz uporednog zakonodavstva. Razlike postoje samo u obimu primjene na određene kategorije pravnih lica. Ipak, određena legislativna rješenja u oblasti obavljanja djelatnosti od javnog

[29] Službeni glasnik Republike Srpske broj 74/08, 71/09, 104/11 i 33/14.

interesa nisu usklađena, te određenim kategorijama pravnih lica javnog prava stvaraju dodatni prostor za izbjegavanje odgovornosti za krivična djela. Stoga je očigledno da je takva legislativna rješenja potrebno uskladiti sa pravilima o uslovima (osnovu) odgovornosti pravnih lica za krivična djela.

Summary

Rules on excluding from liability or limitations in application of criminal sanctions to the legal persons, prescribed in the Bosnia and Herzegovina legislation, essentially do not differ from the similar rules from the comparative legislation. The differences exist solely in the scope of application to particular legal persons' categories. However, certain legislative solutions in the field of the activities of public interest performance are not harmonized thus they create additional space for some legal persons categories to avoid responsibility for criminal acts. Hence, it is obvious that such legislative solutions should be harmonized with the rules on the basis of the liability of a legal persons'.

LITERATURA:

Udžbenici, komentari i naučni radovi

1. Degan, V. (2006): Međunarodno pravo, drugo izdanje, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
2. Simović, M. i Blagojević, M. (2007): Međunarodno krivično pravo, Banja Luka: Panevropski univerzitet "Apeiron", Fakultet pravnih nauka.
3. Milanović, M. (2006): State Responsibility for Genocide, 17 European Journal of International Law, u Jutriša, G. (2007): Odgovornost države na temelju Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, Pravnik, broj 41 (vol. 84), Zagreb: Pravni fakultet Univerziteta u Zagrebu.
4. Cartier, M. E. (2005): Kaznenopravna odgovornost pravnih osoba u francuskom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, broj 2 (vol. 12), Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
5. Tak, P. (2008): The Dutch criminal justice system, Nijmegen: Wolf Legal Publishers
6. Vrhovšek, M. (2008): Komentar zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela, Beograd: Intermex
7. Babić, M., Filipović, Lj., Marković, I. i Rajić, Z. (2005): Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, Sarajevo: Savjet Vijeća Evrope i Evropska komisija

Propisi

Drugi Protokol uz Konvenciju o zaštiti finansijskih interesa Evropske unije (Second Protocol, drawn up on the basis of Article K3 of the treaty on the European Union, to the Convention on the protection od the European Communities' financial interests), Official Journal C 221, 19.7.1997. Official Journal C 221, 19.7.1997. ili dostupan na internet adresi: http://eur lex. europa.eu/LexUriServ., verzija na engleskom jeziku preuzeta 7.3.2011. godine.

1. French Penal Code, verzija na Engleskom jeziku dostupna na Internet adresi: http://legislationline.org/download/action/download/id/1674/file/848f4569851e2ea7eabfb2ffcd70.htm/preview, sadržaj preuzet 20.02.2011. godine.
2. Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična djela Crne Gore, Službeni list Republike Crne Gore broj 02/07, 13/07, 30/12.
3. Zakon o odgovornosti pravnih osoba Republike Hrvatske, Narodne novine Republike Hrvatske broj 151/03, 110/07, 45/11 i 143/12.
4. Кривичниот законик на Република Македонија, Службен весник на Република Македонија број 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004 (prečišćeni tekst), 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 44/11, 51/11, 135/11, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14 i 132/14.
5. Zakon o odgovornosti pravnih oseb Republike Slovenije, Uradni list Republike Slovenije številko 59/99, 98/04 (uradno prečiščeno besedilo), 65/08 i 57/2012.
6. Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije broj 97/08.
7. Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH broj 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10 i 76/14.
8. Krivični zakon Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske broj 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13.
9. Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14.
10. Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine broj 6/05, 21/10, 9/13 i 33/13 (prečišćeni tekst).
11. Zakon o sistemu javnih službi Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske broj 68/07, 109/12 i 33/14.

Prof. dr Ljubinko Mitrović,
Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet "Apeiron" u Banjoj Luci
Marina Perić, diplomirani pravnik,
Bijeljina

PRIMJENA ALTERNATIVNIH MJERA I KRIVIČNIH SANKCIJA[1] PREMA MALOLJETNICIMA NA PRIMJERU BIJELJINSKE REGIJE

Apstrakt: Sa donošenjem Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, od januara 2010. godine, Republika Srpska je u skladu sa, danas opšteprihvaćenim međunarodnim standardima i dostignutom praksom posebnog postupanja prema maloljetnicima uredila i odvojen sistem alternativnih mjera i krivičnih sankcija koje stoje na raspolaganju organima postupanja prema ovoj kategoriji učinilaca krivičnih djela. Taj sistem je sličan sistemima ovih mjera i sankcija susjednih zemalja, odnosno sistemima mjera i sankcija u nizu savremenih zemalja svijeta i čine ga: 1) alternativne mjere, i to: a) policijsko upozorenje i b) vaspitne preporuke; 2) krivične sankcije, i to: a) vaspitne mjere; b) kazna maloljetničkog zatvora i c) mjere bezbjednosti. Čini se da je ovaj sistem sasvim dostatan i da on pruža sve garancije za ostvarenje onih najvažnijih načela postupanja prema maloljetnicima. No, kako bi utvrdili obim primjene zakonom propisanih mjera i sankcija u praksi, autori ovog referata su na primjeru regije Bijeljina, u ovom referatu statistički obradili i prikazali sistem maloljetničkih krivičnih sankcija i njihovu primjenu u postupcima koji su se vodili protiv maloljetnih lica za period od 2011-2013. godine.

Ključne riječi: maloljetnici, krivične sankcije, Grad Bijeljina, sud, tužilaštvo, centar za socijalni rad.

[1] Maloljetničko krivično zakonodavstvo Bosne i Hercegovine danas, shodno njenoj ustavnoj strukturi i raspodjeli nadležnosti čine tri zasebna krivično-pravna sistema, i to: Republike Srpske, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Ovo svakako podrazumijeva i nesmetanu egzistenciju tri maloljetnička krivična zakona (slično ovom, u Bosni i Hercegovini imamo i po četiri krivična zakona, zatim zakona o krivičnom postupku ili četiri prekršajna zakona), koja su potpuno identičnog naziva: Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku.

a) Sistem alternativnih mjera i krivičnih sankcija prema Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske

Sistem alternativnih mjera i krivičnih sankcija koje predviđa Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske[2] prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela čine: 1) alternativne mjere, i to: a) policijsko upozorenje i b) vaspitne preporuke; 2) krivične sankcije, i to: a) vaspitne mjere; b) kazna maloljetničkog zatvora i c) mjere bezbjednosti. Dakle, najnovije maloljetničko krivično zakonodavstvo Republike Srpske predviđa dvije posebne vrste neformalnih krivičnopravnih mjera (supstituti ili alternative vaspitnim mjerama kao krivičnim sankcijama) koje se primjenjuju pored i umjesto krivičnih sankcija, i to su: 1. policijsko upozorenje i 2. vaspitne preporuke. U svakom slučaju, radi se o alternativnim, neformalnim mjerama koje imaju za cilj skretanje krivičnog postupka prema maloljetnicima (*la diversion*) na primjenu drugih, tzv. nekrivičnih mjera[3].

S druge strane, vaspitne mjere predstavljaju osnovnu, najvažniju i sigurno je, najprimjenjeniju[4] vrstu krivičnih sankcija[5] koje predviđa maloljetničko krivično zakonodavstvo u Republici Srpskoj. To su zakonom određene mjere, odnosno specifične krivične sankcije kojima se ostvaruje zaštita društva od kriminaliteta putem vaspitanja i prevaspitanja maloljetnika, koje izriče sud prema maloljetnom učiniocu zbog učinjenog krivičnog djela, a koje se sastoje u ograničavanju njihovih sloboda i prava[6]. Zakonom o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske propisano je devet vrsta vaspitnih mjera koje su sistema-

---

[2] Narodna skupština Republike Srpske na svojoj Trideset petoj sjednici održanoj januara 2010. godine usvojila je poseban Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 13/2010; ovaj Zakon je noveliran 2013. godine, a izmjene i dopune su objavljene u Službenom glasniku Republike Srpske, broj 61/2013). Skupština Brčko distrikta je novembra 2011. godine donijela svoj Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, broj 44/2011), da bi na kraju, i Parlament Federacije Bosne i Hercegovine na sjednici Predstavničkog doma održanoj 28. novembra 2013. godine i na sjednici Doma naroda od 16. decembra 2013. godine donio Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku (Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 7/2014).

[3] Više: Lj. Arnaudovski, L. Nanev, Juvenile Penal Code, Kavadarci, 2001. godine.

[4] Podaci prikupljeni od nekoliko osnovnih sudova u Republici Srpskoj potvrđuju prednju konstataciju. Naime, prema podacima autora ovog rada od prije nekoliko godina, u Osnovnom sudu u Bijeljini u periodu od 1. 1. 2006. godine do 31.12. 2008. godine izrečene su sljedeće krivične sankcije prema maloljetnicima, i to: pojačani nadzor roditelja – u 34 predmeta; pojačani nadzor u drugoj porodici – u pet predmeta; pojačani nadzor organa socijalnog staranja – u 23 predmeta; upućivanje u vaspitnu ustanovu – u osam predmeta; ukor – u devet predmeta i maloljetnički zatvor u jednom predmetu. U Osnovnom sudu u Mrkonjić Gradu maloljetnim licima izrečen je u 11 predmeta pojačani nadzor roditelja i u pet predmeta pojačani nadzor organa socijalnog staranja. Slično je i u Osnovnom sudu u Modriči u kojem je u 14 predmeta izrečen pojačani nadzor roditelja, a u 16 predmeta pojačani nadzor organa socijalnog staranja. Ukor je izrečen četiri puta. U Osnovnom sudu u Prijedoru u krivičnom maloljetničkom postupku izrečeno je 45 vaspitnih mjera, deset disciplinskih mjera, u dva predmeta izrečen je maloljetnički zatvor i u jednom predmetu upućivanje u vaspitno-popravni dom (više u: Lj. Mitrović: Maloljetničke krivične sankcije u novom Zakonu o zaštiti i postupanju s djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, Pravna riječ, Časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Republike Srpske, broj 19/2009; Banja Luka, 2009. godine).

[5] M. Rutter, Juvenile delinqyency, Harmondsworth, 1983. godine, str. 189-207.

[6] D. Jovašević, *Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Službeni list Srbije i Crne Gore, Beograd, 2005.

tizovane u tri kategorije, i to su: 1. mjere upozorenja i usmjeravanja, 2. mjere pojačanog nadzora[7] i 3. zavodske mjere. Identičan sistem vaspitnih mjera sa skoro istim karakteristikama i uslovima za njihovo izricanje predviđaju i maloljetnički zakoni u Federaciji BiH i Brčko distriktu BiH (ali i Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica u Republici Srbiji, Zakon o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku u Crnoj Gori, Krivični zakonik Republike Slovenije, Krivični zakonik Ruske Federacije, Krivični zakonik Republike Ukrajine i Zakon za maloletničku pravdu Republike Makedonije).

Pored vaspitnih mjera, izuzetno se, odnosno svakako uz ispunjenje posebnih uslova, i to isključivo prema starijem maloljetniku, u Republici Srpskoj, odnosno Federaciji BiH i Brčko distriktu BiH može izricati i posebna i jedina kazna – kazna maloljetničkog zatvora.

I na kraju, maloljetnim učiniocima krivičnih djela mogu se pod uslovima koji su predviđeni Krivičnim zakonom Republike Srpske izricati i mjere bezbjednosti (to su sljedeće mjere: obavezno psihijatrijsko liječenje, obavezno liječenje od zavisnosti, obavezno ambulantno liječenje na slobodi, zabrana upravljanja motornim vozilom i oduzimanje predmeta)[8].

b) Stanje maloljetničkog kriminaliteta i primjena alternativnih mjera i krivičnih sankcija prema maloljetnicima

Kako bi utvrdili stanje maloljetničkog kriminaliteta na teritoriji u nadležnosti postupanja Centra javne bezbjednosti Bijeljina, a posebno vrste alternativnih mjera i krivičnih sankcija koje su primjenjivali nadležni organi, zatražili smo sljedeće podatke, i to: od Centra javne bezbjednosti Bijeljina - podatke o broju prijavljenih krivičnih djela koja su izvršili maloljetni učinioci krivičnih djela; od Osnovnog suda u Bijeljini - podatke o vrsti i strukturi krivičnih djela, zatim krivičnim sankcijama koje su izrečene, te kako je postupano prema maloljetnicima za učinjena krivična djela i od Centra za socijalni rad Bijeljina - podatke o broju evidentiranih maloljetnika koji su u sukobu sa zakonom, zatim broju maloljetnika sa asocijalnim ponašanjem, broju recidivista, te broju maloljetnika, odnosno djece starosti do 14 godina za koja je registrovan neki oblik asocijalnog ponašanja.

Naš cilj je bio da od nadležnih institucija dobijemo statističke podatke o ovoj pojavi za period od 1.1.2011. godine do 31.12.2013. godine kako bi te podatke analizirali (međusobno uporedili) i utvrdili da li se broj maloljetnika u sukobu sa zakonom povećava, smanjuje, ili je na istom nivou, a samim tim i da zaključimo da li alternativne mjere i sankcije koje se primjenjuju prema maloljetnicima, shodno maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske, imaju efekta, odnosno da li su efikasne kako bi se broj krivičnih djela koje izvršavaju maloljetnici smanjio, odnosno postigla svrha njihove primjene.

Na ovom mjestu posebno moramo naglasiti da je do traženih statističkih podataka bilo izuzetno teško doći, te da je uloženo dosta truda kako bi se nadležni u navedenim institucijama ubijedili da će prikupljeni statistički pokazatelji biti korišćeni

[7] Više: Lj. Arnaudovski, *Vonzavodskite vospitni merki vo jugoslovensko krivično pravo*, Skoplje, 1979. godine.
[8] Z. Tomić, *Primjena mjera bezbjednosti prema maloljetnim i mlađim punoljetnim učiniocima krivičnih djela*, Pravna misao, Sarajevo, broj 3-4/1991, str. 45-55.

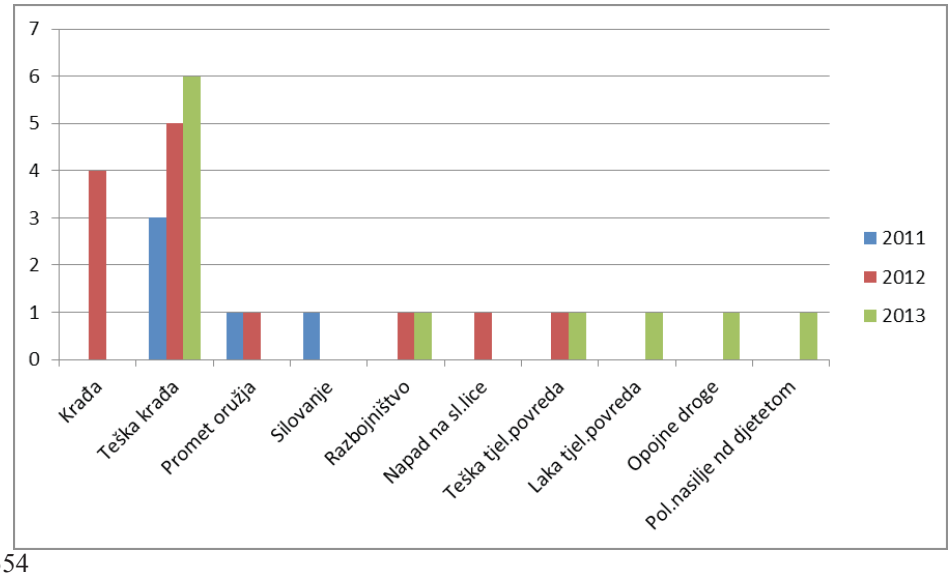
isključivo za svrhu prezentacije u ovom radu. Takođe, napominjemo da se niz podataka koje smo pribavili od naprijed navedenih nadležnih institucija o broju izvršenih krivičnih djela, odnosno izrečenih mjera i krivičnih sankcija, za potpuno isti period, ne podudaraju, što nas navodi na zaključak da ipak možemo govoriti o približnim podacima, a ne i o potpuno tačnim.

Prema statističkim podacima pribavljenim od Osnovnog suda u Bijeljini, u periodu od 1.1.2011. godine do 31.12.2013. godine pred tim sudom je vođen krivični postupak za izvršenih ukupno 30 krivičnih djela kod kojih se u svojstvu njihovog učinioca pojavljuje maloljetno lice, s tim da je izrečeno ukupno 27 krivičnih sankcija.

Tabela 1: Stanje procesuiranih krivičnih djela izvršenih od strane maloljetnih lica u nadležnosti Osnovnog suda u Bijeljini - prema vrsti krivičnog djela

Vrsta krivičnog djela	2011	2012	2013	Ukupno
Krađa	-	4	-	**4**
Teška krađa	3	5	6	**14**
Nedozvoljena proizvodnja i promet oružja i eksploziva	1	1	-	**2**
Silovanje	1	-	-	**1**
Razbojništvo	-	1	1	**2**
Napad na službeno lice	-	1	-	**1**
Teška tjelesna povreda	-	1	1	**2**
Laka tjelesna povreda	-	-	1	**1**
Proizvodnja i promet opojnih droga	-	-	2	**2**
Polno nasilje nad djetetom	-	-	1	**1**
Ukupno	**5**	**13**	**12**	**30**

Grafikon 1: Stanje procesuiranih krivičnih djela izvršenih od strane maloljetnih lica u nadležnosti Osnovnog suda u Bijeljini - prema vrsti krivičnog djela

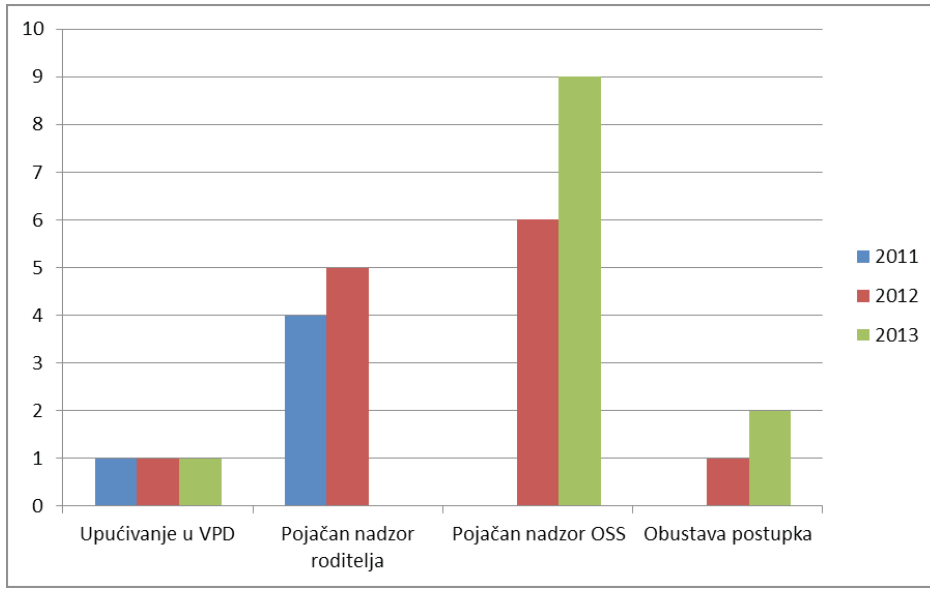


Ukoliko analiziramo broj procesuiranih krivičnih djela maloljetnika na teritoriji Osnovnog suda u Bijeljini primjetno je da se broj izvršenih krivičnih djela od strane maloljetnika u 2012 i 2013. godini, u odnosu na 2011. godinu povećao za oko 130, odnosno 120%. Nadalje, zabrinjavajući jeste svakako podatak prema kojem je prema vrsti krivičnih djela čiji izvršioci su procesuirani u Osnovnom sudu u Bijeljini najveći broj ubjedljivo krivičnih djela teške krađe (čak 14 za tri posmatrane godine), a evidentirani su i procesuirani i maloljetni učinioci krivičnih djela silovanja, napada na službeno lice, polnog nasilja nad djetetom i čak krivičnog djela razbojništva.

Tabela 2: Vrsta izrečene krivične sankcije - odvojeno po godinama posmatranja

Vrsta izrečene krivične sankcije	**2011**	**2012**	**2013**	**Ukupno**
Upućivanje u vaspitno-popravni dom	1	1	1	**3**
Pojačani nadzor roditelja, usvojioca ili staraoca	4	5	-	**9**
Pojačani nadzor nadležnog organa starateljstva	-	6	9	**15**
Obustava postupka	-	1	2	**3**
Ukupno	**5**	**13**	**12**	**30**

Grafikon 2: Vrsta izrečene krivične sankcije - odvojeno po godinama posmatranja



Ukoliko analiziramo stanje izrečenih krivičnih sankcija prema njihovoj vrsti primjećujemo da je Osnovni sud u Bijeljini izrekao najviše vaspitnih mjera pojačanog nadzora nadležnog organa starateljstva (u 15 predmeta od ukupno 30 predmeta koji su pred tim sudom vođeni), zatim pojačanog nadzora roditelja, usvojioca ili staraoca (devet od ukupno 27 izrečenih krivičnih sankcija ili 1/3 izrečenih sankcija),

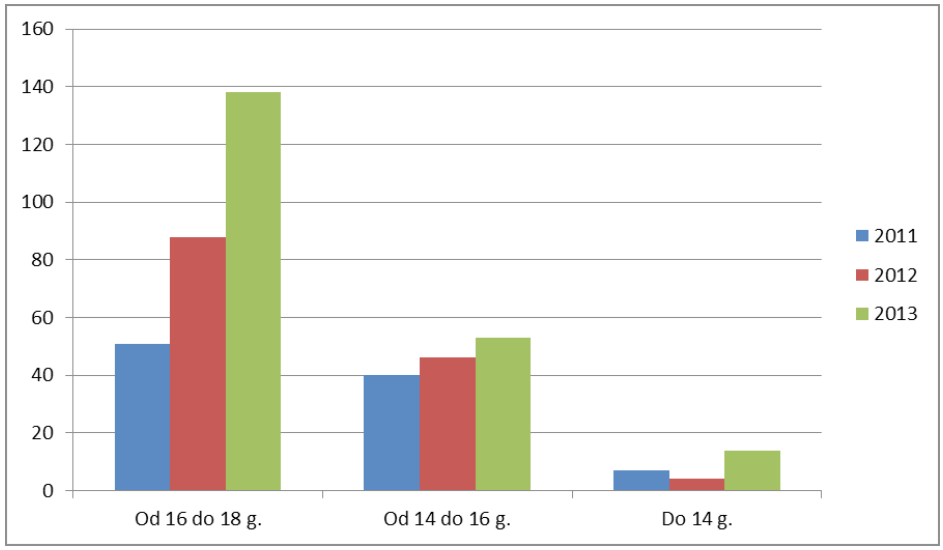
dok su tri maloljetnika upućena u vaspitno-popravni dom. Nismo mogli doći do podatka koji se tiče razloga za obustavljanje postupka (u jednom predmetu u 2012. godini i u dva predmeta u 2013. godini).

U tabeli i grafikonu koji slijede prikazaćemo podatke o broju maloljetnika koji su prijavljeni Centru javne bezbjednosti Bijeljina[9] zbog počinjenog krivičnog djela, za period od 1.1.2011. godine do 31.12.2013. godine.

Tabela 3: Broj maloljetnika prijavljenih Centru javne bazbjednosti Bijeljina zbog počinjenog krivičnog djela - odvojeno prema godinama njihove starosti u vrijeme izvršenja krivičnog djela

Broj maloljetnika prijavljenih za krivična djela	**2011**	**2012**	**2013**	**Ukupno**
Od 16 do 18 godina starosti	51	88	138	**277**
Od 14 do 16 godina starosti	40	46	53	**139**
Djeca – do 14 godina starosti	7	4	14	**25**
Ukupno	98	138	205	**441**

Grafikon 3: Broj maloljetnika prijavljenih Centru javne bazbjednosti Bijeljina zbog počinjenog krivičnog djela - odvojeno prema godinama njihove starosti u vrijeme izvršenja krivičnog djela



Analizirajući stanje u pogledu broja maloljetnika koji su prijavljeni Centru javne bezbjednosti Bijeljina zbog počinjenih krivičnih djela primjećujemo da se svake godine broj prijavljenih maloljetnika povećava, posebno onih starosti od 16 do 18 godina starosti, ali i maloljetnika starosti od 14 do 16 godina, pa čak i djece starosti

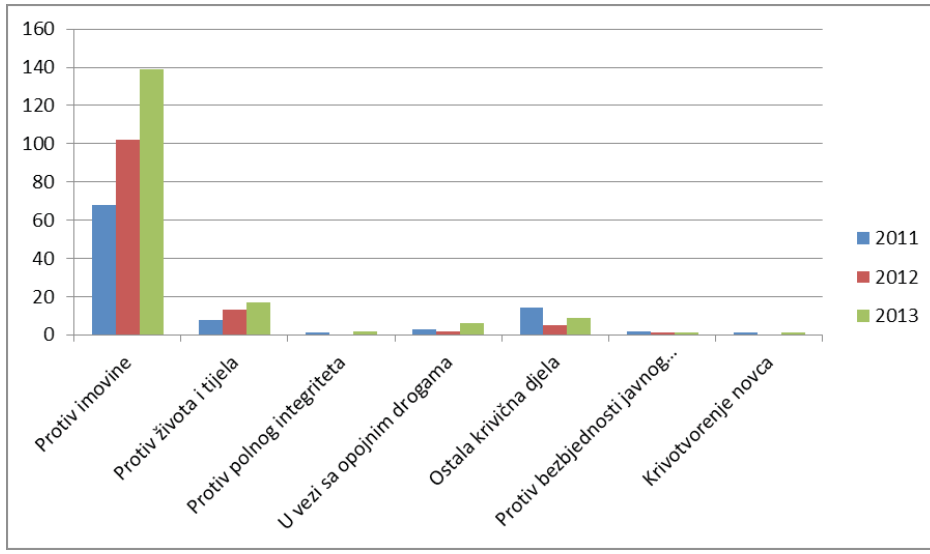
[9] Centar javne bezbjednosti Bijeljina obuhvata više opština, te se navedeni podaci ne odnose samo na Grad (opština) Bijeljinu, već i na opštine Zvornik, Bratunac, Vlasenica, Osmaci, Srebrenica, Milići, Šekovići, Lopare i Ugljevik.

do 14 godina u vrijeme izvršenja krivičnog djela, što je svakako poražavajući (i upozoravajući) podatak. U svakom slučaju, najčešći počinioci krivičnih djela jesu maloljetna lica starosti od 16 do 18 godina u vrijeme izvršenja krivičnog djela, a što opet ukazuje da su oni, u vrijeme procesuiranja, najčešće već punoljetni učinioci krivičnih djela. Posebno interesantan i svakako zabrinjavajući jeste podatak o ukupnom broju prijavljenih, odnosno registrovanih maloljetnih učinilaca krivičnih djela kod Centra javne bezbjednosti Bijeljina - ukupno 441, s tim da ukoliko ovaj podatak uporedimo sa podatkom o svega 30 procesuiranih maloljetnih lica u navedenom periodu (podatak Osnovnog suda u Bijeljini), ovaj podatak je sasvim nelogičan i u potpunosti nejasan.

Tabela 4: Podaci o broju registrovanih krivičnih djela maloljetnika u Centru javne bezbjednosti Bijeljina

Broj registrovanih krivičnih djela koja su izvršila maloljetna lica	**2011**	**2012**	**2013**	**Ukupno**
Krivična djela protiv imovine	68	102	139	**309**
Krivična djela protiv života i tijela	8	13	17	**38**
Krivična djela protiv polnog integriteta	1	-	2	**3**
Krivična djela u vezi sa opojnim drogama	3	2	6	**11**
Ostala krivična djela opšteg kriminaliteta	14	5	9	**28**
Krivična djela protiv bezbjednosti javnog saobraćaja	2	1	1	**4**
Krivična djela krivotvorenje novca	1	-	1	**2**
Ukupno	97	123	175	**395**

Grafikon 4: Podaci o broju registrovanih krivičnih djela maloljetnika u Centru javne bezbjednosti Bijeljina



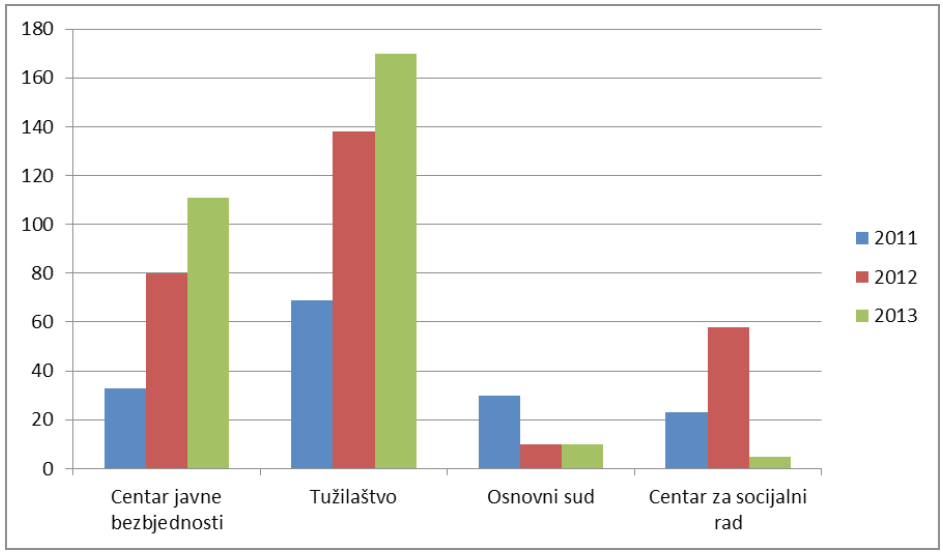
Upoređujući podatke iz prethodne tabele i grafikona primjećujemo da se i broj krivičnih djela koja su počinili maloljetnici takođe povećava iz godine u godinu. Najviše je izvršeno krivičnih djela protiv imovine (309), a najmanje krivičnih djela krivotvorenja novca (2).

U postupku prema maloljetnicima u zavisnosti od faze postupka učestvuje niz aktera (policija, advokati, tužioci, sudije, socijalni radnici). Od službenih učesnika u postupku prema njima najvažniji su policijski organi, sudovi i tužilaštvo. Stoga, u tabeli i grafikonu koji slijede daćemo uporedni prikaz broja evidentiranih (registrovanih) maloljetnika u sukobu sa zakonom, prema podacima, i to: Centra javne bezbjednosti Bijeljina, Okružnog tužilaštva u Bijeljini, Osnovnog suda u Bijeljini i Centra za socijalni rad Bijeljina, svakako za period od 2011-2013. godine.

Tabela 5: Podaci o broju evidentiranih maloljetnika u sukobu sa zakonom - odvojeno prema organima postupanja

Ustanova	**2011**	**2012**	**2013**
Centar javne bezbjednosti Bijeljina	33	80	111
Okružno tužilaštvo u Bijeljini	69	138	170
Osnovni sud u Bijeljini	30	10	10
Centar za socijalni rad Bijeljina	23	58	105

Grafikon 5: Podaci o broju evidentiranih maloljetnika u sukobu sa zakonom



Ukoliko uporedimo statističke podatke iz prethodne tabele i grafikona primjećujemo da se broj evidentiranih maloljetnika u sukobu sa zakonom, prema službenim evidencijama svih pobrojanih ustanova (izuzev kod Osnovnog suda u Bijeljini) – povećava.

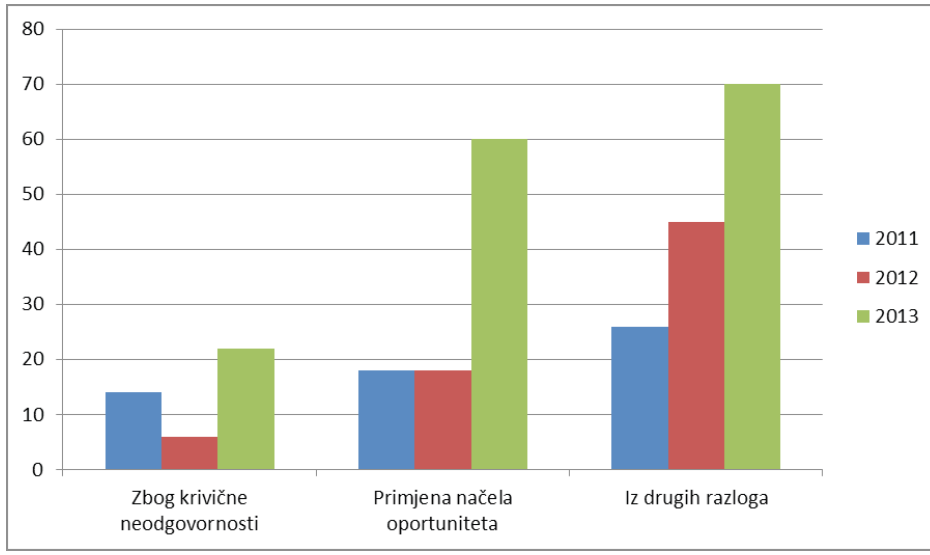
U 2013. godini Centar javne bezbjednosti Bijeljina dostavio je Okružnom tužilaštvu u Bijeljini izvještaj o počinjenom krivičnom djelu za 170 maloljetnih lica. Uz ove predmete, evidentirano je još 27 maloljetničkih predmeta prema 55 maloljetnika iz prethodnog perioda koji nisu riješeni. Okružno tužilaštvo u Bijeljini je donijelo 12 naredbi za pokretanje pripremnog postupka prema 16 maloljetnih lica. S druge strane, Tužilaštvo je donijelo naredbu o nepokretanju pripremnog postupka prema maloljetniku u 94 predmeta za 152 maloljetna lica iz sljedećih razloga:

- u osam predmeta za 22 djece zbog njihove krivične neodgovornosti (radilo se o licima mlađim od 14 godina),
- u 42 predmeta protiv 60 maloljetnih lica zbog primjene načela oportuniteta i
- u 44 predmeta protiv 70 maloljetnika donesena je naredba o nepokretanju pripremnog postupka iz drugih razloga.

Tabela 6: Podaci o broju maloljetnika u odnosu na koje je donesena naredba o nepokretanju pripremnog postupka od strane Okružnog tužilaštva u Bijeljini - po godinama

Iz razloga:	**2011**	**2012**	**2013**
Zbog krivične neodgovornosti maloljetnika	14	6	22
Primjena načela oportuniteta	18	18	60
Iz drugih razloga (ne navodi se iz kojih)	26	45	70
Ukupno	**58**	**69**	**152**

Grafikon 6: Podaci o broju maloljetnika u odnosu na koje je donesena naredba o nepokretanju pripremnog postupka od strane Okružnog tužilaštva u Bijeljini - po godinama

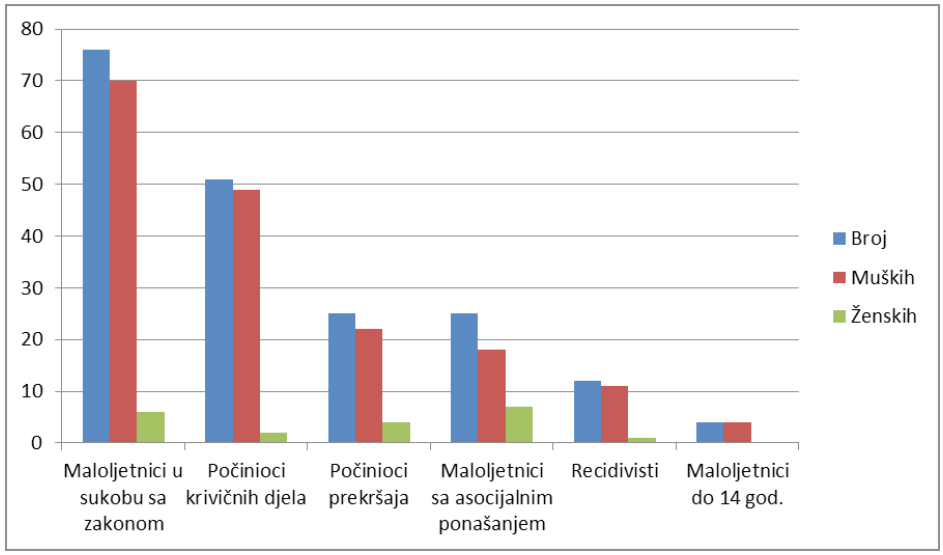


Organ starateljstva (nadležni centar za socijalni rad ili odgovarajuća opštinska služba) predstavlja specifičan, samostalan subjekt, odnosno organ u postupku prema maloljetniku. On svakako nije stranka u postupku (dakle, on nije organ ni optužbe, niti odbrane), ali je organ koji raspolaže veoma značajnim ovlašćenjima i procesnim mogućnostima, kao i brojnim i važnim procesnim obavezama, odnosno organ starateljstva jeste organ koji aktivno učestvuje u postupku i pomaže sudu prilikom donošenja odluke. I vođenje niza evidencija o maloljetnicima važan je zadatak ovog organa, te je tako prema podacima Centra za socijalni rad Bijeljina tokom 2013. godine evidentirano ukupno 105 maloljetnika sa različitim oblicima devijantnog ponašanja, a kako je to prezentovano u tabeli koja slijedi:

Tabela 7: Podaci o broju maloljetnika evidentiranih u Centru za socijalni rad Bijeljina za 2013. godinu

Kategorija maloljetnika	**Broj evidentiranih maloljetnika**	**Muških**	**Ženskih**
Maloljetnici u sukobu sa zakonom	**76**	**70**	**6**
Učinioci krivičnih djela	51	49	2
Učinioci prekršaja	25	22	3
Maloljetnici sa asocijalnim ponašanjem	**25**	**18**	**7**
Recidivisti	**12**	**11**	**1**
Djeca starosti do 14 godina	**4**	**4**	**-**

Grafikon 7: Podaci o broju maloljetnika evidentiranih u Centru za socijalni rad Bijeljina za 2013. godinu



Prema podacima iz prednje tabele i grafikona, tokom 2013. godine Centar za socijalni rad u Bijeljini je evidentirao 76 maloljetnih lica (70 muškog i šest ženskog pola) u sukobu sa zakonom. Prema ovim podacima, ukupno 51 maloljetno lice je počinilo neko od sljedećih krivičnih djela, i to: razbojništvo, krađa, teška krađa, lažno prijavljivanje krivičnih djela, promet i trgovina opojnim drogama, nanošenje tjelesnih povreda i slično. S druge strane, učinioci prekršaja, kojih je u 2013. godini evidentirano 25, činili su prekršaje propisane Zakonom o javnom redu i miru i Zakonom o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima u BiH.

Tokom 2013. godine u Centru za socijalni rad u Bijeljini evidentirano je i 12 maloljetnika povratnika, odnosno recidivista u vršenju krivičnih djela (radilo se o krivičnim djelima krađe, teške krađe i tuče). Takođe, u Centru su evidentirana i četiri maloljetna lica koja su u vrijeme izvršenja krivičnog djela bila mlađa od 14 godina (dijete), a učinioci su krivičnih djela krađe. Protiv ovih lica nije pokretan krivični postupak, s obzirom na to da se radilo o krivično neodgovornim maloljetnim učiniocima krivičnih djela.

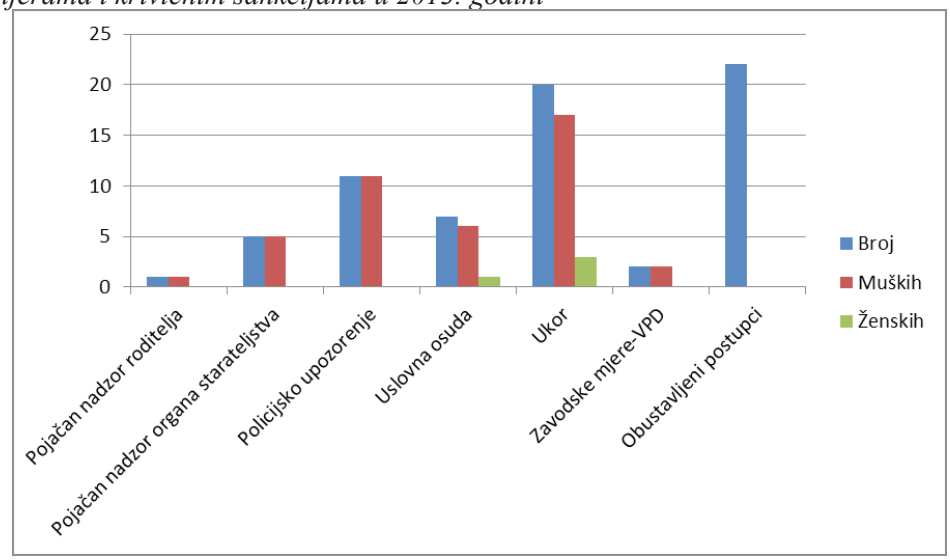
Iz tabele i grafikona je vidljivo i da je većina maloljetnika u sukobu sa zakonom muškog pola (70) u odnosu na djevojčice (dvije djevojčice su učinile krivična djela, a četiri prekršaje).

Nadalje, tokom 2013. godine od strane ovog Centra evidentirano je i 25 maloljetnih lica (18 muškog i čak sedam ženskog pola) sa različitim oblicima asocijalnog ponašanja (nepoštovanje autoriteta, izostajanje sa nastave, bahato ponašanje, skitnja, bježanje od kuće, prosjačenje i slično).

Tabela 8: Podaci Centra za socijalni rad Bijeljina o izrečenim alternativnim mjerama i krivičnim sankcijama u 2013. godini

Naziv alternativne mjere, odnosno krivične sankcije	**Broj izrečenih mjera, odnosno sankcija**	**Muških**	**Ženskih**
Pojačani nadzor roditelja, usvojioca ili staraoca	1	1	-
Pojačani nadzor nadležnog organa starateljstva	5	5	-
Policijsko upozorenje	11	11	-
Uslovna osuda (????)	7	6	1
Sudski ukor	20	17	3
Upućivanje u vaspitno-popravni dom	2	2	-
Obustavljeni postupci	22	-	-

Grafikon 8: Podaci Centra za socijalni rad Bijeljina o izrečenim alternativnim mjerama i krivičnim sankcijama u 2013. godini



Iz tabele i grafikona broj 8 jasno je da su ovlašćena službena lica Centra javne bezbjednosti Bijeljina tokom 2013. godine, svakako u skladu sa zakonom, izrekla 11 policijskih upozorenja (što je jasan pokazatelj o snažnoj opredijeljenosti ovih lica, ali i tužilaštva koje daje svoju saglasnost prilikom izricanja ove alternativne mjere na njenu primjenu). S druge strane, u istraživanom periodu tužilac za maloljetnike i sudija za maloljetnike nisu primjenjivali vaspitne preporuke kao drugu vrstu alternativnih mjera. Nasuprot tome, vaspitna mjera koja nosi naziv sudski ukor značajno je primjenjivana - u čak 20 slučajeva. I na kraju, sudija za maloljetnike Osnovnog suda u Bijeljini je u 22 maloljetnička predmeta obustavio postupak iz razloga cjelishodnosti (svakako na osnovu procjene koja se odnosila na prirodu i način izvršenja krivičnog djela, lične karakteristike maloljetnika i njegov socijalni milje). U određenom broju predmeta vođenih pred ovim Sudom, postupak je obustavljen i iz razloga što su maloljetnici imali već izrečenu neku od vaspitnih mjera koja je bila na snazi.

Zaključak:

Iz sprovedenog istraživanja može se izvesti nekoliko važnih zaključaka, i to:

- stanje u oblasti maloljetničkog kriminaliteta daleko je složenije od onog koje, u pravilu, nadležni organi prezentuju javnosti naročito u pogledu broja izvršenih krivičnih djela i prekršaja;

- podaci organa koji se bave maloljetničkim kriminalitetom značajno se razlikuju, tako da se opravdano postavlja pitanje njihove tačnosti, a samim tim i naučne i svake druge validnosti;

- pojedine alternativne mjere, odnosno krivične sankcije uopšte se ne primjenjuju u praksi organa postupanja prema maloljetnicima u sukobu sa zakonom (zašto je to tako, odgovor svakako treba da daju nadležni organi).

Prof. dr Božidar Banović, Fakultet bezbednosti Univerziteta u Beogradu
Doc. dr Mladen Milošević, Fakultet bezbednosti Univerziteta u Beogradu

KRIVIČNO PRAVO KAO INSTRUMENT ZAŠTITE MALOLETNIH LICA U OBRAZOVNOVASPITNIM USTANOVAMA[1]

Apstrakt

Problem nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja dece i mladih u obrazovnovaspitnim ustanovama je poprimio zabrinjavajuće razmere, što potvrđuju statistički podaci i naučna istraživanja. Krivičnopravna zaštita, iako ultima ratio, treba da se unapredi i pojača kako bi se adekvatno odgovorilo na nastale bezbednosne probleme kojima je pogođen jedan od najosetljivijih delova populacije. Autori se fokusiraju na pitanje kako krivičnopravna prevencija i represija mogu da doprinesu borbi protiv krivičnih dela u obrazovnovaspitnim ustanovama. Krivično pravo je jedan od instrumenata kojima se postiže važan društveni cilj – stvaranje bezbednije sredine za učenje, vaspitavanje i razvoj dece i mladih. Autori, međutim, smatraju da postojeće krivično zakonodavstvo u Srbiji ne prepoznaje specifičnost školskog ambijenta kao predmeta dodatne krivičnopravne zaštite i ne sankcioniše sve oblike društveno opasnog ponašanja odgovornih lica u školama. Središnji deo rada posvećen je raspravi o mogućnostima uvođenja dopunskih oblika određenih krivičnih dela kao i novih inkriminacija u cilju efikasnije prevencije i adekvatnije represije društveno opasnih dela u školama. Autori se zalažu da, de lege ferenda, subjekti kriminalne politike preduzmu normativne mere za poboljšanje zaštite dece i mladih u obrazovnovaspitnim ustanovama i time ozbiljnije doprinesu naporima za stvaranje sigurnije školske sredine.

Ključne reči: *obrazovnovaspitne ustanove, nasilje u školama, krivično zakonodavstvo de lege ferenda, krivičnopravna zaštita maloletnih lica..*

[1] Članak predstavlja rezultat rada na projektu „Bezbednost i zaštita organizovanja i funkcionisanja vaspitno-obrazovnog sistema u Republici Srbiji (osnovna načela, principi, protokoli, procedure i sredstva)“ broj 47017, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

Uvod

Škole u Srbiji i regionu Zapadnog Balkana, sudeći po medijskim izveštajima, ali i realnim pokazateljima, više nisu bezbedne sredine. Neprestano uvećanje vrsta i oblika bezbednosnih rizika, njihovog intenziteta i stepena prouzrokovane štete, nametnula je potrebu bavljenja pitanjima bezbednosti i sprečavanja nasilja u obrazovnovaspitnim ustanovama. Psihofizički integritet učenika i zaposlenih, interpersonalni odnosi i socijalna klima, školska imovina i kritična infrastruktura izloženi su različitim bezbednosnim rizicima i pretnjama. (Milošević, Banović, Putnik, 2014). Ugrožavanje fizičkog i psihičkog integriteta maloletnih lica u školama ne potiče samo od umišljajnog vršenja krivičnih dela i težih prekršaja od strane vršnjaka, nastavnika ili trećih lica, već je rezultat i nehatnih propusta odgovornih lica koji dovode čak i do tragičnih posledica (Dečak stradao na školskom terenu, 2014). Porast vršnjačkog nasilja u srpskim školama, praćen razvojem novih formi kriminaliteta (poput elektronskog ili rodnog nasilja) upozorava da dosadašnji potezi subjekata obrazovnovaspitne, ali i kriminalne politike u smeru unapređenja bezbednosti školske dece i omladine nisu dali odgovarajuće rezultate.

Naravno, nasilje, zlostavljanje i zanemarivanje maloletnih lica u školama nije odlika samo naše sredine. U Evropi i Severnoj Americi još sredinom prošlog veka vršena su ozbiljna istraživanja sa ciljem utvrđivanja učestalosti i rasprostranjenosti ovog fenomena. (Miloradović, 2012: 83 – 89). Prema jednom velikom istraživanju sprovedenom u SAD, u 109 osnovnih i srednjih škola u Merilendu, 49% učenika je barem jednom doživelo nasilje tokom meseca koji je prethodio istraživanju, a 31% njih je bilo akter nasilja. (Bradshaw et. al., 2007).

Imajući u vidu da su nasilje, zlostavljanje i zanemarivanje u školama postojeći fenomeni koji se ne mogu prenebregnuti, između ostalog i zbog stepena proizvedene društvene opasnosti, potrebno je utvrditi da li je krivično pravo, iako po svojoj prirodi ultima ratio (Stojanović, 2014), instrument bez kog se ne mogu ostvariti optimalni rezultati na planu prevencije i represije ovakvih ponašanja. Nasilje u školama, u fizičkom i psihičkom obliku, takve je prirode i intenziteta da zahteva krivičnopravnu reakciju, kako u odnosu na učinioce, tako i odgovorna lica, zadužena za vršenje nadzora nad maloletnim licima.

Na predstojećim stranicama ukazaćemo na značaj problema vršnjačkog i drugog nasilja u školama i analizirati krivičnopravni okvir za borbu protiv društveno opasnih dela u obrazovnovaspitnim ustanovama, da bismo se, u središnjem delu rada, fokusirali na mogućnosti uvođenja dodatne krivičnopravne zaštite maloletnih lica kroz formulisanje predloga dopunskih oblika postojećih krivičnih dela i /ili uvođenja novih inkriminacija.

Vršnjačko nasilje u srpskim školama i okruženju

Problem vršenja krivičnih dela u školama i njihovom neposrednom okruženju, ipak, nije novost u domaćem obrazovno-vaspitnom sistemu. Setimo se tragične smrti

maloletnog Nikole Kovačevića, učenika gimnazije "Sveti Sava". Uzrok smrti bile su telesne povrede zadobijene u fizičkom sukobu sa grupom maloletnika, koji se odigrao za vreme školskog odmora, ispred prodavnice koja se nalazi u neposrednoj blizini gimnazije. Šesnaestogodišnji Nikola je, nakon nekoliko udaraca, posrnuo i prilikom pada teško povredio glavu, što se pokazalo kao neposredni uzrok smrti. Tih dana, 2005. godine, opisani događaj izazvao je šok u javnosti i pokrenuo lavinu pitanja vezanih za bezbednost dece u školama, teške posledice nerešenih socijalnih i ekonomskih problema, uticaj porodice, obrazovnih ustanova i medija na povećanu agresivnost mladih, kao i efikasnost pravnih instrumenata za borbu protiv nasilničkog kriminaliteta.

Pet godina kasnije, izrečena je osuđujuća presuda dvojici maloletnika zbog krivičnog dela teška telesna povreda kvalifikovana smrću, u trajanju od po tri godine maloletničkog zatvora. Prvostepenu presudu Višeg suda iz 2008. godine, koja je glasila na istovetnu krivičnu sankciju u trajanju od po tri i po godine, ukinuo je Vrhovni sud zbog kontroverzi u nalazu i mišljenju veštaka. Porodica preminulog Nikola bila je nezadovoljna težinom izrečene kazne. (Za ubistvo učenika Nikole Kovačevića tri godine zatvora, 2010).

Još tada se ukazivalo kako nasilje među mladima raste, dok školska sredina nije bezbedna niti imuna na teška krivična dela i prekršaje sa elementima nasilja. Činjenica da od prethodnog slučaja stanje kriminaliteta među maloletničkom populacijom nije krenulo u pravcu opadanja, kao i da nije bilo adekvatnih poteza na zakonodavnom i kriminalnopolitičkom planu, otvara stara pitanja, koja danas zvuče još dramatičnije i alarmantnije.

Medijski napisi o tučama praćenim povredama i uznemirenjem javnosti sve su učestaliji u Srbiji i regionu (Upali na čas i bejzbol palicama i srpom napali dečaka, 2014; Beograd: Povređeni u tuči u školi, 2014; Dečak davio devojčicu u školskom toaletu, 2014; Trebinje: Tuča devojčica u školi, jedna zadržana na lečenju, 2014; Kosovo Polje: Albanski učenici uzvikivali "Umri Srbine, smrt Srbiji!, 2014; Slavonski Brod: Tukle vršnjakinju sve dok nije izgubila svest, 2014).

Rezultati istraživanja sprovedenog od strane Ministarstva prosvete i Unicefa upozoravaju da su prisutne i druge vrste nasilja u školama. U Srbiji je 69 odsto učenika osnovnih škola i 74 odsto učenika srednjih škola odgovorilo da su najmanje jednom doživeli neki oblik rodno zasnovanog nasilja od početka školske 2013/2014. godine. Rezultati istraživanja su pokazali da 60 odsto dečaka i 27 odsto devojčica podržava nasilje nad LGBT osobama, kao i da petina dečaka opravdava da momak udari devojku. Istraživanje je sprovedeno u novembru i decembru 2013. godine, a obuhvatilo je 35 osnovnih i 15 srednjih škola, 11.656 dečaka i 10.708 devojčica, 2.537 nastavnika i 81 stručnog saradnika. (Istraživanje: Rodno nasilje doživelo 69 odsto učenika osnovnih škola, 2014).

Istraživanje Zaštitnika građana utvrdilo je postojanje različitih vidova nasilja u vaspitno-obrazovnim ustanovama (Nešić, Jović, 2011), dok je prisustvo elektronskog nasilja potvrđeno kroz istraživanje sprovedeno u srpskim srednjim školama (Popović-Ćitić et al., 2011).

Istraživanje grupe autora pokazuje da broj krivičnih dela i prekršaja sa elementima nasilja, zabeleženih u srpskim školama tokom protekle četiri godine, nije mali. (Milošević, Banović, Putnik, 2014a). U 2010. godini, u 659 škola sa angažovanim školskim policajcem, izvršena su 3 ubistva, a u sledećoj godini, u posmatrane 754 škole, izvršeno je 1 ubistvo. Srećom, u naredne dve godine u školama sa angažovanim školskim policajcem nisu zabeležena ubistva. Da prisustvo školskog policajca u smislu prevencije ovog krivičnog dela nije imalo uticaja, pokazuje podatak da je u istom periodu u školama bez angažovanog školskog policajca (1264 škole) zabeleženo jedno ubistvo, u 2010. godini. Dakle, za tri godine u školama se desilo ukupno pet ubistava.

Broj teških telesnih povreda opet pokazuje značajno veći broj zabeleženih krivičnih događaja u školama sa školskim policajcem.. Nasilničkog ponašanja u posmatranim godinama, u školama sa policajcem, bilo je u: 41, 49, 38 i 54 slučaja; a u školama bez školskog policajca u: 25, 29, 14 i 15 slučajeva. Zanimljiv je i veliki broj razbojništava – 31, 18, 13 i 22 u školama sa policajcem i 11, 4, 6 i 3 u onima bez školskog policajca.

Veoma su frekventna i druga krivična dela protiv imovine – teških krađa je bilo 82, 76, 102 i 117 (redom: 2010, 2011, 2012, 2013. godina) naspram, u školama bez policajca – 76, 111, 90, 122, po istim godinama. Krađa je bilo takođe mnogo: 165, 126, 180 i 353, po istim posmatranim godinama, u školama sa angažovanom zaštitom – školskim policajcem. U školama bez prisustva istog, za iste posmatrane godine, zabeleženih slučajeva krađe je bilo: 90, 102, 100, 241.

Upadljiva razlika u broju prijavljenih krivičnih dela između škola sa angažovanim policijskim službenikom i onim bez istog, ukazuje na činjenicu da u potonjim često dolazi do bezbednosnih incidenata koji se ne prijavljuju, već se „guraju pod tepih" ili, u nešto boljem slučaju, rešavaju interno, bez obaveštavanja nadležnih organa. (Milošević, Banović, Putnik, 2014a).

Dakle, činjenice su nedvosmislene – nasilje u školama u Srbiji i regionu je u stalnom porastu, a njegovi akteri su maloletna lica. Kako bismo sagledali mogućnosti krivičnopravne represije, izvršićemo uvid u aktuelne zakonske norme o krivičnopravnom statusu maloletnika, bez pretenzije da opširnije prikazujemo rešenja srpskog maloletničkog krivičnog prava, već sa idejom da ukažemo na probleme važne za predmet ovog rada.

Osnovi krivičnopravnog statusa maloletnih lica

Ovde, međutim, iskrsavaju pitanja o aktuelnom krivičnopravnom statusu maloletnih lica u srpskom zakonodavstvu i adekvatnosti postojećih rešenja. (Ne)odgovornost maloletnih lica je pretežno regulisana odredbama dva zakona (Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (daljem tekstu: ZOM) i Krivični zakonik (u daljem tekstu: KZ). ZOM uređuje ne samo materijalno pravo prema maloletnicima, već se bavi i pitanjima krivičnog postupka

i procesne zaštite maloletnih lica, kao i izvršenjem krivičnih sankcija (Škulić, 2011; Ilić, Banović, 2012).

Segment krivičnog prava posvećen regulisanju statusa maloletnika se u domaćoj pravnoj teoriji uglavnom označava kao maloletničko krivično pravo (Škulić, 2011; Jovašević, 2008). U nekim evropskim zakonodavstvima ovaj deo krivičnog prava izdvaja se iz krivičnog zakonika i reguliše u okvirima posebnog zakona. Ovo je slučaj u Nemačkoj (Zakon o maloletničkom krivičnom pravosuđu, donet još 1974. godine, noveliran 1990.), Francuskoj (Ordonnance No. 45-174 du 2. fev. 1945. godine, dopunjena Zakonom broj 2002-1138 od 9. septembra 2002. godine), Hrvatskoj (Zakon o sudovima za mladež, Narodne novine Republike Hrvatske broj 111/1997) i Srbiji (Jovašević, 2008: 465). U svim navedenim zemljama maloletnički krivični propisi ne obuhvataju isključivo materijalnopravne, već i norme procesnog i izvršnog karaktera.

KZ Republike Srbije postavlja opšta pravila o značenju izraza dete, maloletno lice i maloletnik (član 112 stav 8 do 10 KZ). Dete je lice koje nije navršilo osamnaest, maloletno lice ono što nije napunilo 18 godina, a maloletnik je lice starosti između 14 i 18 godina. Mlađe punoletno lice je starosti od 18 do 21 godine, dok se na lica starosti od 21 godine ili više, uz ispunjenje ostalih zakonskih uslova, mogu primeniti sve krivične sankcije predviđene KZ-om.

Konkretnije odredbe o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica donosi ZOM. Član 2 ZOM postavlja opšte pravilo o isključenju primene krivičnih sankcija prema deci: „licu koje u vreme izvršenja protivpravnog dela, u zakonu predviđenog kao krivično delo, nije navršilo četrnaest godina, ne mogu se izreći krivične sankcije ni primeniti druge mere koje predviđa ovaj zakon". Član 3 ZOM definiše izraze maloletnik i mlađe punoletno lice na istovetan način kao KZ, dok ne pominje definiciju pojma maloletno lice. ZOM uvodi i dalju klasifikaciju u okviru kategorije maloletnika – mlađi maloletnik je lice koje je u vreme izvršenja krivičnog dela navršilo četrnaest, a nije navršilo šesnaest godina, dok stariji maloletnik predstavlja lice između 16 i 18 godina starosti (član 3 stav 2 i 3 ZOM).

Razlog za kritičku analizu maloletničkog krivičnog prava u Srbiji nalazimo ne samo u činjenicama vezanim za povećanje nasilja u školama, već i u zabrinjavajućim nalazima o kriminalitetu maloletnih lica uopšte. Uostalom, vršenje krivičnih dela od strane maloletnika, čak i van i bez neposredne veze sa školskim okruženjem, svakako ukazuje i na probleme u vaspitanju dece i mladih, a samim tim i na nedostatke politike obrazovnovaspitnog sistema.

U prilog navedenom mogu se pomenuti zaključci pravnih stručnjaka za maloletničko krivično zakonodavstvo i pravosuđe. Početkom 2014. godine je održan i okrugli sto na kome se raspravljalo o mogućnostima hitne zakonodavne intervencije u pravcu izmene maloletničkog krivičnog zakonodavstva. U okviru rasprave M. Škulić izneo je podatak po kome se stopa povrata među maloletnim učiniocima krivičnih dela kreće u procentu od oko 80%. Ovaj podatak je, kako je istaknuto, statistički nevidljiv bez uporedne analize, jer zvanični podaci pokazuju da je stepen povrata među maloletnicima svega 15%, zato što ne uzimaju u obzir činjenicu da

maloletnici prirodno prelaze u statističku kategoriju punoletnih učinilaca i nastavljaju da čine krivična dela. Uporedna analiza pokazala je zabrinjavajuće visok procenat povrata. Iako se visok stepen povrata beleži širom Evrope, stručnjaci su istakli da se u drugim zemljama preduzimaju mere za prevenciju i suzbijanje maloletničke delikvencije, dok kod nas nema ozbiljnih koraka u ovom pravcu. (Sprema se novi zakon o maloletnicima, 2014).

U međuvremenu, Radna grupa pripremila je nacrt izmena i dopuna ZOM, kojim se predviđa povećanje opšteg maksimuma maloletničkog zatvora sa 10 na 12 godina, ali i rasterećenje maloletničkog pravosuđa stvaranjem uslova za obaveznu primenu vaspitnih naloga kod svih krivičnih dela maloletnika za koja je zaprećena kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna. Ovim bi se u svim slučajevima lakših krivičnih dela izbeglo vođenje krivičnog postupka. (Suđenje uz popravni dom ili zatvor, 2014). Na potrebu unapređenja primene ustanove vaspitnog naloga i rasterećenja maloletničkog pravosuđa ukazao je pre tri godine i izveštaj podnet u sklopu projekta „Podrška reformi maloletničkog pravosuđa – unapređenje primene vaspitnih naloga“, sprovedenom od strane Republičkog zavoda za socijalnu zaštitu (Podrška reformi maloletničkog pravosuđa – unapređenje primene vaspitnih naloga, 2011).

Pitanje je, međutim, da li bi nas podaci o visokoj stopi izvršenih krivičnih dela maloletnika i njihovom povratu trebalo da navedu na zaključak o izvesnom smanjenju krivičnopravne represije. Zaključci o opravdanosti uvođenja mehanizama izbegavanja vođenja krivičnog postupka u slučajevima lakših krivičnih dela sasvim su na mestu, jer je u takvim situacijama korist od vođenja postupka i izricanja mere prema maloletniku manja od štete koju on trpi zbog traumatizacije i stigmatizacije. Kada govorimo o potrebi povećanja represije, razmišljamo u pravcu težih i najtežih krivičnih dela maloletnika, kao i o slučajevima višestrukog povrata, gde je očigledno važno primeniti delotvornije krivične sankcije radi generalne i specijalne prevencije. Takođe, razmatrajući fenomenologiju krivičnih dela u školama i uzrast učinilaca, može se postaviti pitanje da li bi spuštanje starosne granice za primenu krivičnih sankcija dalo odgovarajuće rezultate.

Krivičnopravni okvir za borbu protiv nasilja u školama – de lege lata

Krivičnopravna zaštita maloletnih lica ostvaruje se i propisivanjem kvalifikovanih oblika krivičnih dela kada je pasivni subjekt lice tog uzrasta. Krivična dela u kojima je kao objektivno obeležje prisutan uzrast maloletnog lica relativno su brojna u srpskom krivičnom zakonodavstvu. Kao primere možemo navesti neka krivična dela protiv braka i porodice (vanbračna zajednica sa maloletnikom – član 190 KZ; oduzimanje maloletnog lica – član 191 KZ; promena porodičnog stanja – član 192 KZ; zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica – član 193 KZ; nasilje u porodici – član 194 KZ; rodoskrvnjenje – član 197). Svojstvo maloletnog lica je element zakonskog opisa krivičnog dela i u drugim glavama KZ, od koji su posebno važna krivična dela protiv polne slobode i života i tela. U stavu 7. čl. 114. KZ, inkriminiše se kao

teško ubistvo oblik lišavanja života žene za koju se zna da je trudna ili lišavanje života deteta. Član 119 KZ – navođenje na samoubistvo i pomaganje u samoubistvu u kvalifikovanim oblicima takođe predviđa uzrast žrtve kao element bića krivičnog dela. U st. 2. maloletno lice koje je navršilo 14 godina je upodobljeno bitno smanjenoj uračunljivosti odrasle žrtve, a u značenju pravne pretpostavke o nepostojanju dovoljne rezistentnosti žrtve, dok se st. 3. predviđaju kao žrtve lice koje nije navršilo 14 godina ili neuračunljivu žrtvu, što zapravo pretpostavlja apsolutnu nemoć žrtve da "učestvuje u odluci", što praktično prekvalifikuje delo u ubistvo. Pokušaj je kažnjiv. (Stojanović, Delić, 2013).

Kvalifikovani oblik teške telesne povrede iz člana 121 stav 6, uveden je u naše zakonodavstvo Novelom KZ iz 2009. godine. Kvalifikatorne okolnosti u ovom stavu date su alternativno (izvršenje dela prema maloletnom licu, bremenitoj ženi ili licu koje obavlja poslove od javnog značaja). Zakonodavac daje poseban značaj činjenici maloletstva i kod krivičnog dela iz člana 120 KZ – nedozvoljeni prekid trudnoće. Stav 3 ovog člana pruža posebnu krivičnopravnu zaštitu ženskom licu starosti ispod šesnaest godina jer izjednačava situaciju u kojoj je pobačaj izvršen bez pristanka žene sa vršenjem pobačaja kod maloletnog lica navedenog uzrasta koje je pristalo na ovaj zahvat ali pri tome nije pribavljena i pisana saglasnost njenih roditelja. Ovo se zaključuje iz same formulacije člana koji zahteva kumulativno ispunjenje dva uslova u izostanku kojih se smatra da je ostvareno biće kvalifikovanog oblika krivičnog dela nedozvoljeni prekid trudnoće: pristanak trudnice i pisanu saglasnost roditelja, usvojioca ili staraoca.

Zakonodavac posredno ukazuje veću krivičnopravnu zaštitu maloletnim licima i kod krivičnog dela iz člana 117 KZ – lišenje života iz samilosti. Ovo je, ustvari, privilegovan oblik krivičnog dela ubistva, kod koga pobuda učinioca (samilost) uz ostale objektivne okolnosti čini delo značajno lakšim u odnosu na ubistvo. Pre postojanja ovog krivičnog dela, lišenje života iz samilosti predstavljalo je ubistvo (Stojanović, 2012). Imajući u vidu da formulacija odredbe eksplicitno pominje samo punoletno lice, nedvosmisleno proizlazi da pasivni subjekt ovog krivičnog dela ne može da bude maloletno lice. Dakle, lišenje života iz samilosti maloletnog lica predstavlja krivično delo ubistva iz člana 113. KZ, a ukoliko je lice bilo mlađe od četrnaest godina, radiće se o krivičnom delu iz člana 114. tačka 9. – teško ubistvo. Uzimajući u obzir zaprećene kazne, jasno je da zakonodavac pruža posebnu krivičnopravnu zaštitu maloletnim licima.

Okolnost da je pasivni subjekt maloletno lice određuje jedan od kvalifikovanih oblika krivičnog dela izlaganja opasnosti (oblik predviđen članom 125 stav 4 KZ). Interesantno je da kvalifikovani oblik postoji ako je žrtva maloletno lice ili bremenita žena.

Interesantno je da zakonodavac ne uvažava činjenicu uzrasta pasivnog subjekta krivičnog dela iz čl. 122 i 123 KZ. Radi se o lakoj telesnoj povredi i učestvovanju u tuči.

Kod krivičnih dela protiv polne slobode uzrast maloletnog lica obeležje je krivičnog dela u većem broju inkriminacija, što je sasvim logično. Kod silovanja, zna-

čajno je razdvajanje dva kvalifikovana oblika vezano za maloletstvo žrtve: stavom 3 silovanje maloletnog lica koje je navršilo 14 godina upodobljeno je silovanju koje je učinjeno u grupi, na naročito svirep ili ponižavajući način, ili je delo imalo za posledicu tešku telesnu povredu ili trudnoću. Najteži oblik je predviđen u slučaju silovanja lica koje nije navršilo 14 godina, upodobljujući ga sa smrtnom posledicom. Kao krivična dela pojačane zaštite maloletnih lica iz okvira ove grupe dela treba pomenuti i: obljubu nad nemoćnim licem (član 179.), obljubu sa detetom (član 180) i obljubu zloupotrebom položaja (član 181), podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa (član 182), prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju (član 184), navođenje maloletnog lica na prisustvovanje polnim radnjama (član 185), iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu (član 185a).

U okviru glave KZ koja inkriminišu krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom predviđena su krivična dela koja inkriminišu trgovinu ljudima (trgovina ljudima - član 388 i trgovina maloletnim licima radi usvojenja – član 389 KZ). Mada u savremenom značenju ovo delo predstavlja ozbiljan oblik ugrožavanja dostojanstva ličnosti (Tomuštat, 2006:64) i organizovanog kriminala, zakonodavac se odlučio da tu činjenicu predstavi samo kao kvalifikatornu okolnost (u alternativi sa ‘’bavljenjem’’ kao načinom izvršenja). (Simović-Hiber, Milošević, 2012a). Za osnovni oblik trgovine ljudima učinjeno prema maloletnom licu učinilac se kažnjava u rasponu propisanom za to delo i kad nije upotrebio silu, pretnju ili neki drugi od načina izvršenja. Ukoliko je upotrebljen neki od načina izvršenja iz stava 1 ovog člana a pasivni subjekt je maloletno lice, propisana je znatno stroža kazna u odnosu na osnovni oblik (zatvor u trajanju od najmanje pet godina). Maloletno lice je posebno zaštićeno i kroz stav 4 člana 388, kao i u stavu 9 istog člana.

Dakle, iako se činjenica uzrasta pasivnog subjekta uzima u obzir kod mnogih krivičnih dela, posebna krivičnopravna zaštita dece i mladih u školama ne predstavlja poseban predmet regulisanja KZ. U KZ Srbije ne postoji nijedna inkriminacija u kojoj je neko obeležje krivičnog dela vezano za škole. Ovde se postavlja pitanje da li bi zakonodavac trebalo da prepozna školski ambijent kao sredinu kojoj će dati posebnu, pojačanu, krivičnopravnu zaštitu.

Dodatna krivičnopravna zaštita maloletnih lica u školama – de lege ferenda

Dodatna krivičnopravna zaštita maloletnih lica u školama i drugim obrazovno-vaspitnim ustanovama mogla bi se postići kroz izmenu opšteg i posebnog dela KZ. Razmotrimo koje su mogućnosti zakonodavca u ovom pogledu.

Interesantno je da su poslednjih godina vršene izmene krivičnog zakonodavstva u cilju unapređenja krivičnopravne zaštite određenih lica i to kroz opšti deo KZ-a. Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2009. godine (Zakon o izmenama

i dopunama Krivičnog zakonika, 2009, u daljem tekstu: ZID KZ) uvedena je kategorija lica koje obavlja poslove od javnog značaja. Tumačeći član 112, stav 32 KZ, koju je uveo ZID KZ iz 2009. godine, nastavnici se mogu podvesti pod opseg pojam „posla od javnog značaja", i to baš u situacijama kada se prema njima izvrši krivično delo u školi ili u vezi sa školom, što jasno proizlazi iz smisla zakonskog rešenja.

Iz ovog proizlazi da bi ubistvo nastavnika tokom obavljanja posla ili u vezi sa istim, bilo pravno kvalifikovano kao teško ubistvo iz člana 114 KZ. Ali, ukoliko bi neko umišljajno lišio života petnaestogodišnjeg učenika u školi, to samo po sebi ne bi bilo teško ubistvo (isključujući druge okolnosti). Dakle, domaće krivično pravo, zbog propusta zakonodavca, drži nastavnika važnijim objektom krivičnopravne zaštite nego maloletno lice srednjoškolskog uzrasta!

Ovakva greška nije načinjena kod krivičnog dela teške telesne povrede, gde su maloletno lice i lice koje vrši poslove od javnog značaja svrstani pod isti stav, te je zaprećena identična kazna onome ko teško povredi lice koje pripada jednoj od ove dve kategorije. Problem nedoslednosti kod krivičnog dela teškog ubistva može biti rešen i na jednostavniji način – tako što bi se izmenio stav 1 tačka 9 člana 114 i umesto izraza dete stavio termin maloletno lice.

Krenimo dalje. ZID KZ iz 2012. godine (Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, 2012, u daljem tekstu ZID KZ/12) uveo je novu okolnost za odmeravanje kazne, koja je postala član 54a KZ. Odredba člana propisuje posebnu okolnost za odmeravanje kazne za krivično delo učinjeno iz mržnje. Ukoliko je krivično delo učinjeno iz mržnje zbog pripadnosti rasi i veroispovesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica, tu okolnost sud će ceniti kao otežavajuću okolnost, osim ako ona nije propisana kao obeležje krivičnog dela.

Dakle, ovde je takođe pojačana krivičnopravna zaštita određenih ličnih karakteristika. Zar bezbednost, psihički i telesni integritet deteta u školi ne bi trebalo da budu predmet dodatne zaštite? Činjenica da je delo učinjeno u školskoj sredini trebala bi, po nama, da bude obavezna otežavajuća okolnost. Na ovaj način, zakonodavac bi opštom odredbom obuhvatio brojne slučajeve nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja u školama i poslao nedvosmislenu poruku sudovima i javnosti.

Smatramo da bi činjenicu da je krivično delo učinjeno u školi (ili drugoj obrazovno-vaspitnoj ustanovi) trebalo propisati kao obeležje određenih krivičnih dela. Tako, smatramo da bi trebalo uvesti kvalifikovane oblike krivičnih dela otmice i protivpravnog lišavanja slobode ukoliko je do istih došlo u školama ili njihovom neposrednom okruženju, prema maloletnom licu koje pohađa školu. Na isti način bi se moglo postupiti kada su u pitanju nasilničko ponašanje, kao i dela protiv polne slobode.

Posebno je važno pojačati borbu protiv ilegalne trgovine narkoticima u školama. Znajući da su školska dvorišta i njihovo neposredno okruženje čest poligon za izvršioce krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246 KZ), bilo bi poželjno uvesti kvalifikovan oblik kada je delo učinjeno u školi i njenom okruženju. Isto bi se moglo učiniti i sa krivičnim delima iz članova 246a i 247 KZ.

Ne smemo zaboraviti da je propuštanje nadzora nad maloletnim licima u obrazovnovaspitnim ustanovama, kao i propuštanje zakonskih dužnosti u vezi zaštite bezbednosti i zdravlja učenika društveno opasno ponašanje i jedan od bitnih faktora ugrožavanja telesnog i psihičkog integriteta učenika. Prema tome smatramo da treba razmotriti ideju o uvođenju novih krivičnih dela, čija bi obeležja bila vezana za nesavesno postupanje odgovornih lica u obrazovnovaspitnim ustanovama.

Mapirajući rizike po bezbednost učenika, trebalo bi posebnu pažnju obratiti na svesno zanemarivanje obaveza odgovornih lica koje se odrazilo na bezbednost i zdravlje učenika, prevenciju i reagovanje u slučaju elementarnih nepogoda i drugih nesreća, protivpožarnu zaštitu i građevinsko-tehničku bezbednost školskih objekata.

Sumirajući navedeno, mislimo da bi trebalo uvesti posebno krivično delo čije bi biće glasilo: „odgovorno lice u obrazovnovaspitnoj ustanovi koje svesno kršeći propise u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu, vanrednih situacija, protivpožarne zaštite i građevinske bezbednosti, propusti da preduzme mere za zaštitu života, bezbednosti i zdravlja lica i zaštitu objekata i infrastrukture obrazovnovaspitne ustanove i time izazove opasnost po život i telo lica ili imovinu većeg obima, kazniće se.... Delo bi moglo da ima i teže oblike ukoliko dođe do teške telesne povrede ili smrti usled izvršenja osnovnog oblika.

Trebalo bi inkriminisati i svesno neprijavljivanje nasilja ili nepreduzimanje odgovarajućih mera od strane lica koje se u određenoj ustanovi bavi vaspitno-obrazovnim radom. Možda bi se, uz ovo, moglo razmisliti i o uvođenju posebnih mera zaštite od nasilja i inkriminisanju njihovog kršenja. (Simović, Milošević, 2012). Sankcije za nepoštovanje tih mera kojim nisu izazvane konkretne posledice mogle bi se predvideti i kroz prekršajno zakonodavstvo.

Naravno, imajući u vidu razvoj informacionih tehnologija i sredstava komunikacije i njihovu veliku popularnost među mladima, nikako ne smemo ispustiti iz vida ni tzv. elektronsko nasilje. (Li, 2007). Među teoretičarima ne postoji univerzalno prihvaćena definicija elektronskog nasilja. (Putnik et al., 2013: 2). Ono se može definisati kao namerno i ponavljano povređivanje korišćenjem elektronskog teksta (Patchin, Hinduja, 2006), odnosno korišćenje Interneta, mobilnih telefona ili druge tehnologije da bi se poslale i/ili postavile slike ili tekstovi s namerom da se povredi ili posrami druga osoba (National Crime Prevention Council, 2006). Rezultati istraživanja, koje je sprovedeno u pet srednjih škola u Beogradu, pokazali su da je 10% učenika uzrasta od 11 do 15 godina sprovodilo ovu vrstu aktivnosti prema drugim učenicima. Osim toga, istraživanje je pokazalo da je 20% učenika bilo žrtva ovakvih, virtuelnih, kampanja (Popović-Ćitić et al., 2011:412). Navedeno pokazuje da bi trebalo razmisliti i o posebnoj krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica od elektronskog nasilja u školama ili u vezi sa školom.

Ukoliko odemo i korak dalje, možemo predložiti i uvođenje šire formulisanog krivičnog dela, koje bi obuhvatilo različite oblike krivičnih radnji u školskoj sredini. Školsko nasilje bi se moglo formulisati slično krivičnom delu nasilje u porodici. Predloženi tekst mogao bi da glasi: "Ko vršenjem nasilja, pretnjom da će neposredno napasti na život ili telo, zlostavljanjem, mučenjem ili drugim postupanjem kojim se

vređa ljudsko dostojanstvo ugrožava telesni integritet, spokojstvo ili duševno stanje maloletnih lica u vaspitno-obrazovnim ustanovama, kazniće se…

Kvalifikovani oblici postojali bi u sledećim slučajevima: ako je prilikom izvršenja dela korišćeno oružje ili oruđe podobno da telo teško povredi (prvi oblik); ako je delo učinjeno prema više lica ili učinjeno u okviru grupe ili je dovelo do težeg narušavanja javnog reda i mira ili izazvalo uznemirenje građana (teži oblik od prethodnog); ukoliko je došlo do teške telesne povrede maloletnog lica (još teži oblik) i najteži oblik – ako je usled izvršenja dela došlo do smrti maloletnog lica. (Milošević, Banović, Putnik, 2014a).

Konačno, ako se vratimo na opšti deo krivičnog zakonodavstva i to na maloletničko krivično pravo, smatramo da bi, zbog činjenice kako sve mlađa maloletna lica vrše teža krivična dela, možda trebalo razmisliti i o spuštanju starosne granice za primenu krivičnih sankcija. Eventualno proširenje krivičnopravne represije u ovom pravcu, naravno, trebalo bi da bude pažljivo razmotreno i nije predmet ovog rada, već drugih istraživanja, nužno multidisciplinarnog i interdisciplinarnog tipa.

Zaključak

Posebna krivičnopravna zaštita maloletnih lica je ostvarena u srpskom krivičnom zakonodavstvu, kroz odredbe posebnog zakona i mnoge inkriminacije u KZ. Ipak, školska sredina nije prepoznata kao specifičan predmet dodatne krivičnopravne zaštite, iako podaci ukazuju da škole nisu dovoljno bezbedne sredine. Vaspitavanje, obrazovanje i razvoj dece i mladih predškolskog i školskog uzrasta je važna, možda i ključna društvena funkcija. Znajući da je jedno od osnovnih načela krivičnog prava humanost, to jest zaštita čoveka i drugih temeljnih društvenih vrednosti, smatramo da školstvo zaslužuje posebnu, pojačanu zaštitu zakonodavca, te da su akti kojima se ugrožava bezbednost funkcionisanja obrazovnovaspitnog sistema, društveno opasna ponašanja, i to od naročitog značaja za osmišljavanje delotvorne kriminalne politike.

Faktori koji doprinose porastu vršnjačkog i drugog nasilja, kao i ostalih vidova ugrožavanja bezbednosti maloletnih lica u školama, svakako se nalaze i u propustima i nedostatku dužnog nadzora od strane odgovornih lica u obrazovnovaspitnim ustanovama. Zakonodavac bi trebao da pošalje nedvosmislenu poruku da je prevencija nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja dece i mladih od suštinskog značaja za razvoj savremenog srpskog društva i izgradnju humanijeg i bezbednijeg okruženja, te da bi omisivne akte odgovornih lica, posebno u domenu bezbednosti i zdravlja, vanrednih situacija, protivpožarne zaštite i građevinske sigurnosti trebalo sankcionisati odredbama kaznenog prava – krivičnog ili prekršajnog.

I pored zakonodavnih pomaka učinjenih u poslednjih nekoliko godina, kojima su prepoznate novi objekti dodatne krivičnopravne zaštite (krivična dela iz mržnje, lica koja obavljaju poslove od javnog značaja), subjekti kriminalne politike neće postići optimalne rezultate ako ne usmere pažnju ka posebnoj zaštiti obrazovanja i vaspitanja dece i mladih, jer narušavanje funkcionisanja ovog sistema lančano vodi ka dubljim društvenim problemima u bliskoj budućnosti.

Abstract

Violence in Serbian schools, according to statistical data and relevant research appears to have significant impact to the the safety of educational system. Authors analyze Serbian criminal legislation and conclude that criminal protection of juveniles is expressed through many incrimination, but none of them takes into consideration schools and its surrounding. The authors present facts about violence, neglection and abuse in educational institutions and strongly recommend the criminal legislation to be amended. They argue that the percentage of crimes and misdemeanors in schools is high and indicate the need for immediate reaction. The authors conclude that the main issue is the lack of substantial criminal law norms which would regulate this field and introduce adequate penalties, so they suggest concrete legislative measures by which the criminal protection of school children and youth could be improved. The main social goal that would be achieved with the implementation of these normative measures is seen in the improvement of school safety and setting the basic conditions for making school safer ground for the education and development of school children and youth.

LITERATURA

Bradshaw, C. P., Sawyer, A. L., O'Brennan, M. (2007). Bullying and peer victimizationat school: Perceptual differences between students and school staff. *School Psychology Review*, 36 (3), 361–382.

Dečak stradao na školskom terenu, 2014., http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2014&mm=10&dd=04&nav_category=16&nav_id=907582,. Sajt posećen: 01.10.2014.

Krivični zakonik (*Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05 – ispravka, 107/05 – ispravka, 72/09 , 111/09, 121/12, 104/13, 108/14).

Li, Q. (2007). New bottle but old wine: A research of cyberbullying in schools. *Computers in Human Behavior*, 23(4), 1777-1791.

Miloradović, S. (2012). *Manifestovanje i učestalost nasilja u srednjoj školi.* Master rad. Niš: Univerzitet u Nišu – Filozofski fakultet.

Milošević, M., Banović B., Putnik, N. (2014). Projektovanje integralnog sistema školskog obezbeđenja – smernice i dileme. U: Dragišić, Z., Mladenović, M. (prir). Sadržaj bezbednosnih izazova Srbije na početku XXI veka. Inovacioni centar Fakulteta bezbednosti, Beograd, str. 81-89.

Milošević M., Banović B., Putnik N. (2014a). Nasilje i drugi oblici ugrožavanja bezbednosti u obrazovno-vaspitnim ustanovama i mogućnosti krivičnopravne i prekršajne zaštite. U: Popović Ćitić, B., Đurić, S. (urednici). Modeli unapređenja bezbednosti u obrazovnovaspitnim ustanovama. Fakultet bezbednosti, Beograd, str. 37-55.

National Crime Prevention Council (2006). *Cyberbullying*. http://www.ncpc.org/cyberbullying.

Nešić, S., Jović, N. (2011). *Zaštita dece od nasilja u školama – izveštaj zaštitnika građana i panela mladih savetnika.* Beograd: Zaštitnik građana.

Patchin, J. W., Hinduja, S. (2006). Bullies move beyound the schoolyard: A preliminary look at cyberbullying. *Youth violence and juvenile justice*, 4(2), 148-169.

Simović-Hiber, I., Milošević, M. (2012). Analiza zakonskog okvira za zaštitu dece od nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja u vaspitno-obrazovnim ustanovama. U: Kordić i sar. (urednici). Reagovanje na bezbednosne rizike u obrazovno-vaspitnim ustanovama. Beograd: Univerzitet u Beogradu - Fakultet bezbednosti, str. 15-35.

Simović-Hiber, I., Milošević, M. (2012a). Deca kao žrtve krivičnih dela – uvod u razmatranje rizika od kriminalnog delovanja u školskoj sredini. U: Popović-Ćitić i sar. (urednici). Bezbednosni rizici u obrazovno-vaspitnim ustanovama. Beograd: Univerzitet u Beogradu - Fakultet bezbednosti, str. 243-268.

Stojanović, Z. (2012). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd: Službeni glasnik.

Stojanović, Z., Delić, N. (2013). *Krivično pravo – posebni deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravna knjiga.

Stojanović, Z. (2014). *Krivično pravo – opšti deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravna knjiga.

Tomuštat K. (2006). *Ljudska prava između idealizma i realizma*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.

Unicef: elektronsko nasilje, 2014; http://www.unicef.rs/elektronsko-nasilje.html. Sajt posećen: 06. 10. 2014. godine

Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima deteta, *Službeni list SFRJ –Međunarodni ugovori*, br. 15/90.

Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika RS (Službeni glasnik RS, broj 72/09).

Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika RS (Službeni glasnik RS, broj 121/12)

Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (*Službeni glasnik RS*, broj 85/05).

Zakonik o krivičnom postupku (*Službeni list SRJ*, br. 70/01 i 68/02 i *Službeni glasnik RS*, br. 58/04, 85/05 – dr. zakon, 115/05, 46/06, 49/07, 122/08, 20/09 – dr. zakon i 72/09).

Beograd: povređeni u tuči, 2014; http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2014&mm=09&dd=22&nav_category=16&nav_id=902603; sajt posećen: 11.10.2014. godine.

Za ubistvo učenika Nikole Kovačevića tri godine zatvora, 2010; http://www.blic.rs/Vesti/Hronika/207628/Za-ubistvo-ucenika-Nikole-Kovacevica-tri-godine-zatvora . Sajt posećen: 01.10.2014. godine

Trebinje: Tuča devojčica u školi, jedna zadržana na lečenju, 2014; http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/republika_srpska/aktuelno.655.html:493635-Trebinje- ; sajt posećen: 04.10.2014. godine

Ilić, A., Banović, B. (2012). Krivičnoprocesna zaštita maloletnih lica – domaća i uporedna rešenja. *Strani pravni život*, broj 1/2012, str. 86 – 106.

Istraživanje: Rodno nasilje doživelo 69 odsto učenika osnovnih škola, 2014; http://www.blic.rs/Vesti/Drustvo/471162/Istrazivanje-Rodno-nasilje-dozivelo-69-odsto-ucenika-osnovnih-skola sajt posećen: 05.10.2014. godine.

Dečak davio devojčicu u školskom toaletu, 2014;http://www.vesti-online.com/Vesti/Ex-YU/432922/Decak-davio-devojcicu-u-skolskom-toaletu; sajt posećen: 11.10.2014.

Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (*Službeni glasnik RS*, broj 85/05).

Upali na čas i bejzbol palicama i srpom napali dečaka, 2014;http://www.vesti-online.com/Vesti/Hronika/376333/Upali-na-cas-i-bejzbol-palicama-i-srpom-napali-decaka; sajt posećen: 10.10.2014. godine.

Jovašević, D. (2008). Položaj maloletnika u novom krivičnom pravu Republike Srbije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 45, broj 3/2008, str. 465 – 486.

Kosovo Polje: Albanski učenici uzvikivali "Umri Srbine, smrt Srbiji!, 2014; http://www.vesti-online.com/Vesti/Srbija/441143/Kosovo-Polje-Albanski-ucenici-uzvikivali-Umri-Srbine-smrt-Srbiji-; sajt posećen: 11.10.2014. godine.

Nešić, S., Jović, N. (2011). *Zaštita dece od nasilja u školama – izveštaj zaštitnika građana i panela mladih savetnika.* Beograd: Zaštitnik građana.

Sprema se novi zakon o maloletnicima, 2014; http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/Sprema-se-novi-zakon-o-maloletnicima.lt.html; sajt posećen: 05.09.2014. godine.

Popović-Ćitić, Đurić, Cvetković. (2011). The prevalence of cyberbullying among adolescents: A case study of middle schools in Serbia. *School Psychology International*, 32(4), 412–424.

Republički zavod za socijalnu zaštitu. (2011). Podrška reformi maloletničkog pravosuđa – unapređenje primene vaspitnih naloga,

Suđenje uz popravni dom ili zatvor, 2014; http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2014&mm=10&dd=12&nav_category=16&nav_id=910605; sajt posećen: 14.10.2014. godine.

Slavonski Brod: Tukle vršnjakinju sve dok nije izgubila svest, 2014; http://www.vesti-online.com/Vesti/Ex-YU/442120/Tukle-vrsnjakinju-sve-dok-nije-izgubila-svest; sajt posećen: 18.10.2014. godine).

Škulić, M. (2011). *Maloletničko krivično pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik.

Doc. dr Marina M. Simović, sekretar Ombudsmena za djecu Republike Srpske i docent na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta "Apeiron" u Banjoj Luci

KRIVIČNE SANKCIJE PREMA MALOLJETNICIMA I NJIHOVO IZVRŠENJE U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

Devijantno ponašanje maloljetnika se ne ispoljava samo u vršenju krivičnih djela, već i u različitim vidovima asocijalnog i antisocijalnog ponašanja, koji nisu inkriminisani krivičnopravnim normama, ali su društveno neprihvatljivi i proizvod su nedovoljne socijalizacije maloljetnika. Ti vidovi društveno neprihvatljivog ponašanja mogu biti uvod u postupanje kojim se krše krivičnopravne norme. Stoga, organizovano društvo mora reagovati na takvo ponašanje, i to primjenom širokog spektra mjera vaspitnog, odnosno socijalnog karaktera. U tom kontekstu, krivične sankcije predstavljaju osnov zakonodavne legislative, namijenjene kažnjavanju, odnosno procesuiranju svih oblika kriminalnog ponašanja maloljetnika.

Pokretanje krivičnog postupka prema maloljetnim učiniocima krivičnog djela zahtijeva hitno i koordinirano postupanje svih onih koji su u tu proceduru uključeni, ali, isto tako, i stvaranje potrebnih uslova za ostvarivanje primarne, sekundarne i tercijarne prevencije. Svrha izvršenja krivičnih sankcija prema ovoj kategoriji učinilaca krivičnih djela jeste sprovođenje pravnosnažnih i izvršnih sudskih odluka, odnosno zaštita društva od vršenja krivičnih dijela i izdvajanje njihovih učinilaca iz društvene sredine, s ciljem prevaspitavanja, liječenja i osposobljavanja za život na slobodi, u skladu sa zakonom.

Ključne riječi: maloljetnici, djeca, krivične sankcije, krivično djelo, Federacija BiH.

1. Uvodne napomene

Zakonom o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije BiH[1] predviđene su posebne krivične sankcije za maloljetne učinioce krivičnih djela koje se razlikuju za punoljetne učinioce krivičnih djela, i to kako po svojoj

[1] "Službene novine Federacije BiH" broj 7/14. U daljem tekstu: Zakon. Ovaj zakon sadrži cjeline koje sistematski rješavaju pitanje maloljetničke delinkvencije. On obuhvata odredbe materijalnog i krivičnog procesnog prava, zatim odredbe o organizaciji sudova za maloljetnike, izvršenju krivičnih sankcija koje se izriču maloljetnim učiniocima krivičnih djela, kao i dio koji se odnosi na krivična djela izvršena na štetu djece i maloljetnika.

suštini tako i svrsi. Osnovne krivične sankcije za maloljetne učinioce krivičnih djela su vaspitne mjere koje predstavljaju jedinu krivičnu sankciju za mlađe maloljetnike (lica od 14 do 16 godina). Starijim maloljetnicima (licima od 16 do 18 godina) mogu se izricati vaspitne mjere pod uslovima predviđenim Zakonom, a izuzetno i maloljetnički zatvor. Osim ovih krivičnih sankcija, maloljetnicima se mogu izricati i mjere bezbjednosti, ali ne i sudska opomena i uslovna osuda (član 34 Zakona).[2]

Vaspitne mjere i maloljetnički zatvor su po svom karakteru prinudne mjere čija primjena ne zavisi od volje maloljetnika. Elemenat represije kod ovih krivičnih sankcija nije zastupljen u snažnijoj mjeri, pa je posebna svrha vaspitnih mjera i maloljetničkog zatvora da se nadzorom, pružanjem zaštite i pomoći, kao i obezbjeđivanjem stručnog osposobljavanja utiče na vaspitanje maloljetnika i njegov pravilan razvoj čime bi se obezbijedilo njegovo ponovno uključivanje u društvenu zajednicu. Shodno tome, svrha maloljetničkog zatvora jeste i vršenje pojačanog uticaja na maloljetnog učinioca, ali i na druge maloljetnike da ubuduće ne vrše krivična djela.

Zakonodavac ovlašćuje sud da može da izrekne adekvatnu vaspitnu mjeru, odnosno onu mjeru za koju sud smatra da je u konkretnom slučaju najefikasnija za vaspitanje, odnosno prevaspitanje maloljetnika. Koja će to vaspitna mjera biti, zavisi, prije svega, od ličnosti maloljetnika, a zatim i od ocjene suda kojom se vaspitnom mjerom najefikasnije može ostvariti svrha vaspitne mjere. Pri tom, sud treba da uzme u obzir uzrast maloljetnika, stepen njegove društvene razvijenosti, psihička svojstva, sklonosti, pobude iz kojih je djelo učinio, dotadašnje vaspitanje, sredinu i prilike u kojima je živio, težinu djela, njegovo ponašanje nakon izvršenja krivičnog djela, posebno da li je spriječio ili pokušao da spriječi nastupanje štetne posljedice, da li je nadoknadio ili pokušao da nadoknadi pričinjenu štetu, da li mu je ranije bila izrečena vaspitna mjera ili kazna maloljetničkog zatvora, kao i sve druge okolnosti koje mogu da budu od uticaja za izricanje adekvatne mjere kojom će se najbolje postići svrha primjene vaspitnih mjera. Zakonska je obaveza da prednost u izricanju vaspitnih mjera imaju mjere upozorenja i usmjeravanja, zatim mjere pojačanog nadzora i na kraju zavodske mjere (odnosno maloljetnički zatvor) - član 29 Zakona.

2. Relevantni međunarodni standardi

Bosna i Hercegovina je ratifikovala Konvenciju UN o pravima djeteta (1989.), a potpisivanjem Dejtonskog mirovnog sporazuma (1995.) stvorena je obaveza primjene ove konvencije na cijeloj državnoj teritoriji. Konvencija je inkorporirana i u Aneksu I na Ustav Bosne i Hercegovine čime je postala dio pravnog sistema BiH.[3]

[2] Krivičnopravne odredbe o maloljetnicima u Federaciji BiH ranije su bile sadržane su u Krivičnom zakonu Federacije BiH ("Službene novine Federacije BiH" br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10 i 42/11); Zakonu o krivičnom postupku Federacije BiH ("Službene novine Federacije BiH" br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09,12/10 i 8/13) i Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija u Federaciji BiH ("Službene novine Federacije BiH" br. 44/98, 42/99, 12/09 i 42/11).

[3] Ova konvencija [u članu 40 stav 3 tačka b)] za djecu koja su optužena ili za koju je utvrđeno da su prekršila zakon podstiče da kada je to god primjereno i poželjno, države donesu mjere za postupanje sa maloljetnim učiniocima krivičnih djela bez pribjegavanja sudskim postupcima, uz osiguranje punog poštovanja ljudskih prava i pravne zaštite.

Bosna i Hercegovina je ujedno preuzela i obavezu da u okviru nacionalne jurisdikcije utvrdi grupu zakona, pravila i odredbi koje se posebno primjenjuju na maloljetne delinkvente, institucije i tijela kojima su povjerene funkcije maloljetničkog pravosuđa, koji imaju za cilj da: odgovore na različite potrebe maloljetnih prestupnika, štiteći istovremeno njihova osnovna prava; odgovore na potrebe društva i obezbijede i provedu temeljnu i pravednu primjenu ovih pravila.[4]

Pravosudni sistem mora da se zasniva i na osnovnim principima međunarodnog prava: najbolji interes djeteta, pravo na život, opstanak i razvoj, nediskriminaciju i poštovanje mišljenja djeteta. Potencirajući dobrobit maloljetnika i obezbjeđujući da svaka reakcija prema maloljetnim delinkventima uvijek bude srazmjerna konkretnim okolnostima, ne uzima se u obzir samo težina delikta nego se cijene ličnost i lične karakteristike maloljetnika.

Maloljetničko pravosuđe, u užem smislu, podrazumijeva tretman djece (starosti ispod 18 godina) koji su došli u sukob sa zakonom. U širem smislu, odnosi se na tretman djece od trenutka kada dođu u sukob sa zakonom, utvrđivanjem osnovnih uzroka zbog kojih je do toga došlo, te na prevenciju takvog ponašanja i reintegraciju djece.

Kada se govori o maloljetničkom krivičnom pravosuđu od velikog značaja su Standardna minimalna pravila UN-a za alternativne kaznene mjere - Tokijska pravila (1990.), koja promovišu učešće zajednice u sprovođenju krivičnog pravosuđa, posebno u tretmanu delinkvenata, te promovisanju osjećaja odgovornosti kod delinkventa prema društvu. Maloljetnicima se u postupku moraju pružiti iste garancije kao i odraslima, a akteri uključeni u različite faze postupka (policija, tužilaštvo, sud, branioci i socijalni radnici) trebali bi biti posebno obučeni u pogledu propisa koji se odnose na maloljetnike i maloljetničku delinkvenciju.

I nekoliko drugih međunarodnih pravnih instrumenata koji regulišu sistem maloljetničkog krivičnog pravosuđa smatra se ključnim kada su u pitanju smjernice za administraciju ovog pravosuđa. To su: Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za administraciju pravosudnog sistema za maloljetne prestupnike - Pekinška pravila (1985.), Smjernice Ujedinjenih nacija za prevenciju maloljetničke delinkvencije - Rijadske smjernice (1990.), Pravila Ujedinjenih nacija o zaštiti maloljetnika lišenih slobode (JDL) - Havanska pravila (1990.), Smjernice za djelovanje prema djeci u sistemu kaznenog pravosuđa - Bečke smjernice (1990.) i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (ICCPR, 1966). Tako, Pekinška pravila preporučuju da kada je to primjereno, treba razmotriti mogućnost rješavanja slučajeva maloljetničke delinkvencije bez redovnog suđenja pred kompetentnim tijelom.[5]

[4] Generalna skupština Ujedinjenih nacija A/RES/45/110 - Tokijska pravila: pravilo 2.3.
[5] Pekinška pravila: pravilo 11.1.

3. Osnovni principi izvršenja krivičnih sankcija prema maloljetnicima

Zakon sadrži više principa koji se odnose na izvršenje krivičnih sankcija prema maloljetnicima. Osnovni principi su:

(1) Zabrana diskriminacije (član 4 Zakona): pravni položaj maloljetnika u svim fazama postupka, pa i postupku izvršenja krivičnih sankcija je jednak, ravnopravan i jedinstven za sva lica, bez obzira na razlike u rasi, boji kože, polu, jeziku, vjeroispovijesti, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom, etničkom ili socijalnom porijeklu, imovinskom stanju, statusu stečenom rođenjem ili drugom statusu maloljetnika, njegovih roditelja, usvojioca ili staraoca, kao i na druge oblike različitosti.

(2) Individualni princip (član 127 Zakona): u toku izvršenja krivičnih sankcija prema maloljetniku obaveza je svih subjekata da postupaju na način koji je primjeren njegovom uzrastu, stepenu zrelosti i drugim svojstvima ličnosti, uz poštovanje dostojanstva maloljetnika, podsticanje njegovog cjelovitog razvoja i učešća u sopstvenoj resocijalizaciji. Postupanje prema maloljetniku je zasnovano na savremenim pedagoškim, psihološkim i penološkim znanjima i iskustvima.

(3) Obaveznost izrade pojedinačnih programa postupanja (član 129 Zakona): ovaj program izrađuju se na osnovu cjelovitog sagledavanja zrelosti i drugih svojstava ličnosti maloljetnika, njegovog uzrasta, nivoa obrazovanja, ranijeg života i ponašanja u socijalnoj sredini, oblika poremećaja ponašanja, vrste krivičnog djela i okolnosti pod kojima je krivično djelo učinjeno.

(4) Obezbjeđenje uslova za obrazovanje i izražavanje vjerskih osjećanja (član 127 stav 2 Zakona): maloljetniku se omogućavaju uslovi za sticanje osnovnog i srednjeg stručnog obrazovanja i radnog osposobljavanja, kao i za slobodno i kreativno izražavanje, te ispoljavanje vjerskih osjećaja i vršenje vjerskih obreda.

(5) Zaštita zdravlja maloljetnika (član 128 Zakona): izvršenje zavodskih vaspitnih mjera ili kazne maloljetničkog zatvora podrazumijeva konstantnu zaštitu zdravlja maloljetnika. S ciljem da se očuva i poboljša zdravlje maloljetnika, maloljetnici koji se nalaze na izdržavanju zavodske vaspitne mjere ili kazne maloljetničkog zatvora podvrgavaju se najmanje jednom godišnje sistematskom pregledu u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi i pri tom se sastavlja odgovarajući izvještaj. Ove preglede organizuje ustanova u kojoj se maloljetnik nalazi na izdržavanju krivične sankcije. Ustanova je dužna da sačini izvještaj o zdravstvenom stanju maloljetnika i dostavi ga sudiji i tužiocu, roditelju, odnosno staraocu ili usvojiocu maloljetnika, kao i stručnim savjetnicima i organu starateljstva. Odgovarajuća pažnja se posvećuje potrebama trudnih maloljetnica i majki sa bebama, narkomanima, alkoholičarima i maloljetnicima sa posebnim potrebama. Ustanova u kojoj se maloljetnik nalazi na izdržavanju krivične sankcije je dužna da najmanje dva puta godišnje sastavi izvještaj o psihičkom stanju maloljetnika i dostavi ga sudiji koji vrši nadzor, tužiocu, roditelju, odnosno njegovom staraocu ili usvojiocu, kao i organu starateljstva.

(6) Zabranjene disciplinske mjere (član 156 i član 127 stav 2 Zakona): maloljetniku ne može da bude izrečena disciplinska kazna upućivanja u samicu. Isto tako,

zabranjene su i druge disciplinske mjere koje uključuju: uskraćivanje rada, smanjenje hrane, ograničenje komunikacije maloljetnika sa članovima porodice, zatvaranje u mračne prostorije, kolektivno kažnjavanje maloljetnika, kao i druge disciplinske mjere koje degradiraju i ugrožavaju fizičko ili mentalno zdravlje maloljetnika.

(7) Pravo prigovora rukovodiocu ustanove (član 133 st. 1 i 2 i član 127 stav 1 Zakona): maloljetnik koji smatra da su mu uskraćena ili povrijeđena određena prava ili su učinjene druge nezakonitosti ili nepravilnosti u toku izvršenja zavodske vaspitne mjere ili kazne maloljetničkog zatvora - ima pravo prigovora rukovodiocu ustanove u kojoj se ta krivična sankcija izvršava.[6] Povodom podnesenog prigovora, rukovodilac ustanove, nakon prikupljanja potrebnih obavještenja, u roku od tri dana donosi u pisanom obliku obrazloženo rješenje koje može da ima sljedeću sadržinu: da se podneseni prigovor odbija kao neosnovan ili da se prigovor usvaja, jer je utvrđena njegova potpuna ili djelimična osnovanost. U drugom slučaju, rukovodilac ustanove nalaže da se hitno preduzmu odgovarajuće mjere za otklanjanje učinjenih povreda ili lišavanja, odnosno ograničenja prava maloljetnika ili otklanjanja drugih uočenih nezakonitosti ili nepravilnosti.

(8) Pravo na žalbu sudiji za maloljetnike (član 127 stav 1 i član 133 stav 3 Zakona): protiv rješenja rukovodioca ustanove o prigovoru (naročito u slučaju kada je on odbijen kao neosnovan) maloljetnik može, u daljem roku od osam dana od prijema rješenja podnijeti žalbu sudiji za maloljetnike suda koji vrši nadzor nad izvršenjem vaspitne mjere, odnosno koji je izrekao kaznu maloljetničkog zatvora. Povodom prigovora maloljetnika rukovodilac date ustanove donosi u roku od tri dana obrazloženo rješenje kojim se prigovor odbija kao neosnovan ili se utvrđuje njegova potpuna ili djelimična osnovanost, u kom slučaju se hitno preduzimaju odgovarajuće mjere za otklanjanje učinjenih povreda i drugih nezakonitosti ili nepravilnosti.

(9) Zaštita prava maloljetnika i obavještavanje nadležnog organa starateljstva (član 127 stav 1 i član 132 Zakona): ukoliko sudija za maloljetnike u toku izvršenja krivične sankcije utvrdi da postoje činjenice i okolnosti koje ukazuju na potrebu da se preduzmu mjere radi zaštite prava maloljetnika, dužan je da o tome obavijesti nadležni organ starateljstva (prema mjestu prebivališta ili boravišta maloljetnika).

(10) Troškovi izvršenja krivičnih sankcija prema maloljetniku (član 127 stav 1 i čl. 130 i 131 Zakona): svi troškovi koji su vezani za izvršenje krivičnih sankcija prema maloljetniku padaju na teret budžetskih sredstava Federacije Bosne i Hercegovine. Razlog tome je činjenica da je oblast izvršenja krivičnih sankcija djelatnost od posebnog društvenog interesa za čije ostvarenje Federacija BiH dužna da obezbijedi odgovarajuća sredstva. Isto tako, zakonodavac je predvidio i mogućnost da i maloljetnik[7], odnosno članovi njegove porodice mogu solidarno da učestvuju u snošenju ovih troškova.

(11) Zabrana nošenja i upotrebe vatrenog oružja i ograničenja upotrebe sile i prinude (član 157 Zakona): u skladu sa određenim međunarodnopravnim aktima, zaposlenim u ustanovi u kojoj se izvršavaju zavodske vaspitne mjere je zabranjeno

[6] Ovu mogućnost nemaju roditelji, usvojioci ili staraoci maloljetnika, iako bi i oni bili zainteresovani da omoguće zaštitu prava maloljetnika za vrijeme izvršenja izrečene zavodske vaspitne mjere, odnosno kazne maloljetničkog zatvora.

[7] Uslov je da maloljetnik ima sopstvene prihode ili drugu imovinu i da ima mogućnost da učestvuje u takvim troškovima. To predstavlja faktičko pitanje koje sud procjenjuje u svakom konkretnom slučaju.

nošenje i upotreba oružja. Po naređenju rukovodioca ustanove sredstva sile i prinude za privremeno onesposobljavanje mogu da se primijene isključivo radi: sprečavanja samopovređivanja maloljetnika, sprečavanja fizičkog napada i povređivanja službenog lica i drugih maloljetnika ili uništenja imovine većih razmjera. O upotrebi sredstava sile i prinude za privremeno onesposobljavanje odmah se obavještavaju nadležni sud, tužilaštvo i Federalno ministarstvo pravde.

(12) Pravilnik o kućnom redu i njegova primjena (član 158 Zakona): bliže odredbe o organizaciji i načinu izvršenja zavodskih vaspitnih mjera propisuju se pravilnikom o kućnom redu.

(13) Izvršenje krivičnih sankcija prema punoljetnim učiniocima krivičnih djela (član 126 Zakona): odredbe Zakona koje se odnose na pitanje izvršenja krivičnih sankcija prema maloljetnicima, primjenjuju se i na punoljetne učinioce krivičnih djela kojima je izrečena vaspitna mjera ili kazna maloljetničkog zatvora, kao i na lica koja za vrijeme izvršenja tih sankcija postanu punoljetna.

(14) Postupanje po pravnosnažnoj i izvršnoj sudskoj odluci (član 134 Zakona): izvršenju vaspitne mjere, odnosno kazne maloljetničkog zatvora pristupa se kada je odluka kojom je izrečena mjera, odnosno kazna postala pravnosnažna i kada za izvršenje nema zakonskih smetnji, osim ako zakonom nije drugačije određeno.

4. Primjena vaspitnih preporuka

Vaspitne preporuke su alternativne mjere (mjere *sui generis*) koje može primjenjivati tužilac ili sudija za maloljetnike prije pokretanja postupka prema maloljetniku, pod zakonom propisanim uslovima, a radi ostvarivanja specifične svrhe.[8] Svrha primjene vaspitnih preporuka jeste: da se ne pokreće krivični postupak prema maloljetniku za učinjeno krivično djelo i da se primjenom vaspitne preporuke utiče na pravilan razvoj maloljetnika i jačanje njegove lične odgovornosti kako ubuduće ne bi činio krivična djela. Primarni cilj vaspitnih preporuka jeste preusmjeravanje društvenog reagovanja na kriminalitet mladih ka vansudskim oblicima reakcije.[9]

Kada je u pitanju obim njihove primjene, vaspitne preporuke se smatraju primjerenim oblikom reagovanja na lakša krivična djela, te se mogu primijeniti samo kada je u pitanju maloljetnik koji je učinio krivično djelo za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine.[10] Za primjenu vaspitnih preporuka važe pravila utvrđena Uredbom o primjeni vaspitnih preporuka prema maloljetnicima.[11]

[8] U članu 26 Zakona definisane su vaspitne preporuke koje se mogu izricati maloljetnicima: lično izvinjenje oštećenom; nadoknada štete oštećenom; redovno pohađanje škole ili redovno odlaženje na posao; uključivanje u rad, bez nadoknade, u humanitarne organizacije ili poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja; liječenje u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi (bolničko ili ambulantno) i uključivanje u pojedinačni ili grupni tretman vaspitnih, obrazovnih, psiholoških i drugih savjetovališta.
[9] Vaspitne preporuke se mogu primjenjivati isključivo prije pokretanja postupka prema maloljetnicima. S druge strane, maloljetničke krivične sankcije se izriču po okončanju krivičnog postupka.
[10] Odredbama člana 24 stav 1 (u vezi člana 89 stav 1) Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske predviđena je mogućnost primjene vaspitnih preporuka za krivična djela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do pet godina, kao i za krivična djela sa kaznom preko pet godina, kada je to svrsishodno i srazmjerno okolnostima i težini učinjenog krivičnog djela.
[11] "Službene novine Federacije BiH" broj 6/09.

U osnovi, vaspitne preporuke predstavljaju kratkotrajne mjere reagovanja, koje mogu trajati najduže godinu dana i izricati se na pune sate, dane i mjesece. Isto tako, nadležni subjekti izbor i primjenu vaspitne preporuka vrše u saradnji sa roditeljima, usvojiocima ili staraocima maloljetnika, te nadležnim organom starateljstva, vodeći računa o sveukupnim interesima, kako samog maloljetnika, tako i oštećenog. Pri tom, tužilac ili sudija za maloljetnike mogu u konkretnom slučaju primijeniti ne samo jednu, nego više vaspitnih preporuka iz svoje nadležnosti, a u toku izvršenja one se mogu zamijeniti drugom vaspitnom preporukom ili potpuno ukinuti.[12]

5. Izvršenje vaspitnih mjera

Ukoliko u postupku prema maloljetnicima nije postupano po principu oportuniteta i nisu primijenjene vaspitne preporuke, prema principu postepenosti u izricanju, odnosno primjeni krivičnih sankcija iz člana 9 Zakona, prednost u izricanju vaspitnih mjera uvijek će imati mjere upozorenja i usmjeravanja, zatim mjere pojačanog nadzora i zavodske mjere.

S obzirom na veliki broj različitih modaliteta vaspitnih mjera Zakon u odredbama čl. 134−136 propisuje nekoliko principa na kojima se zasniva izvršenje svih ovih mjera:

(1) Pristupanje izvršenju vaspitne mjere: Zakonom su predviđene dvije pretpostavke za njihovu primjenu: pozitivna pretpostavka (pravnosnažnost odluke kojom je određena vaspitna mjera izrečena) i negativna pretpostavka (nepostojanje zakonskih smetnji za izvršenje izrečene vaspitne mjere).

(2) Izvršenje vaspitne mjere: za izvršenje izrečene vaspitne mjere nadležan je organ starateljstva prema mjestu prebivališta, odnosno boravišta maloljetnika, osim ako Zakonom nije drugačije određeno. Organ starateljstva je dužan da: sudiji na zahtjev dostavi izvještaj o toku i rezultatima izvršenja izrečene mjere posebne obaveze; prati i pomaže izvršenje mjere pojačanog nadzora roditelja, usvojioca ili staraoca; obavještava sud i tužilaštvo o razlozima koji otežavaju izvršenje mjere pojačanog nadzora; zaključuje ugovor o smještaju maloljetnika u drugu porodicu, a radi izvršenja mjere pojačanog nadzora u drugoj porodici; prati i pomaže porodicu u koju je maloljetnik smješten radi izvršenja vaspitne mjere pojačanog nadzora u drugoj porodici; određuje službeno ili drugo stručno lice koje će sprovoditi mjeru pojačanog nadzora nadležnog organa socijalnog staranja; svakih šest mjeseci dostavlja sudu i tužilaštvu izvještaj o toku izvršenja vaspitnih mjera i dr.

(3) Kontrola i nadzor nad izvršenjem vaspitne mjere: uvedena je obavezna sudska kontrola toka, načina i postupka izvršenja izrečenih vaspitnih mjera. Ovaj nadzor i kontrolu vrši sudija za maloljetnike koji je i izrekao odgovarajuću vaspitnu mjeru, bez obzira na to gdje se ona izvršava. S druge strane, sudija ili tužilac ima obavezu da najmanje jednom godišnje, a po potrebi i češće, izvrše neposrednu, ličnu kontrolu i nadzor posjetom maloljetniku u ustanovama i zavodima, odnosno u drugim insti-

[12] Sudovi u Federaciji BiH su tokom 2009. godine izrekli samo jednu vaspitnu preporuku.

tucijama gdje se izvršavaju odgovarajuće vaspitne mjere. O svojim posjetama ovim ustanovama sudija i tužilac sačinjavaju zapisnik.

(4) Ponovno odlučivanje o vaspitnim mjerama (član 46 Zakona): predstavlja izuzetnu mogućnost, koja je ostvarljiva ako se ispune određeni uslovi.

(5) Obustava i zamjena drugom vaspitnom mjerom: izvršenje svih vaspitnih mjera (izuzev ukora koji se izvršava samim njegovim izricanjem) može da se obustavi ili izrečena vaspitna mjera da se zamijeni drugom vaspitnom mjerom (član 45 Zakona), uz ispunjenje određenih uslova.

(6) Dejstvo kazne maloljetničkog zatvora na vaspitne mjere (član 47 Zakona). Ako je za vrijeme trajanja vaspitne mjere sud izrekao starijem maloljetniku kaznu maloljetničkog zatvora, izrečena vaspitna mjera prestaje u trenutku kada maloljetnik započne s izdržavanjem izrečene kazne maloljetničkog zatvora.

5.1. Izvršenje vaspitnih mjera upozorenja i usmjeravanja

U vaspitne mjere upozorenja i umjeravanja spadaju: sudski ukor, posebne obaveze i upućivanje u vaspitni centar.

Sudski ukor, kao najblaža vaspitna mjera koja se može izreći maloljetnim učiniocima krivičnih djela, sastoji se u prekoru maloljetniku za njegovo ponašanje, uz upozorenje da će nastavak protivpravnog ponašanja ishodovati strožu mjeru društvene reakcije, tj. krivične sankcije. Članom 34 Zakona nije propisan način izvršenja sudskog ukora. To je posljedica osobenosti ove vaspitne mjere, koja se izvršava u momentu kada je izrečena. Međutim, djelotvornost ove mjere prevashodno zavisi od načina na koji sudija za maloljetnike ukazuje maloljetniku za neprihvatljivost njegovog ponašanja.

Sud maloljetniku može da izrekne jednu ili više posebnih obaveza, ukoliko ocijeni da je odgovarajućim nalozima ili zabranama potrebno uticati na maloljetnika i njegovo ponašanje.[13] U posebne obaveze spadaju:

(1) Redovno pohađanje škole: rješenje kojim se izriče ova obaveza dostavlja se nadležnom organu starateljstva koji (samostalno ili preko određenog stručnog lica) prati njeno izvršenje i najmanje jednom mjesečno o tome izvještava sudiju za maloljetnike.

(2) Zabrana izostajanja sa posla: rješenje o obavezi zabrani izostajanja sa posla dostavlja se nadležnom organu starateljstva koji (samostalno ili preko određenog stručnog lica) prati njeno izvršenje i najmanje jednom mjesečno o tome izvještava sudiju za maloljetnike.

(3) Nalaganje osposobljavanja za odgovarajuće zanimanje: ovu obavezu sud može izreći maloljetniku da bi se osposobio za odgovarajuće zanimanje, odnosno zanimanje koje odgovara sposobnostima i sklonostima maloljetnika.

(4) Nalaganje obavljanja određenog rada ili posla: izbor posla u humanitarnim organizacijama, odnosno poslova socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja

[13] Propise o primjeni posebnih obaveza prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela donosi federalni ministar pravde.

(po prethodno pribavljenom mišljenju organa starateljstva) vrši sud, vodeći pri tom računa da odabrani posao ne može da bude usmjeren na postizanje ekonomske koristi, te ne smije da ometa školovanje maloljetnika, odnosno šteti njegovom ugledu i dostojanstvu. Svrha posla koji maloljetnik treba da obavi u izvršenju ove posebne obaveze mora da bude usmjerena prvenstveno na otklanjanje štetnih posljedica krivičnog djela. Rješenjem o izricanju ove obaveze određuje se ustanova u kojoj se ona izvršava, kao i vrijeme njenog trajanja. O izrečenoj posebnoj obavezi izabrana ustanova se obavještava u pisanoj formi, a rješenje se dostavlja i nadležnom organu starateljstva koji određuje lice koje treba da prati izvršenje ove vaspitne mjere[14]..

(5) Uzdržavanje od posjete lokalima, priredbama, društvu i licima koja mogu štetno da utiču na maloljetnika: rješenje kojim se izriče ova obaveza dostavlja se nadležnom organu starateljstva koji prati njeno izvršenje i najmanje jednom mjesečno o tome izvještava sudiju za maloljetnike.

(6) Podvrgavanje stručnom medicinskom postupku ili nalaganje odvikavanja od zavisnosti: rješenjem suda o izricanju ove obaveze, po prethodno pribavljenom mišljenju organa starateljstva, određuje se ustanova ili organizacija u kojoj će se ova obaveza izvršavati i vrijeme njenog trajanja (koje ne može biti duže od jedne godine, uz mogućnost da u tom roku naložena posebna obaveza može da bude zamijenjena drugom posebnom obavezom, odnosno drugom vaspitnom mjerom ili obustavljena od daljeg izvršenja).

(7) Nalaganje uključivanja u odgovarajući pojedinačni ili grupni tretman u savjetovalištu za mlade: rješenjem suda o izricanju ove obaveze, po prethodno pribavljenom mišljenju nadležnog organa starateljstva, određuje se savjetovalište u kojom će se ova obaveza izvršavati i vrijeme njenog trajanja.

(8) Nalaganje pohađanja određenih kurseva i pripremanje ispita: rješenje o ovoj obavezi dostavlja se nadležnom organu starateljstva koji samostalno ili preko određenog stručnog lica prati njeno izvršenje i najmanje jednom mjesečno o tome izvještava sudiju za maloljetnike.

(9) Nalaganje uključivanja u odgovarajuće sportske i rekreativne aktivnosti: rješenje o ovoj obavezi dostavlja se nadležnom organu starateljstva koji samostalno ili preko određenog stručnog lica prati njeno izvršenje i najmanje jednom mjesečno o tome izvještava sudiju za maloljetnike.

(10) Zabrana napuštanja mjesta prebivališta ili boravišta: o izvršenju ove obaveze i o njenom izricanju sud obavještava nadležnu policijsku stanicu. Rješenje o ovoj obavezi dostavlja se nadležnom organu starateljstva koji, po pravilu, sam prati njeno izvršenje, a u izuzetnim slučajevima i uz pomoć službenika policijske stanice i najmanje jednom mjesečno o tome izvještava sudiju za maloljetnike.

Za izvršenje vaspitne mjere upućivanja u vaspitni centar[15] nadležan je organ starateljstva prema mjestu prebivališta ili boravišta maloljetnika u vrijeme kada je

[14] Ovo lice najmanje jednom mjesečno o izvršenju ove obaveze izvještava sudiju za maloljetnike.

[15] Vaspitnu mjeru upućivanja u vaspitni centar izriče sud u svim onim slučajevima kada je potrebno da se odgovarajućim katkotrajnim mjerama utiče na ličnost i ponašanje maloljetnika. Sud vrši upućivanje maloljetnika u vaspitni centar: na određeni broj sati tokom dana; u trajanju od najmanje 14 dana, a najduže 30 dana i na neprekidni boravak u vaspitnom centru u trajanju od najmanje 15 dana, ali ne duže od tri mjeseca.

odluka kojom je izrečena vaspitna mjera upućivanja u vaspitni centar postala izvršna. Za vrijeme izvršenja ove vaspitne mjere maloljetnik ostaje kod svojih roditelja, usvojioca ii staraoca i nastavlja da pohađa školu, odnosno odlazi na posao. Izvještaj o toku i rezultatima sprovođenja ove mjere dostavlja se sudiji, tužiocu ili organu starateljstva, i to u toku samog trajanja ove mjere, odnosno po njenom isteku. S druge strane, u slučaju trajanja vaspitne mjere upućivanja u vaspitni centar na neprekidni boravak u trajanju od najmanje 15 dana, ali ne duže od tri mjeseca, izvještaj se dostavlja svakih 15 dana.

5.1. Izvršenje vaspitnih mjera pojačanog nadzora

Tokom izvršenja mjere pojačanog nadzora[16], s obzirom na postignuti uspjeh u vaspitanju, sud može da obustavi njeno dalje izvršenje ili da je zamijeni drugom takvom mjerom, kojom se bolje postiže svrha vaspitnih mjera, s tim što izvršenje ne može da se obustavi prije isteka roka od šest mjeseci, a do isteka ovog roka može da se izvrši zamjena izrečene mjere, pod uslovima predviđenim Zakonom (član 7 stav 4 Zakona). Isto tako, prilikom izricanja neke od vaspitnih mjera pojačanog nadzora sud može maloljetniku da odredi jednu ili više posebnih obaveza, ukoliko je to potrebno radi uspješnog izvršenja izrečene vaspitne mjere (član 40 Zakona).

Izvršenje vaspitne mjere pojačan nadzor roditelja, usvojioca ili staraoca počinje danom kada se roditelju maloljetnika, usvojiocu ili staraocu dostavi izvršna sudska odluka kojom je izrečena vaspitna mera (član 140 Zakona). U izvršenju ove vaspitne mjere obaveza roditelja maloljetnika, odnosno usvojioca ili staraoca je da izvršavaju naloge i uputstva sudije, te da nadležnom organu starateljstva omoguće provjeru izvršenja vaspitne mjere i prihvate ukazanu pomoć - da bi je mogli izvršiti. To podrazumijeva aktivan odnos i saradnju roditelja maloljetnika, odnosno usvojioca ili staraoca sa organom starateljstva i sudom.

Za izvršenje vaspitne mjere pojačanog nadzora u drugoj porodici neophodan preduslov jeste da postoji druga porodica koja je voljna da primi maloljetnika i da se stara o njemu, odnosno porodica koja je u stanju da utiče na maloljetnikovo ponašanje. Na prijedlog nadležnog organa starateljstva porodicu u kojoj se smješta maloljetnik, odnosno u kojoj se izvršava mjera pojačanog nadzora u drugoj porodici, određuje sud koji je sudio u prvom stepenu. Međusobna prava i obaveze koja se tiču izvršenja ove mjere uređuju sa pisanim ugovorom koji zaključuju nadležni organ starateljstva i porodica u koju se maloljetnik smješta. Porodica u koju je maloljetnik smješten dužna je da nadležnom organu starateljstva omogući provjeru izvršenja ove vaspitne mjere i da prihvati ponuđenu pomoć - da bi se ostvarila svrha mjere. Ukoliko se prilike u porodici u kojoj je smješten maloljetnik toliko izmijene da otežavaju

[16] U mjere pojačanog nadzora spadaju: pojačani nadzor od roditelja, usvojioca ili staraoca; pojačani nadzor u drugoj porodici i pojačani nadzor nadležnog organa socijalnog staranja. Ove mjere se izriču kada za vaspitanje i razvoj maloljetnika treba preduzeti trajnije mjere vaspitanje i prevaspitanje, uz odgovarajući stručni nadzor i pomoć, a nije potrebno potpuno odvajanje maloljetnika iz dotadašnje sredine (član 32 stav 3 Zakona).

dalje izvršenje ove vaspitne mjere, sud koji je izrekao vaspitnu mjeru može po službenoj dužnosti ili na prijedlog tužioca, odnosno nadležnog organa starateljstva - da odredi da se maloljetnik smjesti u neku drugu porodicu.

Za izvršenje vaspitne mjere pojačanog nadzora organa socijalnog staranja nadležan je organ staranja po mjestu prebivališta, odnosno boravišta maloljetnika u vrijeme kada je odluka kojom je mjera izrečena postala izvršna (čl. 147 i 148 Zakona). Odmah po prijemu odluke organ socijalnog staranja određuje službeno lice ili drugo stručno lice koje će mjeru sprovoditi i o tome odmah obavještava sudiju za maloljetnike koji je sudio u prvom stepenu. Dok traje ova vaspitna mjera, maloljetnik ostaje kod svojih roditelja, usvojioca ili drugih lica koja se o njemu staraju. S druge strane, zakonom je propisana obaveza za sve državne organe, odnosno vaspitne, obrazovne, zdravstvene i druge ustanove da stručnom licu koje sprovodi ovu vaspitnu mjeru pruže pomoć, a roditelj, usvojilac ili staralac dužan je da obavijesti stručno lice o prilikama koje otežavaju izvršenje mjere.

5.3. Izvršenje zavodskih vaspitnih mjera

Zavodske vaspitne mjere predstavljaju krivične sankcije kojima se maloljetnom delinkventu nameće institucionalni tretman. One se primjenjuju kada se mjerama upozorenja i usmjeravanja i pojačanog nadzora ne može postići adekvatan stepen prevaspitanja maloljetnika. Stoga je nužna primjena mjera sa jasnom dozom retributivnosti. Zavodske mjere se izriču maloljetniku prema kojem treba preduzeti trajnije i intenzivnije mjere vaspitanja ili liječenja, uz njegovo potpuno odvajanje iz dotadašnje sredine. One se primjenjuju kao posljednje sredstvo i smiju trajati u granicama određenim Zakonom, samo koliko je potrebno da bi se ostvarila svrha vaspitnih mjera.

Izvršenje zavodskih vaspitnih mjera zasniva se na nekoliko opštih principa propisanih Zakonom:

(1) Izvršavaju se u posebnim ustanovama (član 149 Zakona): u vaspitnim ustanovama, u vaspitno-popravnom domu i posebnoj ustanovi za liječenje i osposobljavanje maloljetnika.

(2) Hitnost u postupanju (član 150 Zakona): sud koji je donio odluku o izricanju zavodske vaspitne mjere dostavlja izvršnu odluku (sa dokumentacijom i nalogom) organu nadležnom za upućivanje radi izvršenja zavodske mjere, i to u roku od tri dana od dana kada je odluka postala izvršna. Organ kome je odluka dostavljena na izvršenje dužan je da pristupi izvršenju krivične sankcije u roku od osam dana, a najduže u roku od 15 dana od dana prijema odluke i propisane dokumentacije.

(3) Redovni obilazak maloljetnika (član 159 stav 1 Zakona): za vrijeme izvršenja zavodskih vaspitnih mjera sudija i tužilac najmanje dva puta u toku godine obilaze maloljetnika smještenog u ustanovi za izvršenje zavodskih mjera, gdje u neposrednom kontaktu sa maloljetnikom i stručnim osobama koje se brinu o izvršenju mjere, kao i uvidom u odgovarajuću dokumentaciju - utvrđuju zakonitost i

pravilnost postupanja i cijene uspjeh u postignutom vaspitanju i pravilnom razvoju ličnosti maloljetnika.

(4) Hitnost u otklanjanju eventualnih propusta u ustanovama za izvršenje zavodskih mjera (član 159 st. 2 i 3 Zakona): u slučaju da prilikom obilaska ustanove za izvršenje zavodskih vaspitnih mjera uoče u njoj eventualne propuste, nadležni sudija i (ili) tužilac za maloljetnike dužni su da bez odlaganja obavijeste Federalno ministarstvo pravde, kao i upravu ustanove u kojoj se vaspitna mjera izvršava. U takvim situacijama, Federalno ministarstvo pravde, kao i uprava ustanove u kojoj se vaspitna mjera izvršava dužni su bez odlaganja izvršiti odgovarajuće provjere i preduzeti mjere za otklanjanje nezakonitosti i nepravilnosti i o tome obavijestiti sudiju i tužioca.

(5) Nužnost postojanja pravilnika o kućnom redu ustanove (član 158 Zakona): bliže odredbe o organizaciji i načinu izvršenja zavodskih vaspitnih mjera propisuju se posebnim pravilnikom.

(6) Pravila o prijemu maloljetnika u ustanovu i dosije maloljetnika (član 151 Zakona): prijem maloljetnika u ustanovu vrši se na osnovu naloga o izvršenju zavodske vaspitne mjere koji izdaje sud. Nakon prijema u ustanovu, maloljetniku se na jeziku i na način koji razumije objašnjavaju pravila ustanove, kao i prava i obaveze koje ima, a u roku 24 sata obavlja se i njegov medicinski pregled. Za maloljetnike koji su nepismeni ili ne razumiju jezik, ove informacije se prenose na način koji osigurava njihovo potpuno razumijevanje. Dosijei maloljetnika (koji sadrže podatke o identitetu, činjenicama i razlozima upućivanja u ustanovu, organu koji je to odredio, danu i satu prijema, podatke o premještanju i otpuštanju, detalje o fizičkom i mentalnom zdravlju maloljetnika, kao i obavještenja roditelju, usvojiocu ili staraocu) povjerljive su prirode i dostupni su samo ovlašćenom osoblju ustanove.

(7) Obustava izvršenja i zamjena drugom vaspitnom mjerom (član 45 Zakona): tokom izvršenja zavodskih mjera, s obzirom na uspjeh koji je postignut u vaspitanju maloljetnika, sud može da obustavi njihovo dalje izvršenje ili da ih zamijeni drugom vaspitnom mjerom kojom se bolje postiže svrha vaspitnih mjera. Uz to, izvršenje mjere upućivanja u vaspitnu ustanovu ne može da se obustavi prije isteka roka od šest mjeseci, a do isteka ovog roka može da se zamijeni mjerom upućivanja u vaspitni centar ili mjerom upućivanja u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje, dok izvršenje mjere upućivanja u vaspitno-popravni dom ne može da se obustavi prije isteka roka od šest mjeseci, a do isteka ovog roka može se zamijeniti mjerom upućivanja u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje.

(8) Zabrana nošenja i upotrebe vatrenog oružja, odnosno upotrebe sredstava sile i prinude (član 157 Zakona): zaposlenim u ustanovi u kojoj se izvršavaju zavodske vaspitne mjere je zabranjeno nošenje i upotreba oružja. S druge strane, zaposlenim u ovoj ustanovi upotreba sredstava sile i prinude po pravilu je zabranjena, s tim da je dozvoljena u Zakonom tačno određenim slučajevima. Po naređenju rukovodioca ustanove, sredstva sile i prinude za privremeno onesposobljavanje mogu da se primijene isključivo radi: sprečavanja samopovređivanja maloljetnika, sprečavanja fizičkog napada i povređivanja službenog lica i drugih maloljetnika ili uništenja imovine

većih razmjera. O upotrebi sredstava sile i prinude a privremeno onesposobljavanje odmah se obavještavaju sud, tužilaštvo i Federalno ministarstvo pravde.

(8) Mogućnost odlaganja izvršenja zavodske vaspitne mjere (čl. 157 i 160 Zakona): na molbu maloljetnika, njegovog roditelja, odnosno staraoca ili usvojioca ili na prijedlog nadležnog organa starateljstva, sudija može iz razloga predviđenih Zakonom odgoditi izvršenje zavodske vaspitne mjere. O odgađanju odlučuje rješenjem sudija koji je izrekao vaspitnu mjeru - u roku tri dana od prijema molbe. Vrijeme odgađanja može biti određeno u trajanju do godinu dana, a u slučaju bolesti maloljetnika - dok bolest traje. Protiv rješenja sudije, roditelji, usvojilac ili staralac maloljetnika mogu u roku tri dana od prijema rješenja podnijeti žalbu vijeću za maloljetnike istog suda. Vijeće za maloljetnike o žalbi odlučuje u roku tri dana od prijema žalbe. Molba i prijedlog za odlaganje izvršenja zavodske mjere, odnosno žalba na rješenje sudije imaju suspenzivan karakter. Ako sud prilikom ponovnog odbijanja molbe za odlaganje izvršenja utvrdi da se pravo na molbu zloupotrebljava, žalba ne zadržava izvršenje zavodske mjere.

(9) Prekid izvršenja zavodske vaspitne mjere (član 161 Zakona). Na molbu maloljetnika, njegovog roditelja, usvojioca ili staraoca, na prijedlog organa starateljstva ili rukovodioca ustanove u kojoj se zavodska mjera izvršava, sudija može iz razloga predviđenih Zakonom prekinuti izvršenje zavodske vaspitne mjere. O prekidu odlučuje rješenjem sudija koji je izrekao vaspitne mjeru, i to u roku tri dana od prijema molbe. Vrijeme prekida može biti određeno u trajanju do godinu dana, a u slučaju bolesti maloljetnika - dok bolest traje. Protiv rješenja sudije zainteresovane stranke mogu izjaviti žalbu vijeću za maloljetnike u roku tri dana od prijema rješenja. Vijeće za maloljetnike o žalbi odlučuje u roku tri dana od dana prijema žalbe. Vrijeme prekida izvršenja ne uračunava se u vrijeme trajanja mjere. Kada prestanu okolnosti zbog kojih je dozvoljen prekid izdržavanja zavodske mjere ili se utvrdi da je dozvola data na osnovu lažnih isprava i dokaza ili ako se prekid ne koristi u svrhu za koju je dozvoljen, sudija koji je izrekao zavodsku mjeru ukida rješenje i maloljetniku nalaže da se odmah, a najduže u roku tri dana od prijema rješenja javi ustanovi radi izvršenja zavodske mjere.

(10) Uslovni otpust (čl. 43 i član 163 stav 2 Zakona): kada je maloljetniku izrečena zavodska vaspitna mjera, sud ga može uslovno otpustiti iz zavodske ustanove ako je u toj ustanovi proveo najmanje šest mjeseci i ako se na osnovu postignutog uspjeha u vaspitanju može opravdano očekivati da maloljetnik ubuduće neće činiti krivična djela i da će se u sredini u kojoj bude živio dobro ponašati. O uslovnom otpustu iz vaspitna ustanove i vaspitno -popravnog doma, na molbu maloljetnika, odlučuje sudija suda koji je izrekao mjeru upućivanja u vaspitna ustanovu i vaspitno-popravni dom.

(11) Otpuštanje maloljetnika iz ustanove (član 163 stav 1 Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Federacije BiH). Maloljetnik se otpušta sa izvršenja zavodske mjere kad istekne zakonom određeno najduže trajanje mjere ili kada sud donese odluku o obustavljanju njenog izvršenja, zamjeni izrečene vaspitne mjere drugom mjerom ili uslovnim otpustom.

(12) Produženje boravka u ustanovi zbog završetka školovanja ili stručnog osposobljavanja (član 163 stav 3 Zakona). Kada se maloljetnik nalazi u završnom razredu škole ili pri kraju stručnog usavršavanja, a otpuštanjem iz ustanove u kojoj se mjera izvršava onemogućio bi se završetak školovanja ili stručnog osposobljavanja, ustanova može, na molbu maloljetnika, omogućiti završetak školovanja ili stručnog osposobljavanja. Osoba kojoj je izrečena zavodska mjera upućivanje u vaspitno-popravni dom u njemu može ostati do navršene 23 godine. Izuzetno, ako je potrebno radi završavanja školovanja ili stručnog osposobljavanja, maloljetnik može ostati u ustanovi najduže do navršene 25 godine života.

(13) Prava maloljetnika za vrijeme izvršenja zavodske vaspitne mjere: član 152 Zakona detaljno reguliše prava maloljetnika za vrijeme izvršenja zavodskih mjera. Tako, maloljetnik ima pravo: da nosi vlastitu odjeću ako je pogodna, ako je nema da mu se osigura, donji veš, sezonska odjeća i obuća primjerena lokalnim vremenskim uslovima[17]; ishranu koja je dijetetski, higijenski i zdravstveno prilagođena njegovom uzrastu, koja ga održava u dobrom zdravlju i snazi i omogućuje normalan psihofizički razvoj; najmanje tri obroka dnevno čija je ukupna vrijednost najmanje 16.000 džula; boravak u slobodno vrijeme van prostorija ustanove i na svježem zraku najmanje tri sata dnevno; pohađanje nastave van ustanove ako u toj ustanovi nije organizovana nastava određenog smjera ili obrazovanja i ako to opravdavaju dosadašnji uspjesi u vaspitanju i školovanju maloljetnika, pod uslovom da ne šteti izvršenju vaspitne mjere; primanje pošte i po vlastitom izboru da komunicira u pisanoj formi ili telefonom najmanje dva puta sedmično; posjete jednom nedjeljno roditelja, usvojioca, staraoca, bračnog druga, osobe sa kojom je zasnovao vanbračnu zajednicu, usvojenika, djece i ostalih srodnika u pravoj liniji, a u pobočnoj liniji do četvrtog stepena srodstva; godišnji odmor u trajanju od 18 do 30 dana koji se koristi van ustanove ili u okviru ustanove, s tim da o dužini, načinu i mjestu korištenja odlučuje rukovodilac ustanove na prijedlog vaspitača itd.

(14) Pogodnosti za vrijeme izvršenja zavodske mjere upućivanja u vaspitno-popravni dom predstavljaju posebnu nagradu za one maloljetnike koji se u vaspitno-popravnom domu dobro vladaju, ponašaju i zalažu na radu, a koje im dodjeljuje rukovodilac ustanove. To su: (a) prošireno pravo na prijem posjeta, (b) slobodne izlaske iz doma u grad, (c) posjete sportskim, kulturnim i drugim prikladnim događajima van vaspitno-popravnog doma, (d) posjete porodici, srodnicima ili drugim bliskim osobama za vrijeme vikenda i praznika i (e) dodatna odsustva iz ustanove vaspitno-popravnog doma do 15 dana (član 153 Zakona). Rukovodilac ustanove, u skladu sa posebnim pravilnikom, može maloljetniku dodijeliti i druge pogodnosti koje povoljno utiču na izvršenje vaspitne mjere.

(15) Disciplinska odgovornost maloljetnika za vrijeme izvršenja zavodskih mjera regulisana je čl. 154−156 Zakona. Federalni ministar pravde, posebnim pravilnikom, propisuje koje ponašanje predstavlja disciplinski prekršaj, vrste sankcija koje se mogu izreći i njihovo trajanje, organ koji je ovlašćen da izriče te sankcije,

[17] Pogodnom odjećom se smatra i odjeća koja nije degradirajuća ili ponižavajuća i koja ne predstavlja rizik za sigurnost.

kao i organ ovlašćen da razmatra žalbe. Nijedan maloljetnik neće biti kažnjen za disciplinski prekršaj o kojem prethodno nije provedena istraga i maloljetnik na njemu razumljiv način prethodno obaviješten o navedenom prekršaju i data mu mogućnost da prezentuje svoju odbranu, uključujući i pravo na žalbu. Uz to, zabranjene su disciplinske mjere koje uključuju uskraćivanje rada, smanjenje hrane, ograničenje komunikacije maloljetnika sa članovima porodice, zatvaranje u mračne prostorije i samice, kolektivno kažnjavanje maloljetnika, kao i druge disciplinske mjere koje degradiraju i ugrožavaju fizičko ili mentalno zdravlje maloljetnika. Isto tako, izvršenje disciplinskih mjera oduzimanja dodijeljenih pogodnosti može se uslovno odgoditi do 90 dana. Uslovno odgađanje izvršenja disciplinske mjere može se opozvati ako se maloljetniku u roku za koji je odgođeno izvršenje izrekne novo oduzimanje dodijeljenih pogodnosti.

5.3.1. Izvršenje vaspitne mjere upućivanja u vaspitnu ustanovu

Zavodska mjera upućivanja u vaspitnu ustanovu izvršava se u ustanovi koja osigurava smještaj i zadovoljavanje zdravstvenih, obrazovnih, sportskih i drugih razvojnih potreba maloljetnika, s tim da se izvršenje ove mjere odvija u zasebnim ustanovama za maloljetnike muškog pola, odnosno ženskog pola. U tom kontekstu, maloljetnik kojem je izrečena ova vaspitnu mjera ima ista prava i obaveze kao i ostali maloljetnici u vaspitnoj ustanovi, s tim što mu se u pogledu postupanja poklanja posebna pažnja, ali tako da se u životu i radu u ustanovi ne izdvaja od ostalih. O izrečenoj vaspitnoj mjeri upoznaje se samo rukovodilac ustanove, kao i drugo stručno osoblje uključeno u izvršenje vaspitne mjere.

Organ starateljstva koji je nadležan prema mjestu prebivališta, odnosno boravišta maloljetnika (u vrijeme kada je odluka kojom je vaspitna mjera izrečena postala izvršna), određuje osobu koja je dužna maloljetnika dovesti u vaspitnu ustanovu. Vaspitna ustanova obavještava sud o prijemu maloljetnika i danu početka izvršenja vaspitne mjere.

Prilikom stupanja maloljetnika u vaspitnu ustanovu najprije se utvrđuje njegov identitet, zatim slijedi ljekarski pregled, a potom ispitivanje ličnosti u posebnom odjeljenju vaspitne ustanove - radi određivanja programa postupanja. Ovo ispitivanje može trajati najduže 30 dana. Pojedinačni program postupanja sa maloljetnikom sačinjava stručni tim ustanove. Nakon ispitivanja maloljetnik se raspoređuje u grupu koja se formira prema uzrastu, nivou zrelosti i drugim ličnim karakteristikama maloljetnika, kao i određenom programu postupanja (radi primjene istovrsnih vaspitnih postupaka i uticaja). Vaspitna grupa ima najviše deset maloljetnika.

Ako izvršenje mjere ne može otpočeti ili se nastaviti zbog odbijanja ili bjekstva maloljetnika, organ starateljstva, odnosno rukovodilac ustanove o tome obavještava nadležni organ unutrašnjih poslova koji dovodi maloljetnika u vaspitnu ustanovu. Način dovođenja ne smije narušavati dostojanstvo maloljetnika, niti mu nauditi fizički ili mentalno.

Isto tako, na zahtjev maloljetnika, roditelja, usvojioca ili staraoca maloljetnika ili na prijedlog ustanove u kojoj se mjera izvršava, odnosno na prijedlog nadležnog organa starateljstva, sud može donijeti odluku o premještaju maloljetnika u drugu vaspitnu ustanovu kada prvobitni kriterijumi za upućivanje ili dalja potreba za reintegracijom u društvo mogu biti efikasnije postignuti u drugoj ustanovi ili kada obrazloženi razlozi sigurnosti prebacivanje čine neophodnom mjerom.

5.3.2. Izvršenje vaspitne mjere upućivanja u vaspitno- popravni dom

Zavodska mjera upućivanja u vaspitno-popravni dom izrečena licu muškog pola izvršava se u vaspitno-popravnom domu za muška maloljetna lica, a zavodska mjera upućivanja u vaspitno-popravni dom izrečena licu ženskog pola - u vaspitno-popravnom domu za ženska maloljetna lica. Vrijeme boravka u vaspitno-popravnom domu ograničeno je do navršene 23 godine.

Za upućivanje maloljetnika u vaspitno-popravni dom nadležan je sud koji je izrekao ovu mjeru. Maloljetniku se za pripremu mora ostaviti najmanje osam, a najviše 15 dana. Maloljetnika koji se nalazi u pritvoru u vaspitno-popravni dom upućuje sud na čijem je području sjedište ustanove u kojoj je maloljetnik pritvoren. Ovaj sud nalaže maloljetniku koji nije u pritvoru, u pisanom obliku, da se određenog dana javi radi izvršenja izrečene mjere ili traži da roditelj, usvojilac ili staralac maloljetnika određenog dana dovedu u vaspitno-popravni dom.

Zakon posebno reguliše dovođenje maloljetnika i izdavanje potjernice za njim. Ako se maloljetnik po nalogu suda ne javi u vaspitno-popravni dom, sud naređuje njegovo dovođenje, a ako se krije ili je u bjekstvu - sud naređuje izdavanje potjernice. U slučaju bjekstva maloljetnika iz vaspitno-popravnog doma, rukovodilac te ustanove će odmah obavijestiti roditelja, odnosno staraoca maloljetnika i narediti izdavanje potjernice.

Prijem maloljetnika u vaspitno-popravni dom vrši se u skladu sa opštim principima prijema maloljetnika u zavodsku vaspitnu ustanovu.

5.3.3. Izvršenje vaspitne mjere upućivanja u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje

Ova zavodska mjera izriče se maloljetniku zbog ometenosti u psihofizičkom razvoju ili zbog psihičkih poremećaja. U toj ustanovi on ima ista prava kao i ostali maloljetnici smješteni u ustanovi. Ako se u ustanovi za osposobljavanje ne mogu zadovoljiti potrebe maloljetnika sa invaliditetom, maloljetnik se premješta u specijalizovani zavod ili ustanovu gdje se ove potrebe mogu zadovoljiti.

Upućivanje maloljetnika u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje vrši organ starateljstva prema prebivalištu, odnosno boravištu maloljetnika u vrijeme kada je odluka kojom je vaspitna mjera izrečena postala izvršna. Organ starateljstva

odmah obavještava sud nadležan za izvršenje ove mjere i nadležni organ unutrašnjih poslova kada se izvršenje mjere ne može započeti ili nastaviti zbog odbijanja ili bjekstva maloljetnika. Maloljetnik se dovodi i sprovodi u pratnji zdravstvenih radnika. Način dovođenja i sprovođenja ne smije narušavati dostojanstvo maloljetnika, niti mu nauditi fizički ili mentalno.

Tužilaštvo i sud koji je izrekao vaspitnu mjeru prate izvještaje o ovoj vaspitnoj mjeri putem redovnih dvomjesečnih izvještaja o ponašanju maloljetnika, koje im dostavlja posebna ustanova za liječenje i osposobljavanje maloljetnika. Kad maloljetnik postane punoljetan, ova ustanova posebno izvještava sudiju i tužioca o zdravstvenom stanju maloljetnika - radi ispitivanja potrebe za njegovim daljim zadržavanjem u ovoj ustanovi.

6. Izvršenje maloljetničkog zatvora

Kazna maloljetničkog zatvora je fakultativnog karaktera i u skladu sa savremenim standardima može se primijeniti izuzetno samo prema starijem maloljetniku koji je učinio krivično djelo za koje je zakonom propisana kazna zatvora teža od pet godina, i to ukoliko zbog visokog stepena krivice, prirode i težine krivičnog djela ne bi bilo opravdano izreći vaspitnu mjeru. Kazna maloljetničkog zatvora ne može biti duža od 10 godina, a izriče se na pune godine ili na mjesece, a za krivično djelo za koje je propisana kazna dugotrajnog zatvora ili za sticaj najmanje dva krivična djela za koja je propisana kazna zatvora duža od 10 godina - maloljetnički zatvor može trajati do 10 godina (član 51 stav 1 Zakona).[18] Kazna maloljetničkog zatvora izvršava se u kazneno-popravnom zavodu za maloljetnike.

Institut uslovnog otpusta lica osuđenog na kaznu maloljetničkog zatvora značajno se razlikuje od uslovnog otpusta punoljetnih lica. Postupak za davanje uslovnog otpusta pokreće se isključivo na molbu osuđenog maloljetnika. Sudija za maloljetnike koji odlučuje o uslovnom otpustu, a na osnovu molbe maloljetnika, će, po pravilu, prije donošenja odluke, sprovesti odgovarajući postupak u kome će, po potrebi, usmeno saslušati maloljetnika, njegove roditelje, usvojioca ili staraoca, odnosno druga lica s kojima je maloljetnik živio, prije odlaska u zavodsku ustanovu, te predstavnike organa starateljstva. Isto tako, sud ima obavezu da pribavi i izvještaj i mišljenje kazneno-popravne ustanove u kojoj se maloljetnik nalazi (o opravdanosti uslovnog otpusta). Nadalje, usmeno saslušanje maloljetnika obavezno je uvijek kada se odlučuje o ispunjenosti zakonskih uslova za davanje uslovnog otpusta koji se daje poslije izdržane trećine izrečene kazne maloljetničkog zatvora, ali ne prije nego što je isteklo šest mjeseci u kazneno-popravnoj ustanovi, osim ako sudija za maloljetnike, na osnovu dostupne

[18] U Republici Srpskoj (član 51 stav 1 Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske) kazna maloljetničkog zatvora ne može biti duža od pet godina, sa izuzetkom kada je propisana kazna dugotrajnog zatvora ili sticaj najmanje dva krivična djela, za koje je propisana kazna zatvora teža od 10 godina - tada maloljetnički zatvor može da traje do 10 godina.

dokumentacije, ne ocijeni da su ispunjeni uslovi za uslovni otpust i u takvom slučaju.

Mogućnost opozivanja uslovnog otpusta postoji u tri slučaja, i to: ako maloljetnik za vrijeme do potpunog isteka roka na koji je kazna maloljetničkog zatvora bila izrečena ponovo izvrši jedno ili više krivičnih djela; ako se naknadno sazna da je maloljetnik, prije odlaska u zavodsku ustanovu, izvršio jedno ili više krivičnih djela za koja se nije znalo u vrijeme suđenja i ako maloljetnik na uslovnoj slobodi ne ispuni neki od uslova (opštih ili posebnih, fakultativnih) koji su mu postavljeni prilikom davanja uslovnog otpusta.

Član 56 Zakona propisuje je da se kazna maloljetničkog zatvora neće izvršiti kad od dana pravnosnažnosti presude kojom je kazna izrečena istekne: pet godina ako je izrečena kazna maloljetničkog zatvora u trajanju dužem od pet godina; tri godine ako je izrečena kazna maloljetničkog zatvora u trajanju dužem od tri godine i dvije godine ako je izrečena kazna maloljetničkog zatvora u trajanju do tri godine.

Prema odredbi člana 59 stav 1 Zakona, licu kome je izrečena kazna maloljetničkog zakona briše se osuda iz kaznene evidencije kada protekne vrijeme od jedne godine od dana izdržane, zastarjele ili oproštene kazne (zakonska rehabilitacija), pod uslovom da osuđeni maloljetnik za to vrijeme ne učini novo krivično djelo. Pri tom se osude na kaznu maloljetničkog zatvora ne mogu brisati za vrijeme dok još uvijek traju izrečene mjere. bezbjednosti. Ukoliko je u toku roka za brisanje osude maloljetniku izrečena kazna maloljetničkog zatvora ili zatvora preko pet godina, ne briše se ni ranija, ni kasnija osuda. Ako maloljetnik ima više osuda, može se iz kaznene evidencije brisati svaka osuda pojedinačno ili istovremeno - ako postoje uslovi za brisanje svake od tih osuda.

7. Izvršenje mjera bezbjednosti

Osnovna pretpostavka za primjenu mjera bezbjednosti, kao posebne vrste krivičnih sankcija, jeste da kod učinioca postoji opasno stanje koje može da utiče da učinilac i ubuduće vrši krivična djela. Osnovna svrha mjera bezbjednosti jeste upravo u tome da se otklone stanja ili uslovi koji mogu da utiču da učinilac ubuduće vrši krivična djela.

Vrijeme trajanja izvršenja izrečene mjere bezbjednosti nije zakonom određeno tako da maloljetnik o zavodskoj ustanovi ili specijalizovanoj ustanovi ili na ambulantnom liječenju ostaje sve dok ne prestanu razlozi zbog kojih je izrečena mjera bezbjednosti. Ipak, ovo vrijeme je ograničeno, te tako maloljetnik na liječenju može ostati najduže do isteka trajanja vaspitne mjere ili kazne maloljetničkog zatvora ili dok traje odloženo izvršenje ove kazne ili uslovni otpust iz zavoda ili ustanove.[19]

[19] Prema maloljetniku se mogu izreći sledeće mjere bezbjednosti: obavezno psihijatrijsko liječenje, obavezno liječenje od zavisnosti, obavezno ambulantno liječenje na slobodi, zabrana upravljanja motornim vozilom i oduzimanje predmeta (član 61 Zakona).

8. Statistički podaci o stanju maloljetničke delinkvencije u Federaciji Bosne i Hercegovine

Podaci koji se navode[20] odnose se na prikaz ukupnog broja optuženih i osuđenih maloljetnih lica prema krivičnim djelima od 2005. do 2013. godine (Tabela broj 1) i osuđenih maloljetnih lica za krivična djela prema izrečenim sankcijama u 2013. godini (Tabela broj 2). U Tabeli 3 dati su podaci o osuđenim i optuženim maloljetnim licima prema vrsti odluke.

Tabela broj 1

OPTUŽENA I OSUĐENA MALOLJETNA LICA PREMA KRIVIČNIM DJELIMA OD 2005. DO 2013. GODINE									
DJELA POTIV	2005.	2006.	2007.	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.
Života i tijela	49	68	68	62	83	59	50	52	52
Slobode i prava čovjeka i građanina	5	4	12	12	12	-	12	17	10
Zdravlja ljudi	24	18	18	21	6	12	9	16	29
Braka, porodice i mladih	1	-	2	2	5	-	4	3	5
Polne slobode i morala	7	8	12	5	5	4	7	7	15
Privrede, poslovanja i sigurnosti i platnog prometa	2	3	1	2	2	6	1	6	1
Imovine	480	409	477	292	305	392	405	461	427
Okoline, poljoprivrede i prirodnih dobara	10	21	8	8	12	9	9	6	13
Opšte sigurnosti ljudi i imovine	8	7	8	9	5	4	14	8	5
Sigurnost javnog prometa	4	7	5	14	4	6	5	7	3
Pravosuđa	4	5	6	6	10	15	25	24	7
Javnog reda i pravnog prometa	39	51	53	47	53	39	47	46	53
Ustavnog poretka FBiH	-	-	1	-	-	-	2	-	-
Podmićivanja i službene i druge odgovorne funkcije	-	-	-	1	-	-	-	-	-
Sistem elektronske obrade podataka	-	-	-	-	1	1	-	-	1
Ostala krivična djela	-	3	2	3	4	-	5	2	3
UKUPNO U FBiH:	633	605	673	484	506	546	595	655	624

Kao što se vidi, najčešća djela koja maloljetnici čine su djela protiv imovine. Uočljiv je pad - stagnacija krivičnih djela tokom perioda od 2008. do 2011. godine, pa ponovno povećanje rasta ukupnih krivičnih djela (kao i djela protiv imovine) u 2012. i 2013 godini.

Tabela broj 2

OSUĐENA MALOLJETNA LICA ZA KRIVIČNA DJELA PREMA IZREČENIM SANKCIJAMA U 2013. GODINI											
KANTONI	Unsko-sanski	Posavski	Tuzlanski	Zeničko-dobojski	Bosansko-podrinjski	Srednjobosanski	Hercegovačko-neretvanski	Zapadnohercegovački	Sarajevo	Kanton 10	UKUPNO U FBIH
Mlađi maloljetnici	11	2	20	7	3	10	2	2	9	20	86

[20] Izvor: Bilten broj 203/2014 Federalnog zavoda za statistiku, Sarajevo, januar 2014. godine.

Sudski ukor	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Upućivanje u disciplinski centar za maloljetnike	-	-	11	-	-	-	-	-	-	16	27
Pojačan nadzor roditelja, usvojioca ili staraoca	9	2	8	4	3	3	2	2	8	3	44
Pojačan nadzor u drugoj porodici	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Pojačan nadzor nadležnog organa socijalne zaštite	1	-	-	3	-	7	-	-	-	1	12
Upućivanje u vaspitnu ustanovu	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Upućivanje u vaspitno-popravni dom	-	-	1	-	-	-	-	-	1	-	2
Upućivanje u ustanovu za defektne maloljetnike	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Rad za opšte dobro	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Stariji maloljetnici	21	6	58	22	1	10	12	-	39	3	172
Maloljetnički zatvor	-	-	-	1	-	-	1	-	1	-	3
Od 1-2 godine	-	-	-	1	-	-	1	-	1	-	3
Od 2-3 godine	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Od 3-5 godina	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Od 5-8 godina	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Od 8-10 godina	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Vaspitne mjere	21	6	58	21	1	10	11	-	38	3	169
Sudski ukor	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Upućivanje u disciplinski centar	-	-	24	-	-	-	-	-	29	-	53
Pojačan nadzor roditelja, usvojioca ili staraoca	11	5	16	15	1	2	9	-	5	2	66
Pojačan nadzor u drugoj porodici	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Pojačan nadzor nadležnog organa socijalne zaštite	9	1	16	6	-	7	2	-	2	1	44
Upućivanje u vaspitnu ustanovu	-	-	-	-	-	1	-	-	2	-	3
Upućivanje u ustanovu za defektne maloljetnike	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Upućivanje u vaspitno-popravni dom	-	-	2	-	-	-	-	-	-	-	2
Spajanje sa drugim spisom	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Rad za opšte dobro	-	-	-	-	-	-	-		-	-	-
UKUPNO U FBiH:	32	8	78	29	4	20	14	2	48	23	258

Tabela broj 3.

OSUĐENA I OPTUŽENA MALOLJETNA LICA PREMA VRSTI ODLUKE			
KANTONI	OBUSTAVLJEN POSTUPAK PRED SUDIJOM ZA MALOLJETNIKE	IZREČENA MJERA BEZBJEDNOSTI	IZREČENA SANKCIJA
Unsko-sanski	20	-	33
Posavski	4	-	9
Tuzlanski	121	4	80
Zeničko-dobojski	30	-	33
Bosansko-podrinjski	1	-	4
Srednjobosanski	7	4	23
Hercegovačko-neretvanski	3	-	14

Zapadnohercegovački	-	-	2
Sarajevo	145	1	71
Kanton 10	5	2	8
UKUPNO U FBIH:	336	11	277

9. Zaključak

Maloljetnička delinkvencija, kao oblik društveno neprihvatljivog ponašanja, aktuelna je društveno negativna pojava koja nameće potrebu za većim angažmanom zajednice, odnosno društva u rješavanju niza neriješenih problema koji se iz godine u godine nagomilavaju i produbljuju. Zato i borba protiv maloljetničke delinkvencije u Federaciji BiH zahtijeva koordiniranu akciju svih društvenih subjekata počev od Federalnog ministarstva pravde, opštinskih i kantonalnih sudova i tužilaštava, organa starateljstva i svih subjekata koji imaju "aktivnu" ulogu u izvršenju krivičnih sankcija prema maloljetnicima. Oni bi trebali biti, uslovno rečeno, "kreatori" kako mjera prevencije, tako i resocijalizacije maloljetnih učinilaca krivičnih djela. Evidentno je da su prava i obaveze djece i maloljetnika posebno osjetljivo pitanje, a za regulaciju tih prava neophodni su kvalitetni zakoni koji se temelje na međunarodnim principima i standardima koji će biti adekvatno primijenjeni. Treba očekivati da će Zakon biti adekvatno primijenjen u praksi i otkloniti pravne praznine koje su postojale prije njegovog donošenja.

Literatura

1. Bošković, M. (2007). *Osnovi maloljetničke delinkvencije*. Banja Luka: Fakultet za bezbjednost i zaštitu.
2. Hough, B., Theodore, F. (1992). *Understanding Delinquency*. New York: Harper Collins Publishers.
3. Jovašević, D. (2010). *Položaj maloljetnika u krivičnom pravu*. Niš: Pravni fakultet.
4. Knežević,.S. (2010). *Maloljetničko krivično pravo,* Niš: Pravni fakultet.
5. Krstić, O. (2009). *Maloljetnička delinkvencija*. Banja Luka: Fakultet za bezbjednost i zaštitu.
6. Lazarević, Lj., Grubač, M. (2005). *Komentar Zakona o maloljetnim učiniocima krivičnih djela i krivičnopravnoj zaštiti maloljetnih lica*. Beograd.
7. Pratt, J. (1986). *Diversion from the Juvenile Court*. "British Journal of Criminology", 26.
8. Schaffstein, F. (1998). *Jugendstrafrecht*. Stuttgart.
9. Simović, M, Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović, M. M. (2013). *Maloljetničko krivično pravo,* Istočno Sarajevo: Pravni fakultet.
10. Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović, M.M. (2010). *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku*. Banja Luka: Međunarodno udruženje naučnih radnika.
11. Simović, M. M. (2012). *Vaspitne mjere kao sredstvo suzbijanja kriminaliteta maloljetnika,* Laktaši: Grafomark.

12. *Soković*, S. *Bejatović*, S. (2009). *Maloljetničko krivično pravo*. Kragujevac: Pravni fakultet.
13. Škulić M. (2011) *Maloljetničko krivično pravo,* Beograd: Pravni fakultet.
Internet izvori:
http://www.fzs.ba/
http://www.klix.ba
http://www.fzs.ba/godsnji_bilteni.htm#PRAVOSUĐE

Assistant professor Marina M. Simović, Secretary of the Ombudsman for Children of Republic of Srpska and Assistant professor Faculty of Law University "Apeiron" Banja Luka

CRIMINAL SANCTIONS TOWARDS JUVENILES AND THEIR EXECUTION IN FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Deviant behaviour of juveniles is not bespoken only in committing criminal acts, but also in different forms of asocial and antisocial behaviour, that are not incriminated by criminal-justice standards but are also socially unacceptable and a product of inadequate socialization of juveniles. Those forms of socially unacceptable behaviour can lead to acts of breaking the criminal-justice standards. Therefore, organized society must react to such behaviour by applying an extensive spectrum of measures of educational i.e. social character. In that context, criminal sanction represent foundation of legislative, intended for punishing i.e. processing all forms of juvenile criminal behaviour.

Initiation of criminal proceeding of juvenile perpetrators of criminal acts requires urgent and coordinated acting of all those included in that procedure, but also creating necessary conditions in order to establish implementation of primary, secondary and tertiary prevention. The purpose of executing criminal sanction towards this category of perpetrators is enforcement of legally valid and executive court decisions, i.e. protecting society from criminal acts' perpetrators and detaching them from it, with a goal of reforming, healing and guiding them for a life in freedom in compliance with law.

Key words: juveniles, children, criminal penalties, criminal offense, the Federation of BiH.

Др Миомира Костић,
редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу,
Александар Михајловић,
студент мастер студија,
Универзитет у Нишу, Правни факултет

ПОЛОЖАЈ СТАРИЈИХ ОСУЂЕНИКА У ПЕНИТЕНЦИЈАРНИМ УСТАНОВАМА

Апстракт: У криминолошкој литератури се износи јасан став да је криминалитет старијих у непосредној вези с њиховим ступањем у нови период живота. Код старијих делинквената могуће је уочити образац у развоју делинквентне активности, структуру криминалитета, полну заступљеност делинквентних лица, претходно кажњавање, друштвени статус остарелих делинквената. Криминолошка истраживања старијих била су најчешће у домену испитивања страха од криминалитета, њихове виктимизације у оквиру породице, док је њихова делинквенција много ређе била предмет изучавања. Изучавање делинквенције старијих најчешће је било у значењу потреба и тешкоћа с којима је суочена затворска популација у трећем добу, када су изречене дугогодишње затворске казне, а правила условног отпуста остају строга, или када се критикује мањак посебних социјално прилагођених пенитенцијарних установа за остареле осуђенике. Ниво криминалитета опада с повећањем година старости. За разлику од константног пораста удела старог становништва у односу на млађе становништво у развијеним земљама света, удео осуђеничке популације, међу особама од *55* година живота и старијих, у односу на млађе осуђенике, ипак је знатно мањи. Наиме, различита питања која се односе на *"*старе особе иза решетака*"* постала су, временом, предмет интересовања, криминолога и пенолога, државне администрације, и међународних организација које се залажу за примену људских права. Утамничени мушкарци и жене уобичајено пате од физичких и психичких потешкоћа, које карактеришу особе на слободи, али бар десетак година старије. Насиље, анксиозност, стрес у затворским условима, одвојеност од породице и пријатеља, као и спознаја могућности да ће сав или скоро сав остатак живота провести иза решетака, све заједно могу довести до убрзаног процеса старења код осуђених лица.

Кључне речи: старост, старији осуђеници, делинквенција старијих, третман старијих.

1. Појам и границе старости

Изналажење реалне могућности за непрекидним трајањем живота није ништа мање кобно од смрти, осим у предањима и веровањима, где натприродна бића своју бесмртност поткрепљују бројним преимућствима (Костић, 1997:89). Пошто сенесценција почиње од рођења, парадоксално је да процес старења и старост као животно доба буду табу теме. "Сваки човек жели дуго да живи", па самим тим "бити стар" не треба да представља било какво посебно спорно питање. Али "нико не жели да остари", па се старост међу становништвом већине држава света све више посматра као "социјални проблем".[1]

Током развоја људског друштва људски век није увек трајао исто, већ се напротив продужавао, па се тренутак када неко улази у старачко доба одређивао по различитим критеријумима (број година, радна способност, физички изглед). Betty Friedan, у свом делу *Fountain of Age*, наводи да је само 8% Американаца преко 65 година старости прихватило термин "стар", да тиме опише себе. Скоро половина испитаника определила се за термине: "сениор грађанин", "зрео Американац", или "пензионисана особа", као прихватљиве за опис свог статуса (Friedan, 2006).

У савременој медицинској литератури заступљено је мишљење да термине "старе особе" и "сениор грађани" треба дефинисати узимајући у обзир пре функционални статус, него хронолошке године, мада се из административних разлога старост особе изражава годинама (65 или 75 година). Такође, прави се подела ове групе на две подгрупе: "млађе-старије особе" (65-74 године) и на "стар-старије особе" (преко 85 година старости) (Krupp, 1988:4).

Продужење трајања људског века значило је стално повећавање броја старих особа у односу на укупну популацију једне земље. У 20. веку, у односу на претходна раздобља, остварена је револуција у трајању људског живота. Просечно очекивано трајање људског века порасло је за 20 година до 1950. године, па је просечна старост тада достигла 66 година живота. Очекује се продужење трајања људског века за још 10 година до 2050. године. Овај демографски тријумф и брзи пораст популације у првој половини 21. века указује да ће број особа преко 60 година старости нарасти од око 600 милиона у 2000. години на скоро 2.000 милиона у 2050. години. Процењено је да ће се пропорционална заступљеност особа, које су одређене као старе/остареле, глобално повећати од 10% у 1998. години на 15% у 2025. години.

Пораст броја старих становника биће највећи и најбржи у развијеним земљама света, и то у четвороструком износу за следећих 50 година. Тај ће пораст у најмањој мери бити забележен у земљама Африке (Madrid International

[1] "…промена која би водила ка корисном, активном и развојно оријентисаном погледу на старење може да произиђе из сопствених поступака старих људи, кроз саму снагу њиховог растућег броја, па самим тим и утицаја. Колективна свест о томе шта старење значи, у смислу концепта друштвеног изједначавања, може временом постати користан чинилац у промени става". "Internetational Plan of Action on Ageing", 1/para. 32, цит. у: *Social Gerontology*: "Old Age Across Cultures and Time", URL: http://www.trinity.edu/~mkearl/gercul.html, приступ: 13.10.2008.

Plan, 2002). Нешто прецизнији подаци указују на то да је педесетих година 20. века у САД живело 12.4 милиона мушкараца и жена старијих од 64 године, што је чинило 8,1% од укупног броја становника. До 2004. године број старијих се утростручио, и порастао је на 36 милиона становника САД. Прогноза је да ће до средине 2030. године у САД живети преко 70 милиона старијих, што ће износити 25% од укупно пројектованог обима америчке популације тада (Eglit, 2004: 1).

У многим модерним индустријским друштвима досегнути старост као да подразумева припадање субординираној групи људи. Старији су често лимитирани у свом учешћу у друштвеном, економском и политичком животу, што онемогућава њихов довољни утицај у различитим сферама друштвеног живота, иако по броју они нису мањинска група. Већина улога у социјалној структури савремених друштава не припада старим особама, и за њих обитава само неколицина регуларних, санкцијом заштићених могућности за пуно учешће у друштвеном животу. Развија се један стални сукобљени однос између тежњи старих особа да им припадну одређене улоге у друштву, и тежњи млађег дела становништва да им те улоге не додели. Зато се положај старих људи може да пореди са положајем адолесцената. Наиме, њихове тешкоће да се прилагоде друштвеним захтевима су сличне. И међу једнима и међу другима често постоји осећање бескорисности, као и спознаја да њихове жеље скоро нико не спознаје. Садашњост је битна за радно способно становништво – стари људи из садашње перспективе немају будућност, а млади тек треба да ступе на њено тло.

У том смислу, живот старих особа често добија маргиналан карактер, као битисање људи који се налазе на рубу друштвеног живота. Утицај њихових свакодневних активности на токове друштвеног живота не може се, ни легалистичким оквиром, нити пак неким опште прихваћеним моралним нормама, дефинисати као доминантан у процесу доношења одлука, које би мењале стварност (Костић, Ђорђевић, 2004:3).

2. Делинквенција старијих

Међутим, услед опадање физичке снаге и слабљења општег здравља, долази и до промена у социјалном положају старих особа у односу на онај који су имали као млађе особе. Старењем се губи иницијатива, опада радна способност и пре одласка у пензију (под условом да су уопште били запослени), старе особе бивају аутоматски искључене из низа активности које су судбоносне за њихову даљу егзистенцију.

У криминолошкој литератури се износи јасан став да је криминалитет старијих у непосредној вези с њиховим ступањем у нови период живота. Слично томе како неке младе особе, услед тешкоћа на које наилазе у првим фазама социјализације (детињство, младост) отпочињу своју делинквентну активност, тако и недостатност трећег доба живота, односно трећег периода социјализације,

може утицати на појаву делинквенције код остарелих. Слично, или чак подударно као код младих, или млађих извршилаца кривичних дела, и код старијих делинквената могуће је уочити образац у развоју делинквентне активности, структуру криминалитета, полну заступљеност делинквентних лица, претходно кажњавање, као и друштвени статус остарелих делинквената (Hardtke, 1991).

И поред тога, остареле особе/стара лица дуго нису била предмет посебног криминолошког изучавања,[2] у поређењу са темама расне или родне припадности, или сексуалне опредељености, које се доводе у однос криминогенезе, или виктимогенезе њиховог бивствовања. У криминолошкој књижевности отуда се истиче да је занимање за старије било најчешће у домену испитивања страха од криминалитета, или њихове виктимизације у оквиру породице, а да је њихова делинквенција много ређе била предмет изучавања. Опет, изучавање делинквенције старијих најчешће је било у значењу потреба и тешкоћа с којима је суочена затворска популација у трећем добу, када су изречене дугогодишње затворске казне, а правила условног отпуста остају строга, или када се критикује мањак посебних социјално прилагођених пенитенцијарних установа за остареле осуђенике. Такође, чак и када криминолози искажу интересовање за остареле учиниоце кривичних дела, њихова пажња усмерена је на старије као сексуалне делинквенте, док су друге категорије старијих извршилаца кривичних дела занемарене (Oxford, 2007:160).

Према статистичким показатељима у САД, млађе особе се много учесталије јављају као извршиоци кривичних дела, у односу на пунолетне и оне старије. С друге стране, у областима САД, у којима је концентрисанији живот већег броја старијих лица у односу на млађе, попут државе Флориде, њихова делинквенција уочава се као статистички значајна. На Флориди, проценат старијих лица која врше кривична дела расте брже од процента одраслих, или млађих особа које почине неку делинквентну активност. Између 1980. и 1998. године, стопа сексуалних делинквената с Флориде, у узрасту од 60 година и старијих, порасла је за 171%, док су разбојништва порасла за 168%, а тешке телесне повреде за 13%. Отуда изјава одговорног лица у Центру за обуку полиције на Флориди да полицајци "на своје огромно изненађење налазе себе како стављају лисице некоме ко је старији од 65 година (...), и да покушавају да их упозоре да то што су старији не значи и да су невини". Ипак, на нивоу САД, ниво криминалитета старијих није тако значајан. Током 2000. године, особе узраста од 65 година и старије учествовале су у укупном броју хапшења у САД са 0,6%, а међу кривичним делима доминирале су крађе, попут џепарења, праћене тешким телесним повредама (Titus Reid, 2003:41).

---

[2] У криминолошкој теорији постоје три групе схватања које се односе на питање старости. По првој, најраспрострањенијој у криминологији, појам "старост" се користи као дескриптивна категорија. Друго, суштаствено, аналитичко одређење, потиче из теорије социјалне геронтологије, док је треће одређење везано за виктимолошки приступ старењу и старим особама. Видети: Rachel Pain, "Theorising Age in Criminology: the Case of Home Abuse", British Society of Criminology, *The British Criminology Conferences: Selected Proceedings, Volume* 2.http://www.britsoccrim.org/volume2/006.pdf, приступ: 25.11.2008.

Међутим, анализом наведених података о дистрибуцији криминалитета на нивоу САД, учешће старијих у укупном криминалитету је веома ниско. Према подацима из Uniform Crime Reports, укупан број хапшења у САД, у 2012. години био је 9.446.660, или 100%. Од тога, број хапшења старијих лица, за поједина кривична дела, или групе кривичних дела, био је заступљен на следећи начин: од 60-64 године – 118.772 хапшења или 1,3%, а преко 65 година – 81.758 хапшења или 0,9%. Дистрибуција криминалитета, према облицима испољених криминалних понашања, у извештају је представљена на следећи начин: убиство и умишљајно убиство: од 60-64 године 100, преко 65 година 93; силовање: од 60-64 године 200, преко 65 година 167; разбојништво: од 60-64 године 250, преко 65 година 108; тешке телесне повреде: од 60-64 године 4.059, преко 65 година 3.223; провалне крађе: од 60-64 године 1.011, преко 65 година 607; крађе: од 60-64 године 10.482, преко 65 година 7.757; крађе моторних возила: од 60-64 године 225, преко 65 година 118; паљевине: од 60-64 године 114, преко 65 година 73; други облици делинквентног понашања: од 60-64 године 10.631, преко 65 година 8.752; фалсификовања: од 60-64 године 428, преко 65 година 239; преваре: од 60-64 године 1.755, преко 65 година 1.323; проневере: од 60-64 године 141, преко 65 година 78; трговина украденом робом: од 60-64 године 430, преко 65 година 211; вандализам: од 60-64 године 1.177, преко 65 година 976; неовлашћено ношење оружја: од 60-65 године 1.094, преко 65 година 953; сексуална делинквенција: од 60-64 године 481, преко 65 година 371; злоупотреба опојних дрога: од 60-64 године 1.340, преко 65 година 1.622; коцкање: од 60-64 године 8.604, преко 65 година 3.651; насиље у породици: од 60-64 године 167, преко 65 година 156; вожња у пијаном стању: од 60-64 године 733, преко 65 година 510; злоупотреба алкохола: од 60-64 године 21.462, преко 65 година 15.403; пијанство: од 60-64 године 3.409, преко 65 година 1.851; преступи: од 60-64 године 8.497, преко 65 година 4.326; скитничење: од 60-64 године 5.290, преко 65 година 3.625. Посебно су издвојени случајеви хапшења лица од 60-64 године за криминалитет насиља 4.609 или 1,1%, а за имовински криминалитет 11.832 или 0,9%, и лица преко 65 година за криминалитет насиља 3.591 или 0,9%, а за имовински криминалитет 8.555 или 0,7%, у односу на укупан број хапшења (Uniform Crime Reports, 2012).

У приказаној анализи дистрибуције криминалитета по врсти кривичног дела и узрасту учинилаца, интересантно је да код свих облика испољених криминалних, односно делинквентних активности, број хапшења старијих од 65 година опада у односу на старосну групу од 60-64 године. Изузетак је једино код злоупотреба опојних дрога, где је број хапшења порастао у узрасној групи од 65 година и старији.

Општи закључак је да ниво криминалитета опада с повећањем година старости. Овај феномен био је криминолошки објашњаван с различитих аспеката. Криминолози, који су имали за предмет свог интересовања развитак криминалних каријера појединаца, сматрају да нормални процеси биолошког и социопсихолошког сазревања смањују криминалну активност, а да старост омогућава људима да много исправније процењују вероватноћу успешности

криминалног понашања. Многи делинквенти немају финансијске добитке током дугог периода времена, нити успевају да успешно избегну хапшење, осуду, нити упућивање у установе. Но, без обзира на различите објективне и субјективне околности, чини се да се "привлачност криминалитета битно смањује како криминалци постају старији" (Titus Reid, 2003:41).

У домаћој криминолошкој литератури, у деловима који се баве питањима криминалне феноменологије, дистрибуција криминалитета према старости заокупља пажњу писаца у оној мери која се односи на стално растући обим малолетничке делинквенције, односно њено опадање, у односу на појаву сасвим нових облика криминалне активности међу младима. С друге стране, ово питање, ипак, налази своје место у литератури из области правне медицине, тачније судске психопатологије. Тако, Јевтић разматра питања форензичког значаја старосних душевних ненормалности, односно кривичну одговорност учинилаца у случају старосних психотичних стања. С обзиром на то да атеросклеротични душевни поремећаји и сенилна деменција доводе у питање подобност за урачунљивост, а самим тим и способност за расуђивање, деликтна понашања таквих особа, као изречене увреде, клевете, кривоклетства, ипак се отежано доказују због обичајног уважавања година, или поштовања према старијима. Јевтић, код таквих особа, посебно наглашава "интересовања за сва материјална питања", затим тврдоглавост, педантерију, властољубље. Могуће је и младалачко еуфорично расположење, посебан начин облачења и понашања, који их често чини жртвама злоупотреба. Међутим, оно што их карактерише јесу и сексуални деликти, као "егзибиционизам или блудне радње и напаствовање девојчица, па и дечака" (Jevtić, 1959: 351).

У криминолошкој литератури, поготову оној из англосаксонског говорног подручја, јасно се износе тврђења да је делинквенција старијих ипак постала предмет интересовања у криминологији, али тек од седамдесетих година прошлога века, када је и запажен енормни пораст броја ових становника у САД. Најраније студије из ове области предсказивале су да ће се у будућности старији све више упуштати у вршење кривичних дела, и да ће се тиме створити још један растући социјални проблем. Ове тврдње су поново разматране од стране криминолога осамдесетих година прошлог века, када је и доведена у питање валидност ове тврдње. Резултати обимних студија у САД су садржали исту тврдњу да криминалитет старијих никако не сме да буде окарактерисан као "геријатријски криминални талас". Такође, закључено је да се повећава обим одређених облика криминалних понашања од стране старијих, с једне стране, док се, с друге стране, смањује обим неких других облика њихових делинквентних активности. Утврђено је да се повећава удео имовинског криминалитета, а да се смањује обим злочина без жртве, као што су: коцкање, опијање на јавном месту, скитничење и прекршаји против јавног реда и мира (Flynn, 2000: 47-48).

Интересантно је да чак ни у САД, све до 2000. године, када су Max Rothman, Burton D. Dunlop и Pamela Entzel уредили монографију *Elders, Crime,*

and the Criminal Justice System, није објављена ниједна опсежна студија која би се, искључиво или у највећој мери, бавила питањима учешћа, односно положаја старијих, у америчком кривичноправном систему.

3. Пенитенцијарни третман старијих

Доба живота остарелих, у свим својим ендогеним и егзогеним импликацијама, чини, на први поглед, виктимогеничним само њихово бивствовање. Представа о томе чак замагљује и њихову јасно видљиву позицију активних актера кривичног догађаја – дакле, у својству откривених извршилаца кривичних дела, односно у логичном следу догађаја, као осуђених лица.

За разлику од константног пораста удела старог становништва у односу на млађе становништво у развијеним земљама света, удео осуђеничке популације, међу особама од 55 година живота и старијих, у односу на млађе осуђенике, ипак је знатно мањи. Наиме, према неким статистичким показатељима, током 1991. године, удео особа старости од 55 година и старијих међу извршиоцима кривичних дела у САД био је 2,9%, у односу на укупан број извршилаца кривична дела. Током 1988. године, око 604.000 особа било је упућено у федералне и државне затворе на извршење казне затвора у САД. Од тог броја, око 20.000 били су старости од 55 година и старији. То значи да су тада око 3,3% затвореничке популације чиниле особе од 55 година и старије, док је истовремено та старосна група бројала око 21,4% укупне популације Американаца. Али, како је наглашено, због убрзаног пораста тог сегмента опште популације у САД (од 55 година и старији) сасвим је рационално да се очекује пораст удела остарелих особа и међу осуђеничком популацијом (Elderly Persons in Prison).

Ова очекивања, из визуре данашњице, нашла су своју потврду. Наиме, различита питања која се односе на "старе особе иза решетака" постала су, временом, предмет интересовања, не само криминолога и пенолога, или државне администрације, већ и међународних организација које се залажу за примену људских права. Нека њихова истраживања, за разлику од опште увреженог мишљења, полазе од претпоставке да нема разлике између старијих и млађих осуђеника, и да су осуђеници од седамдесет и пет година старости, активнији, независнији и здравији од оних много млађег узраста. Међутим, услед биолошког старења организма, код њих се много чешће јављају хроничне болести и стална погоршања здравља. Стога, у казнено-поправном систему САД развиле су се посебне хронолошке старосне групе осуђеника, које служе да затворској администрацији укажу на физичке и менталне промене и стања здравља, које карактеришу процес старења организма. Због тога, у многим савезним државама САД, та доња граница у класификовању затворске популације износи педесет година, а горња седамдесет, док се у социјалном окружењу, на слободи, особе узраста од 50-55 година не могу сматрати остарелима. Утамничени мушкарци и жене уобичајено пате од физичких и психичких потешкоћа, које карактеришу особе на слободи, али бар десетак година старије. Насиље, анк-

сиозност, стрес у затворским условима, одвојеност од породице и пријатеља, као и спознаја могућности да ће сав или скоро сав остатак живота провести иза решетака, све заједно могу довести до убрзаног процеса старења код осуђених лица.

У САД се примећује чак драматичан пораст броја осуђених лица изнад 65 година старости. У 2007. години њих је било 16.200, а у 2010. години већ 26.200, или за 63% више. Током тог истог периода, укупан број осуђених лица био је повећан за 0,7%. У периоду од 1995-2010. године, био је примећен видљив пораст броја осуђених старијих, с тим што су у статистикама издвојене особе од 55 година и старије, и оне до 55 година. Током 1995. године, у САД, затворска популација је бројала 1.085.369 осуђеника, од тога 32.600 старијих од 55 година, а у 2010. години 1.543.206 осуђеника, а од тога 124.400 старијих од 55 година. Број осуђених лица, старијих од 55 година, растао је много брже од раста укупне затворске популације, за 282%, у односу на 42,1% повећања затворске популације уопште (Human Rights Watch: Old Priosners, 2012).

Као узрок за повећање удела старијих међу затворском популацијом у САД, у литератури се наводе: дужевременске казне затвора; доживотне казне затвора; повећање удела старијих извршилаца међу ухапшенима; недостатак легалних услова за ранији отпуст (Human Rights Watch: Why the Aging Prison Population, 2012).

Затворске зграде, правила и обичаји у неформалном систему стварају се тако да су прилагођени потребама и стилу живљења млађих осуђеника. Рад на удаљеним местима, степениште, или стајање у реду приликом прозивке, некада представљају немогуће услове боравка за старије осуђенике. Инконтиненција и деменција код старијих стварају нове потешкоће, али и неопходност другачијег прилагођавања затворског особља у поступању са старијим осуђеницима, па стога "затворско особље које ради са старијима зна да нема смисла викати на осуђеника који не разуме шта му се говори" (Human Rights Watch: Conditions of Confinement, 2012).

Резултати научних студија указују да се јасно издвајају три категорије старијих осуђеника. Прву групу чине они који су осуђени на дуге временске казне затвора, које су им изречене још у младости, за примарни насилни злочин који су извршили, и који су остарили у затвору. Они се, најчешће, добро прилагођавају условима живота у затвору, и често служе за узор другима. Међутим, дугачки период институционализације, мањак социјалних веза и ограниченост у радном искуству утичу да се ова група суочава с највећим тешкоћама у социјалној реинтеграцији, по отпусту.

Другу групу чине делинквенти из навике, који су током целог свог живота између неслободе, односно повратници. Они се рационално прилагођавају животу у затвору, често пате од хроничних здравствених проблема, укључујући и историју злоупотребе опојних дрога. Друштвене везе су им лимитиране, а прошлост радног искуства спорадична.

Трећу групу чине они који су били осуђени, због тешких облика криминалитета, у каснијем периоду живота. Најтеже се прилагођавају условима живота у затвору и најчешће су у ситуацији да буду виктимизирани од стране других осуђеника. Највећи број њих су сексуални делинквенти.

За све три групе осуђених лица треба обезбедити различите програме, који ће задовољити њихове потребе. Појединачно, сваки од осуђеника има различите здравствене потешкоће, неки облик зависности, или физичку или психичку неспособност, према чему се морају одредити различити програми поступања, којима ће се задовољити појединачни субјективни и објективни интереси осуђених лица (UNODC, 2009:126).

Различити приступи у истраживањима старијих осуђеника, баве се и различитим питањима, као: лични профили осуђеника; социјално-психолошке последице затворског окружења; једнакост у односима осуђеника и статусна хијерархија; учешће у основним социјалним институцијама; и, конформизам у затворским правилима, као и условни отпуст. Свакако да томе треба придодати и питања увођења специјализованих програма и поступака, као и олакшица за старије осуђенике (Goetting, 1983).

Међународне организације, као Уједињене нације, баве се посебним потребама и изазовима боравка старијих осуђеника у затворима. Ту се, пре свега, изучавају: приступ правди; вршење процена; смештај; здравствена нега; породичне везе; затворски програми; припреме за отпуст и постпенална подршка; ранији условни отпуст; мултипликованост њихових потреба. Изучавају се међународни стандарди везани за кажњавање и затварање старијих делинквената, као и одговори на потребе њиховог боравка у установама (казнена политика; ванинституционалне кривичне санкције; формални систем) (UNODC, 2009:123).

4. Закључна разматрања

Код старијих осуђеника уочава се низ сличних потреба, које морају да задовоље у личном и друштвеном животу на слободи, и свих последица које из тога проистичу (здравствена нега и трошкови лечења, на пример),[3] па се предлаже низ мера које би, најпре, ублажиле тешкоће у периоду њиховог утамничења, у поправним домовима и затворима (на пример, трошкови за државу, одсуство породице која би се о томе старала и сл.), као и у припремама за отпуст. Тако, могуће је указати на неке алтернативне корективне мере за остареле

[3] Тешкоће које се јављају упућивањем остарелих осуђеника на извршење затворских казни могу се, уопштено посматрано, сврстати у две категорије. Једна обухвата здравствена и социјална питања која непосредно погађају остареле осуђенике, док друга обухвата финансијске тешкоће у односу на оптерећење здравствених фондова за лечење и заштиту остарелих осуђеника, као и административне тешкоће у односу на бригу и заштиту остарелих осуђеника.
Видети: "Elderly Felons: A Research Proposal", http://www.lotsofessays.com/viewpaper/1706293.html, приступ: 17.12.2009.

осуђенике. Захтев, који мора бити задовољен и у овом случају, односи се на добробит и друштва и остарелих осуђеника. Зато је потребно спојити, уједначити и испољавати извесне ставове у кривичном правосуђу, попут: смањивања броја институционалних мера; повећања обима олакшица условног отпуста за њих; закључивање приватних уговора у вези с посебним олакшицама за остареле осуђенике који треба да буду условно отпуштени из безбедносних разлога; као и установљавање болничких одељења у заводима за остареле осуђенике који су на самрти.[4]

Закон о извршењу кривичних санкција Републике Србије[5] не регулише посебним одредбама положај старих осуђеника. У оквиру општих одредби о забрани дискриминације, забрањује се стављање у неравноправан положај лица према коме се извршава кривична санкција, због расе, боје коже, пола, језика, вере, политичког и другог уверења, националног или социјалног порекла, имовног стања, образовања, друштвеног положаја или другог личног својства (члан 7). У члану 24. став 4. предвиђено је да завод мора располагати посебном просторијом за издвајање оболелих осуђених, у зависности од природе обољења.[6]

Законописац још у једној одредби експлиците помиње године живота осуђеника, и то када регулише права осуђеног лица, односно слободно време осуђеног. Наиме, у чл. 80 је предвиђено да осуђени има право да изван затворених просторија на свежем ваздуху, у слободно време, проведе најмање два часа дневно. Осуђени, коме године и телесне способности то дозвољавају, има право у слободно време на организовану физичку активност, укључујући и право да заједно с другим осуђеницима користи спортске терене и опрему.

Узраст осуђених лица у Закону о извршењу кривичних санкција се предвиђа као посебан критеријум у одредбама о смештају осуђеника. Приликом регулисања смештаја, предвиђено је да се разврставање осуђеног у просторије за заједнички боравак и спаваонице спроводи уз брижљиву оцену свих околности и података евидентираних у пријемном одељењу, посебно имајући у виду узраст, личне особине и склоности, као и друга својства од којих зависи позитиван међусобни утицај и непостојање опасности од међусобног физичког и психичког угрожавања. Осуђени с инвалидитетом има право на смештај примерен врсти и степену његових посебних потреба (чл. 77).

У нашој земљи донет је Закон о потврђивању Конвенције о трансферу осуђених лица са Додатним протоколом.[7] На основу ове Конвенције, до тран-

---

[4] "Alternative Corrections Policies for Elderly Felons", http://www.lotsofessays.com/viewpaper/1687838.html, приступ: 17.12.2009.

[5] *Закон о извршењу кривичних санкција Републике Србије*, "Сл. гласник РС", бр. 55/2014

[6] Оболевање од тешке, неизлечиве болести, што наравно не мора бити увек повезано са остарелошћу осуђеника, може бити наведена као околност која се узима као оправдана за давање помиловања код нас. (Миладиновић, 2006:145)

[7] *Закон о потврђивању Конвенције о трансферу осуђених лица са Додатним протоколом.* "Службени лист СРЈ" - Међународни уговори, број 4/01. http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI_KONVENCIJE/konvencija_transfer_cyr.pdf приступ: 9.2.2010.

сфера може доћи само под одређеним условима, међу којима је и онај који се односи на старост осуђеног лица. Тако је, у чл. 3 прописано да када због година старости, менталног или физичког стања једна од држава сматра неопходним, осуђено лице или његов представник, морају дати сагласност за трансфер.

У средствима јавног информисања налази се податак да је за Србију карактеристичан превелики број осуђених лица у заводима, у односу на предвиђене капацитете, чак највећи од свих 47 **земаља чланица Савета Европе. Статистички подаци за** 2012. **годину показују да је у Србији на** 100 **прописаних места у заводима смештено** 160 **затвореника.** После Србије следи Италија са 140 затвореника на 100 места, затим Кипар са 140, Мађарска са 139 и Белгија са 132 затвореника на 100 места (српски затвори пребукирани, 2014).

Процењено је да је током 2008. године у српским затворима било преко 150 осуђеника старости преко 70 година (Српска православна црква, 2008). Прецизне статистичке показатеље износи Управа за извршење заводских санкција. Наиме, према Годишњем извештају о раду Управе за 2009. годину, од укупног броја примљених лица, 9.023, узраст осуђених старијих лица примљених у тој години био је следећи: лица од 50-60 година – 789; од 60-70 година 245; и, од 70 година и више – 66. Процентуално, они су чинили 0,12% од укупно примљене осуђеничке популације (Управа за извршење кривичних санкција, 2009). Тај број унеколико је био мањи у 2010. години, али процентуално идентичан. Од укупног броја примљених лица, 7.660, узраст осуђених старијих лица примљених у тој години био је следећи: лица од 50-60 година – 692; од 60-70 година 224; и, од 70 година и више – 40 (Управа за извршење кривичних санкција, 2010:71). У 2011. години, као и у 2010. години, скоро истоветан број старијих лица био је примљен у заводе. Од укупног броја примљених лица, 7.925, узраст осуђених старијих лица примљених у тој години био је следећи: лица од 50-60 година – 687; од 60-70 година 199; и, од 70 година и више – 50 (Управа за извршење кривичних санкција, 2011:113), или, процентуално 0,11%.

Осим промене терминологије од 2011. **године, када Управа отпочиње да статистички евидентира лица по старости, а не више по узрасту, у** 2012. **години начињен је још један помак. Наиме, структуралним показатељима евидентираних по старости примљених осуђених, сада се придодаје и разврставање по полу, код свих старосних категорија. Тако је у** 2012. **години било примљено** 7.962 **мушкарца и** 318 **жена, укупно посматрано. Од тога,** узраст и пол осуђених старијих лица примљених у тој години био је следећи: лица од 50-60 година – 750, и то 703 мушкарца и 47 жена; од 60-70 година 260, и то 247 мушкараца и 13 жена; и, од 70 година и више – 54, и то 52 мушкарца и 2 жене (Управа за извршење кривичних санкција, 2012:95). **У** 2013. **години било је примљено** 7.074 **мушкарца и** 295 **жена, укупно посматрано. Од тога,** узраст и пол осуђених старијих лица примљених у тој години био је следећи: лица од 50-60 година – 766, и то 725 мушкарца и 41 жена; од 60-70 година 242, и то 229 мушкараца и 13 жена; и, од 70 година и више – 44, и то 41 мушкарац и 3 жене (Управа за извршење кривичних санкција, 2013:112).

У посматраном периоду могуће је уочити скоро непромењен број, односно проценат заступљености, старијих осуђеника у укупној затворској популацији у Србији. Тај број можда не изгледа као растући, као у неким развијеним земљама света, али, опет, представља невидљиви део слике осуђеничке популације у Србији. Оно што је слично условима живота на слободи, да су старији маргинализовани у односу на радно способно становништво, одражава се, попут рефлексије, и у затворским условима. Не постоје законске, нити било какве друге препреке, да се део научног сазнања наставника и сарадника правних факултета, на којима се изучавају криминологија, пенологија и виктимологија, примени у пракси, ради побољшања ефикасности примене криминалнополитичких мера, као ретрибутивних и превентивних процеса и поступака у борби против криминалитета(Јовашевић, Костић, 2012).

Примери добре праксе, преузети из упоредноправне литературе, могу послужити као узор за стварање сопствених програма. Пројекат за старије осуђенике је назив програма основаног 1989. године у САД. Овај програм је предвиђен као вид спречавања појаве превеликог броја осуђених лица у затворима, и намењен је старијим осуђеницима и онима који су у неповољнијем положају (болесни, странци). Од установљења, на програму је учествовало више од 500 осуђених лица и тврди се да је утицао на истраживање легислативне реформе на нивоу савезне државе, као и појединих држава (Abner, 2006:11).

Институт за кривично правосуђе САД је још 2001. године установио да је петнаест од четрдесет и четири државе и територија појединих држава, обезбедило надгледане рекреативне програме, посебно осмишљене за старије и остареле осуђенике. Друге државе увеле су образовне програме за побољшање здравља и о питањима старења, као део превентивних заштитних програма, уопште. У Охају, развијени су програми за осуђенике старије од педесет година, који се односе на њихове физичке, психичке и социјалне потребе. Осмишљене су рекреативне вежбе, основно образовање за одрасле, као и одговарајуће друштвене игре (бинго, организоване шетње). Друге државе, попут Пенсилваније, на пример, обезбеђују медицинске едукативне програме, којима нуде едукацију о здравој исхрани и о смањењу телесне тежине. Приметна је и распрострањеност покрета који се залаже за обезбеђење посебних смештајних капацитета за старије осуђенике, од којих се у некима примењује потребна здравствена нега (Abner, 2006:10).

Питање малог броја старијих и остарелих осуђеника код нас не сме да буде разлог за непоступање, **односно опредељења према овој појави. Стицање праксе студената права, медицине, психологије, физичке културе, може да буде само део интересовања у образовном систему државе за бољу едукацију будућих стручњака. Развијање емпатије према потребама других, у условима јасно примењене ретрибутивне правде, као и мењање свести грађана о предностима ресторативног приступа, неће умањити остварење принципа легалитета. Објективност државног**

приступа је довољна само на нивоу буџетских уштеда, али уз обезбеђење законских норми и адекватног политичког приступа решавању питања превеликог броја осуђених лица у затворима, као и оних осуђеника који имају посебне физичке, психичке и социјалне потребе (старији, **оболели, странци).**

Литература

Abner, C. (2006). *Graying Prisons – States Face Challanges of an Aging Inmate Population*. Retrieved 5, September 2014, from: http://www.csg.org/knowledgecenter/docs/sn0611GrayingPrisons.pdf

"Alternative Corrections Policies for Elderly Felons", http://www.lotsofessays.com/viewpaper/1687838.html, приступ: 17.12.2009.

У: Костић, М. (2010). Виктимитет старих људи. Ниш: Правни факултет. (59).

Eglit, H. (2004). *Age and Ageism in the American Legal System*. The University Prss of Florida.

"Elderly Persons in Prison", http://www.lotsofessays.com/viewpaper/1699988.html,

приступ: 17.12.2009. У: Костић, М. (2010). Виктимитет старих људи. Ниш: Правни факултет. (59).

"Elderly Felons: A Research Proposal",

http://www.lotsofessays.com/viewpaper/1706293.html, приступ: 17.12.2009. У: Костић, М. (2010). Виктимитет старих људи. Ниш: Правни факултет. (59).

Flynn, E. (2000). Elders as Perpetrators. In: Elders, Crime, and the Criminal Justice System. (Ed. by Max Rothman, Burton D. Dunlop, Pamela Entzel). Retrieved 5, September 2014, from http://books.google.rs/books?id=6mGG7eyFmjQC&pg=PA43&lpg=PA43&dq=Flynn,+Elders

Friedan, B. (2006) *The Fountain of Age*. U: *Social Gerontology:* "Social Psychology of Aging",

http://www.trinity.edu/cmkearl/gersopsy.html, приступ: 13.10.2008.

У: Костић, М. (2010). Виктимитет старих људи. Ниш: Правни факултет. (стр. 18).

Goetting, A. (1983). The Elderly in Prison: Issues and Perspectives. *Jouranl of Research in Crime and Delinquency.* 20: 291-309.Retrieved 5, September 2014, from http://jrc.sagepub.com/content/20/2/291.abstract

Hardtke, F. (1991). Criminal acts by the elderly. A phenomenologic presentation with discussion of criminologic and gerontologic explanatory approaches, Arch Kriminol. 1991 Jul-Aug;188(1-2):1-19. Retrieved 23, August 2014, from http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed?term=Hardtke%20F%5BAuthor%5D&cauthor=true&cauthor_uid=1953243

Human Rights Watch. *Old Behind Bars: Older Prisoners.* (2012). Retrieved 5, September 2014, from http://www.hrw.org/node/104747/section/

Human Rights Watch: *Old Behind Bars: Why the Aging Prison Population*. (2012). Retrieved 8, September 2014, from hhttp://www.hrw.org/ru/node/104747/section/6

Human Rights Watch: *Conditions of Confinement*. (2012). Retrieved 9, September 2014, from http://www.hrw.org/ru/node/104747/section/7

Jevtić, D. (1959) *Sudska psihopatologija*. Beograd, Zagreb: Medicinska knjiga.

Јовашевић, Д., Костић, М. (2012). Политика сузбијања криминалитета. Ниш: Центар за публикације.

Костић, М. (2010). Виктимитет старих људи. Ниш: Правни факултет.

Костић, М., Ђорђевић, Р., (2004). Виктимизација старих особа као припадника посебне маргиналне групе. Београд: Темида. (7). 3-11.

Костић, М. (1997). Старост као доба живота и ризик виктимизације. Београд: Социјална мисао. (Април-јуни, 02). 89-98.

Krupp, A.M. (1988). Интерна медицина. Београд: Савремена администрација. *Madrid International Plan on Action on Ageing 2002,* 12 April 2002 *www.un.org/esa/socdev/ageing/madrid_intlplanaction.html, приступ:* 30. 11.2007.

У: Костић, М. (2010). Виктимитет старих људи. Ниш: Правни факултет. (стр. 20).

Миладиновић, Д. (2006). Осврт на концепт помиловања у кривичном законодавству Србије. Зборник Правног факултета у Нишу. (XLVI). 133-150.

Министарство правде Републике Србије. Управа за извршење кривичних санкција. (2009). Годишњи извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за *2009.* годину. Приступ: 10.9.2014. Са: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/izvestaj%202009.pdf

Министарство правде Републике Србије. Управа за извршење кривичних санкција. (2010). Извештај о раду управе за *2010.* годину. Приступ: 10.9.2014. Са: Godisnji%20izvestaj%20o%20radu%202010[1].zip - ZIP archive, unpacked size 3.247.025 bytes

Министарство правде Републике Србије. Управа за извршење кривичних санкција. (2011). Извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за *2011.* годину. Приступ: 10.9.2014. Са: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/Godisnji_2011_%20UIKS.pdf

Министарство правде Републике Србије. Управа за извршење кривичних санкција. (2012). Извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за *2012.* годину. Приступ: 10.9.2014. Са: hhttp://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/UKKS_izvestaj_2012.pdf

Министарство правде Републике Србије. Управа за извршење кривичних санкција. (2013). Годишњи извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за *2013.* годину. Приступ: 10.9.2014. Са: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/Godisnji_izvestaj_UIKS-a_za_2013.pdf

The Oxford Handbook of Criminology, (2007) (ed. by: Mike Maguire, Rod Morgan, and Robert nReiner). Oxford Univerzity Press.

Rachel Pain, "Theorising Age in Criminology: the Case of Home Abuse", British Society of Criminology, *The British Criminology Conferences: Selected Proceedings, Volume 2.*

http://www.britsoccrim.org/volume2/006.pdf, приступ: 25.11.2008. У: Костић, М. (2010). Виктимитет старих људи. Ниш: Правни факултет. (стр. 15).

Српски затвори пребукирани. (2014). Уторак 29. април 2014, приступ : 12.9.2014. са: http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/Dru%C5%A1tvo/1586252/Srpski+zatvori+prebukirani.html

Српска православна црква. (2008) "Српски затвори пребукирани".

http://www.spc.rs/sr/srpski_zatvori_prebukirani, приступ: 9.2.2010. У: Костић, М. (2010). Виктимитет старих људи. (стр. 58-61). Ниш: Правни факултет.

Social Gerontology: "Old Age Across Cultures and Time", "Internetational Plan of Action on Ageing", 1/para. 32, http://www.trinity.edu/~mkearl/gercul.html, приступ: 13.10.2008.

У: Костић, М. (2010). Виктимитет старих људи. Ниш: Правни факултет. (стр. 17).

Titus Reid, S. (2003) *Crime and Criminology*, New York: McGrawHill.

Uniform Crime Reports, Crime in the United States 2012. Retrieved 23, August 2014, from http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2012/crime-in-the-u.s.-2012/tables/38tabledatadecoverviewpdf

UNODC: *Handbook on Prisoners with special needs*. (2009). New York: United Nations. Retrieved 10, Septembert 2014, fromhttp://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Prisoners_with_Special_Needs.pdf

Закон о извршењу кривичних санкција Републике Србије, "Сл. гласник РС", бр. 55/2014.

Закон о потврђивању Конвенције о трансферу осуђених лица са Додатним протоколом, "Службени лист СРЈ" - Међународни уговори, број 4/01, http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI_KONVENCIJE/konvencija_transfer_cyr.pdf приступ: 12.9.2014.

Prof. Miomira Kostić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš
Aleksandar Mihajlović, student of master degree,
Faculty of Law, University of Niš
The Penitentiary Status of Elder Inmates

Abstract

The criminological literature underscores that criminal offences committed by senior citizens are directly related to their age and entering a new stage of life. In elder offenders, we may observe a distinctive pattern in the development of their criminal activities, the structure of crime, gender-specific criminal offences, their previous criminal records and their social status. The former criminological studies on the elderly population have most frequently focused on examining the senior citizens' fear of crime and their victimization within the family; the studies on criminal offences committed by the elderly seem to be rather scarce. The prior research into the criminal activity of elder offenders has largely addressed the

needs and difficulties encountered by elderly inmates, particularly in case they were sentenced to long-term imprisonment and subject to strict parole rules. Some researchers have also extended criticism on the lack of special correctional facilities specifically designed for elder inmates. In general, crime rate drops with aging. In developed countries, there is a constant increase of elder population as opposed to the marked decrease of younger population. Yet, the percentage of convicted offenders among the persons over the age of 55 is still significantly lesser as compared to the percentage of younger convicts. Namely, different issues pertaining to "elder people behind bars" have eventually become the subject matter of interest of criminologists and penologists, public administration authorities and international organizations advocating the observance of human rights. The incarcerated men and women face many physical and psychological problems which are generally encountered by all people at large but usually at a later age, when they are at least 10 years older than the inmates. Violence, anxiety and distress caused by the immediate prison environment, separation from their friends and families, and the awareness that they are most likely to spend the rest or most of their lives in prison may altogether accelerate the aging process in elderly inmates.

Key words: aging, elder inmates, elder delinquency, treatment of elderly offenders.

Dr Zoran Stevanović,
Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd
Mr sc. Jasmina Igrački,
Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd

IZVRŠNO KRIVIČNO PRAVO U SRBIJI: OD NORME DO PRAKSE

Apstrakt

U radu dat je pregled izvora izvršnog krivičnog prava, tendencije u ovoj oblasti i primena zakonskih normi u praksi- u penitencijarnom sistemu. Čestim promenama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija (1997, 2005, 2009, 2011, 2014) čine se značajne reforme sistema, usklađuju se zakonska rešenja sa međunarodnim standardima, ali istovremeno pokazuje i nepostojanje jasne dugotrajnije strategije u ovoj oblasti. Česte promene Zakona o izvršenju krivičnih sankcija i drugih propisa u ovoj oblasti imaju i negativne posledice koje se ispoljavaju u praksi. Naime, prosto je došlo do zasićenje praktičara u stalnom menjanju zakonskih rešenja koja se neposredno primenjuju. Tako česta menjanja normi zbunjuju i penitencijarnu administraciju i zatvorenike, jer svi oni nisu u mogućnosti da stalno te promene prate i da ih primenjuju u praksi. Nerealno je očekivati od stražara da sve to prati i da to primeni u svom radu. Najčešće oni se drže tradicije i prvih saznanja sa kojima se susreću na početku rada u zatvoru i toga se, po pravilu, drže. Ako se tome doda da edukacija zaposlenih nije na zadovoljavajućem nivou i da ne postoji obrazovni profil penološke struke, realno nije ni moguće očekivati potpunu primenu novih zakonskih rešenja u praksi. Na to ukazuje i značajan broj zatvoreničkih pritužbi nadležnim organima u potrebi zaštite svojih prava, na šta ukazuje i zaštitnik građana u svom izveštaju. Tako je u 2013. godini 653 zatvorenika podnelo pritužbe upravnicima zatvora, 200 pritužbi je podneto direktoru Uprave, a 49 zatvorenika je podnelo tužbu za sudsku zaštitu zbog povreda prava osuđenih tokom izvršenja kazne zatvora , a na konačne odluke Direktora Uprave po žalbama.

Ključne reči: krivične sankcije, zatvori, izvršenje, prava zatvorenika, izvršno krivično zakonodavstvo.

Uvod

Izvršno krivično pravo je sistem zakonskih propisa koji određuju postupak, način i uslove izvršenja krivičnih sankcija. Izvršno krivično pravo se nalazi u funkciji primene krivičnog (materijalnog) prava, odnosno omogućava finalnu fazu njegove primene. Osnovna i najopštija načela izvršenja krivičnih sankcija ili pak neka posebna pitanja vezana za izvršenje sankcija koje su u tesnoj vezi sa krivičnopravnom regulativom, nalaze se u materijalnom krivičnom zakonodavstvu. A da bi određena krivična sankcija koja je propisana u krivičnom pravu i izrečena od strane nadležnog suda mogla u potpunosti da ostvari Krivičnim zakonikom propisanu svrhu, potrebno je da ona bude na odgovarajući način i izvršena, od za to nadležnih državnih organa - organa penitencijarne administracije. To ukazuje na utilitaristički karakter izvršnog krivičnog prava koje svoje opravdanje i *ratio legis* nalazi upravo u društvenoj korisnosti. Izvršno krivično pravo je, dakle, deo jedinstvenog pravnog sistema zemlje, ali koje u tom smislu ima poseban zadatak. Njegov je zadatak da obezbedi zaštitu, učvršćivanje i razvijanje društveno-ekonomskih odnosa i društveno- političkog uređenja zemlje.[1]

Naziv izvršno krivično pravo potiče od osnovnog izvora ove grane prava od Zakona o izvršenju krivičnih sankcija. U literaturi se upotrebljavaju više naziva: pravo izvršenja krivičnih sankcija, izvršno krivično pravo, penitensijarno pravo, a često se za nauku izvršnog krivičnog prava upotrebljava naziv penologija. Penologija kao naučna disciplina se bavi proučavanjem svih krivičnih sankcija i mera, načinom i postupkom njihovog izvršenja, odnosno njihovim međusobnim odnosom i efektima resocijalizacije osuđenih lica. Efikasnost propisanih, izrečenih i izvršenih krivičnih sankcija neposredno se manifestuje na stopu kriminaliteta i obima recidiva u jednoj zemlji. Izrečena krivična sankcija deluje preventivno u smislu onemogućavanja prestupnika da vrši nova krivična dela za vreme izdržavanja kazne lišenja slobode, ili dok traju određene mere bezbednosti. Izvesno dejstvo, u tom smislu, imaju i one sankcije koje čine učinioca više "vidljivim", ili predstavljaju pretnju da se pretvore u težu sankciju u slučaju vršenja novog krivičnog dela. No, specijalno-preventivni učinak u odnosu na osuđeno lice, čak i za vreme izdržavanja kazne lišenja slobode ne vodi nekim značajnijim globalnim efektima. Ni argument da mali broj lica vrši veliki broj krivičnih dela ne znači u tom pogledu mnogo. Brojna istraživanja su pokazala da stopa kriminaliteta nije u korelaciji sa stopom osuđenih na kaznu lišenja slobode i da ona može ostati nepromenjena bez obzira na to koliko učinilaca izdržava kaznu lišenja slobode[2]. Po pravilu na njihovo mesto stupaju novi učinioci i to, često u broju koji prevazilazi broj onih koji su kaznom lišenja slobode onemogućeni da vrše krivična dela[3]. Iako to ukazuje i na neefikasnost generalne prevencije, činjenica je da

[1] Jovašević, D.& Stevanović, Z. (2007) Osnovne karakteristike izvršnog krivičnog prava, Revija za krivično pravo i kriminologiju, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, br. 2. Beograd, str. 101.

[2] Ch. Silberman tvrdi da i u slučaju kada bi svi učinioci krivičnih dela bili zatvoreni, da će bar jedan broj novih učinilaca nastojati da iskoristi ekonomske prednosti vršenja krivičnih dela. Navedeno prema J. Senna, L. Siegel, *Introduction to Criminal Justice*, New York, Los Angeles, S. Francisco,1984, p. 33.

[3] J. Senna, L. Siegel, *Introduction to Criminal Justice*, New York, Los Angeles, S. Francisco,1984, p. 33

sprečavanje osuđenih učinilaca u daljem vršenju krivičnih dela ne utiče na obim i dinamiku kriminaliteta. Danas je prošireno shvatanje da specijalna prevencija, i to ne samo ona koja polazi od ideje resocijalizacije, ne može dati ozbiljniji doprinos ostvarivanju zaštitne funkcije krivičnog prava. To ne umanjuje značaj primene krivičnih sankcija za ostvarivanje zaštitne funkcije krivičnog prava, ali ne toliko zbog specijalne, koliko zbog generalne prevencije.

Jedan od osnovnih kriterijuma u razvrstavanju izvora izvršnog krivičnog zakonodavstva polazi od hijerarhije pravnih akata i on prevashodno važi za unutrašnji pravni sistem jedne zemlje. Najveću pravnu snagu, svakako, ima ustavna norma koja obavezuje da svaki zakon i drugi pravni akti moraju biti u saglasnosti sa Ustavom. Odmah iza Ustava, po važnosti, su zakonske odredbe koje se odnose na oblast izvršenja krivičnih sankcija, i na kraju, slede podzakonski akti kojim se razrađuju norme iz zakona koji regulišu ovu oblast. Materija vezana za krivične sankcije regulisana je u Krivičnom zakoniku[4] i Zakonu o maloletnim izvršiocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika[5]. U njima je definisan sistem krivičnih sankcija koje se mogu izreći punoletnim i maloletnim učiniocima krivičnih dela. Krivično pravo u Srbiji poznaje četiri vrste krivičnih sankcija: kazne, mere upozorenja, mere bezbednosti i vaspitne mere. Kazne mogu biti: kazna zatvora, novčana kazna, rad u javnom interesu i oduzimanje vozačke dozvole. Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, sadrži niz odredbi koje su bitne za izvršenje krivičnih sankcija za maloletne učinioce krivičnih dela. Zakonik o krivičnom postupku[6] je, takođe, jedan od bitnih izvora izvršnog krivičnog prava koji uže definiše krivične sankcije i gde se navodi da je bitna crta krivičnih sankcija da ih može izreći samo nadležni sud u postupku koji je pokrenut i sproveden po tom Zakoniku. Zakonik o krivičnom postupku posebno naglašava prava lica lišenih slobode: da bude obavešteno o razlozima lišenja slobode i o drugim detaljima koji mu se stavljaju na teret, pravo na branioca, pravo na korišćenje maternjeg jezika, pravo na zdravstvenu zaštitu, pravo na naknadu zbog neosnovanog lišenja slobode i dr.

Osnovni izvor izvršnog krivičnog prava u Republici Srbiji je Zakon o izvršenju krivičnih sankcija[7] (ZIKS). Njime se uređuje izvršenje krivičnih sankcija, mere pritvora i drugih mera koje izriče sud kao i organizacija rada odgovarajućih institucija u okviru Zavoda za izvršenje krivičnih sankcija[8]. Ovim zakonom uređuje se, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno, postupak izvršenja krivičnih sankcija prema punoletnim licima, prava i obaveze lica prema kojima se izvršavaju krivične sankcije, organizacija Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, nadzor nad njenim radom, izvršenje sankcija izrečenih za privredne prestupe i prekršaje, oduzimanje

[4] "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 85/2005,88/2005- ispr., 107/2005- ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

[5] "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 85/2005.

[6] "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

[7] "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 55/2014

[8] Jovašević, D& Stevanović, Z. (2007) Osnovne karakteristike izvršnog krivičnog prava, Revija za krivično pravo i kriminologiju, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, str. 107.

imovinske koristi pribavljene krivičnim delom ili privrednim prestupom i primena mere pritvora. U postupku izvršenja krivičnih sankcija prema maloletnicima, kao i u postupku izvršenja kazne zatvora izrečene za prekršaj primenjuju se odredbe ovog zakona, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno[9]. Izvršenjem krivičnih sankcija ostvaruje se opšta i individualna svrha njihovog izricanja u cilju uspešne reintegracije osuđenih u društvo[10].

Drugi veoma značajan izvor ove grane prava je Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (ZOMUKD)[11] Ovim zakonom se uređuje oblast izvršenja krivičnih sankcija izrečene maloletnim licima (vaspitne mere i kazna maloletničkog zatvora). Zakon o izvršenju kazne za krivična dela organizovanog kriminala[12] uređuje postupak izvršenja kazne zatvora za krivična dela koja se, u smislu Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela[13], smatraju krivična dela organizovanog kriminala, organizacija i nadležnost državnih organa u postupku izvršenja kazne, položaj osuđenih i nadzor nad izvršenjem kazne zatvora.

Sledeći izvor prava izvršenja krivičnih sankcija je Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera[14] kojim se uređuje postupak izvršenja vanzavodskih sankcija i mera izrečenih u krivičnom, prekršajnom ili drugom sudskom postupku, koje se izvršavaju u zajednici, propisuje se svrha, sadržaj, način izvršenja, položaj lica u postupku, kao i nadzor nad izvršenjem. Na izvršenje vanzavodskih sankcija i mera shodno se primenjuju odredbe Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, ako ovim zakonom nije drugačije propisano. Svrha izvršenja vanzavodskih sankcija i mera je zaštita društva od kriminaliteta sa ciljem resocijalizacije i reintegracije osuđenih lica. Kao izvori izvršnog krivičnog prava su i Zakon o privrednim prestupima i Zakon o prekršajima budući da ovi zakoni propisuju pojam, vrste, svrhu i trajanje sankcija koje su izrečene učiniocima privrednih prestupa, odnosno prekršaja, a koje se izvršavaju pod istim uslovima i u istom postupku kao i sankcije koje su izrečene učiniocima krivičnih dela. I konačno, kao izvori prava izvršenja krivičnih sankcija su podzakonski akti u formi pravilnika i uredbi.

Za pravo izvršenja krivičnih sankcija veoma su značajni međunarodni akti kao izvori ovog prava. U literaturi postoje više podela međunarodnih izvora izvršnog prava, a jedna od tih podela je prema prirodi izvora. Prvu grupu čine normativni ili izvori u užem smislu, i tu grupu čine svi međunarodni akti- bilateralni ili multilateralni ugovori, konvencije, deklaracije i sl., čija sadržina utiče na uslove u kojima će učinioci krivičnih dela živeti za vreme dok se prema njima primenjuje izrečena krivična sankcija, odnosno mera. Pored ovih, kao izvori prava u ovoj

[9] Čl. 1. ZIKS-a ("Sl. glasnik Republike Srpske", broj 55/2014)
[10] Čl. 2 . ZIKS-a ("Sl. glasnik Republike Srpske", broj 55/2014)
[11] "Sl. glasnik Republike Srpske", broj 85/ 2005
[12] "Sl. glasnik Republike Srpske", br. 72/2009 i 101/2010.
[13] "Sl. glasnik Republike Srpske", br. 42/2002, 27/2003, 67/2003, 29/2004, 58/2004, 45/2005,61/2005, 72/2009, 72/2011-dr. zakon, 101/2011- dr. zakon i 32/2013.
[14] "Sl. glasnik Republike Srpske", broj 55/2014.

oblasti mogu se pojaviti i odluke odgovarajućih organa kojima se na međunarodnom planu kontroliše primena od država usvojenih i ratifikovanih međunarodnih pravila. Kao takve institucije obično se pojavljuju: međunarodna tela koja nisu sudskog karaktera- različiti komiteti (za ljudska prava, za eliminisanje rasne diskriminacije, protiv torture i sl.); međunarodni pravosudni organi, kakav je Evropski sud za ljudska prava i sl.[15] Standardi i odluke pomenutih komiteta, komisija i drugih međunarodnih tela i institucija su izvori obavezujućih principa za rad nacionalnih zakonodavstava, u širem smislu mogu se smatrati izvorom prava izvršenja krivičnih sankcija.

Izvršno krivično pravo u Srbiji: ima li raskoraka između zakonskih normi i prakse

Oblast izvršenja krivičnih sankcija predstavlja izuzetno važnu i istovremeno veoma delikatnu fazu u procesu kontrole i prevencije kriminaliteta. Proces izvršenja krivičnih sankcija izrečenih punoletnim licima u Republici Srbiji detaljno je regulisan Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija. Izvršenje krivičnih sankcija koje se primenjuju prema maloletnim učiniocima krivičnih dela reguliše Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika, a izvršenje vanzavodskih sankcija i mera uređeno je Zakonom o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera. Odredbe Zakona o izvršenju krivičnih sankcija se odnose na materiju izvršenja krivičnih sankcija institucionalnog karaktera, vrste i tipove zavoda, službe u zavodima, unutrašnju organizaciju zatvorskog sistema, način rukovođenja, rad privrednih jedinica u sastavu zavoda, položaj lica lišenih slobode, radno-pravni status zatvorske administracije, svrhu krivičnih sankcija, organizacioni oblik u okviru državne uprave, pripadnost resoru i sl. Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravna zaštita maloletnika sadrži odredbe koje se primenjuju prema maloletnim učiniocima krivičnih dela i odnose se na materijalno krivično pravo, organe koji ga primenjuju, krivični postupak i izvršenje krivičnih sankcija prema ovim učiniocima krivičnih dela. Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera uređuje postupak izvršenja vanzavodskih sankcija i mera izrečenih u krivičnom, prekršajnom ili drugom sudskom postupku, koje se izvršavaju u zajednici, propisuje svrhu, sadržaj, način izvršenja, položaj lica u postupku, kao i nadzor nad izvršenjem. Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, Zakon o maloletnicima i Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera određuje ciljeve izvršenja sankcija, određuje način postupanja sa osuđenicima i osuđenika aktivno uključuje u ostvarivanju programa. Sa tog aspekta, rešenja u zakonu su savremena i svakako daju okvir koncepciji reintegracije prestupnika u socijalnu sredinu, za koju se zakonodavac opredelio. Podzakonskim aktima su razrađena i konkretizovana-operacionalizovana rešenja data u zakonu, određeni postupci i uslovi za ostvarivanje nekih od rešenja data u zakonu, propisana zakonom i uređena su i druga pitanja bitna za funkcionisanje zatvorskog sistema, odnosno sistema izvršenja krivičnih sankcija u celosti, kao i izvršenje vanzavodskih sankcija i mera.

[15] Ignjatović, Đ. (2006) Pravo izvršenja krivičnih sankcija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, str.21-22.

Pravo izvršenja krivičnih sankcija u Srbiji je, u poslednjih nekoliko decenija, u stalnoj je reformi s ciljem usklađivanja svih savremenih rešenja koja su u naučnoj i stručnoj javnosti i kroz međunarodne dokumente prihvaćena u ovoj oblasti. Tako su implementirana gotovo sva Evropska rešenja u Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija, Zakonu o maloletnicima, Zakonu o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera, kao i u svim drugim aktima koja regulišu ovu oblast. Stalne promene Zakona o izvršenju krivičnih sankcija (1997,2005, 2009, 2011, 2014), pored pozitivnih efekata donose i negativne posledice. Naime, ako se zakonske norme i podzakonski propisi doneti na osnovu Zakona, učestalo menjaju i to posebno u onom delu koji treba da primenjuju neposredni izvršioci u sprovođenju tretmana prema zatvorenicima, nastaju ozbiljni problemi. Zatvorska administracije, a posebno uniformisan deo, nije osposobljen a i nije ni u situaciji da prati stalne promene propisa, zbog čega dolazi do bitnih propusta u primeni zakonskih rešenja u radu sa osuđenim licima. Treba imati u vidu i činjenicu da su zaposleni u penitencijarnom sistemu posle višegodišnjeg rada u zatvoru, stekli određeno iskustvo i rutinu koja je više posledica prihvatanja načina postupanja starijih radnika nego stečeno znanje ili obučenost po aktuelnim propisima i doktrini koja se primenjuje u radu. Poznato je da su penitencijarne institucije najrigidnije i konzervativnije državne institucije i da je veoma teško uvesti novine i promenuti "ustaljen način rada". Otežavajuća okolnost je značajno manji broj zatvorske administracije, posebno uniformisanog i vaspitačkog dela administracije. U tako "prenapregnutoj situaciji" sa velikim brojem prekovremenih časova rada, nije realno očekivati od straže i drugih učesnika u realizaciji tretmana da prate i proučavaju zakonske novine i da iste primenjuju u radu sa zatvorenicima. Treba istaći i to da u svim društvenim krizama zatvorski sistem postaje rigidniji i da se posebna pažnja posvećuje bezbednosti, po pravilu, na štetu ljudskih prava zatvorenika.

Zaštitnik građana Srbije je u svom godišnjem Izveštaju posebno istakao: potrebu celishodnije primene postojećih propisa da bi se unapredilo izvršenje mere pritvora; neophodnost predupređivanja zlostavljanja u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija i izgradnjom normativnih mehanizama kontrole; neophodnost usklađivanja smeštajnih uslova sa važećim propisima i standardima; neophodnost unapređenja postojećih podzakonskih propisa koji se odnose na tretman osuđenih, pre svega radi ostvarivanja intenzivnog aktivnog tretmanskog rada sa osuđenima; funkcionalnog i stimulativnog razvrstavanja i dodele posebnih prava osuđenih; sprovođenja delotvorne pripreme za otpust osuđenih u okviru posebnih otpusnih jedinica; kao i radi efikasnog postpenalnog prihvata koji će omogućiti reintegraciju osuđenih po njihovom otpustu.

Nadležnost nad izvršenjem krivičnih sankcija, a samim tim i nad zatvorskim sistemom u Srbiji, pripada resoru pravosuđa - ministarstvu pravde koje obavlja poslove državne uprave koji se odnose na:. "izvršenje krivičnih sankcija".[16] Ministarstvo pravde svoju nadležnost nad zatvorskim sistemom ostvaruje preko Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, kao unutrašnje organizacione jedinice ministarstva. Kontrolni

[16] Član 9. Zakona o ministarstvima ("Službeni glasnik Republike Srpske" broj 44/2014.)

mehanizmi nad radom Uprave su u nadležnosti ministarstva, odnosno ministra. Resor pravosuđa ima opštu i sveobuhvatnu nadležnost nad izvršenjem krivičnih sankcija, ali i drugi resori imaju određene nadležnosti nad pojedinim krivičnim sankcijama. Tako nad vaspitnom merom, zavodskog tipa, upućivanje u vaspitnu ustanovu, nadležan je resor za rad i socijalna pitanja, nad izvršenjem mera bezbednosti, u delu koji se odnosi na donošenje bližih propisa o regulisanju izvršenja mere i nad stručnim nadzorom, nadležno je i ministarstvo zdravlja.[17] Pored resornog ministarstva, koje ima potpunu nadležnost nad zatvorskim sistemom, značajne nadležnosti u pogledu kontrole i inspekcijskih poslova imaju sudovi, organi za prekršaje, nadležne inspekcije za određenu oblast, a u skladu sa Zakonom o državnoj upravi kao i po Zakonu o inspekcijskom nadzoru i drugim pozitivnim propisima koji regulišu nadzor nad radom organa i organizacija.

Uprava za izvršenje krivičnih sankcija ima široku i sveobuhvatnu nadležnost nad izvršenjem krivičnih sankcija zavodskog i vanzavodskog tipa, ali i veliku odgovornost u modelovanju sistema sa svim svojim osobenostima. Iz tog ovlašćenja Uprava ima obavezu da, preko svojih mehanizama kontrole, instruktivnog delovanja a na osnovu Strategije razvoja zatvorskog sistema, izgradi i implementira pravne norme u svim segmentima sistema. Sadašnje stanje ukazuje da postoji dosta prostora da se pozitivni propisi potpunije primenjuju u praksi- u zatvoru. Norma kao norma nema poseban značaj ako ne zaživi u praksi i ako nema edukovane administracije koja će te propise da primenjuje. Kao rezultat nepotpune primene propisa u praksi zaštitniku građana se obratilo 396 zatvorenika (ili oko 9 % od svih pritužbi) tražeći zaštitu svojih prava koja su, po njima, povređena u zatvoru. Zaštitnik građana posebno ističe neusklađenost propisanih standarda u smeštaju zatvorenika sa stanjem u zatvoru. Zatvori su prenaseljeni i ne ispunjavaju propisane standarde od osam kubnih metara po pritvoreniku. Takođe krše se propisi o neophodnosti boravka pritvorenika od najmanje dva sata na čistom vazduhu, ne poštuje se pravo na obrazovanje i plaćeni rad, niti se sa njima sprovodi bilo kakav oblik psiho-terapeutskog rada. U izveštaju se ističe i prisustvo zloupotrebe ovlašćenja i prekoračenje u upotrebi sredstva prinude a da se to nigde ne evidentira, iako je to zakonom i podzakonskim aktima propisano. Pozitivna je činjenica što su zatvorske institucije u potpunosti izvršile sve preporuke koje je dao zaštitnik građana.

Zaključak

Izvršno krivično pravo je finalni stadijum njegove primene i pripada penologiji – nauci koja izvršenju krivičnih sankcija pristupa multidisciplinarno. Ona izučava pravne i vanpravne aspekte koji se pojavljuju u vezi sa izvršenjem krivičnih sankcija. Retke su oblasti u kojima se tako neposredno ispoljava nedostatak opšte koncepcije i njoj prilagođenih rešenja kao u oblasti izvršenja krivičnih sankcija. Stalne promene Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, pored pozitivnih efekata, donose i negativne posledice. Naime, ako se zakonske norme i podzakonski propisi doneti na

[17] Član 200. ZIKS-a

osnovu Zakona, učestalo menjaju i to posebno u onom delu koji treba da primenjuju neposredni izvršioci u sprovođenju tretmana prema zatvorenicima, nastaju ozbiljni problemi. Zatvorska administracije, a posebno uniformisan deo, nije osposobljen a i nije ni u situaciji da prati stalne promene propisa, zbog čega dolazi do bitnih propusta u primeni zakonskih rešenja u radu sa osuđenim licima. Treba imati u vidu i činjenicu da su zaposleni u penitencijarnom sistemu posle višegodišnjeg rada u zatvoru, stekli određeno iskustvo i rutinu koja je više posledica prihvatanja načina postupanja starijih radnika nego stečeno znanje ili obučenost po aktuelnim propisima i doktrini koja se primenjuje u radu.

Stanje u našim kaznenim ustanovama u pogledu uslova u kojima osuđenici žive daleko od zadovoljavajućeg i nije u skladu sa zakonskim rešenjima. Smeštajni uslovi, poštovanja određenih prava, a posebno način postupanja sa zatvorenicima često je u suprotnosti sa zakonom i podzakonskim aktima, našta ukazuje i Zaštitnik građana u svojim godišnjim izveštajima.[18] Navedeno stanje posledica je opšte retributivne kaznene politike koja veruje u zatvaranje kao najvažniju, a prećutno i jedinu meru kojoj se može stati na put kriminalitetu. Pod uticajem "talasa moralne panike" i zbog kurentnosti "kaznenog populizma" kod birača, na zakonodavstvo se vrši stalan pritisak da se kazneno reagovanje sve više zaoštrava. U takvom okruženju, budući da je smrtna kazna ukinuta, hipokrizija onih koji to predlažu ogleda se u tome što su i oni potpuno svesni da pravne norme (pa i najbolje prilagođene datim uslovima) imaju vrlo ograničeni uticaj na kretanje kriminaliteta[19].

Literatura

1. Jovašević, D& Stevanović, Z. (2007) Osnovne karakteristike izvršnog krivičnog prava, Revija za krivično pravo i kriminologiju, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, br. 2. Beograd
2. Ignjatović, Đ. (2006) Pravo izvršenja krivičnih sankcija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd,
3. Ignjatović, Đ. (2005) Kriminologija, Službeni Glasnik, Beograd.
4. Ignjatović, Đ. (2010) Kritička analiza stanja i tendencije u krivičnom izvršnom pravu, Crimen, Beograd
5. Ignjatović, Đ(2013) Kuda ide krivično izvršno pravo u Srbiji, Revija za kriminologiju i krivično pravo, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, br. 3. Beograd
6. Petrović, B. & Jovašević, D. (2006) Izvršno krivično/kazneno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo.

[18] Godišnji izveštaj Zaštitnika građana Republike Srbije za 2013. godinu.

[19] Ignjatović, Đ. (2010.) Kritička analiza stanja i tendencije u krivičnom izvršnom pravu, Crimen 2, str. 54-55.

7. Simeunović - Patić, B. & Stevanović, Z. (2009), Evropski standardi u izvršenju kazni, Kontrola kriminaliteta i evropski standardi: stanje u Srbiji, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd,
8. Stojanović, Z. (2011) Preventivna funkcija krivičnog prava, CRIMEN(II), Beograd, br.1.

Zakoni

1. Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, ("Sl. glasnik Republike Srpske", broj 55/2014)
2. Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivično pravnoj zaštiti maloletnik, ("Sl. glasnik Republike Srpske", broj 55/2014),
3. Zakon o izvršenju vainstitucionalnih sankcija i mera, ("Sl. glasnik Republike Srpske", broj 55/2014).

Zoran Stevanović, PhD
Institute of Criminological and Sociological Research in Belgrade
Msc Jasmina Igrački
Institute of Criminological and Sociological Research in Belgrade

EXECUTIVE CRIMINAL LAW IN SERBIA: FROM NORM TO PRACTICE

Abstract:

This paper presents an overview of executive criminal law, tendencies in this area and use of legal norms in practice- in penalty system. Frequent change of the Executive criminal sanctions Law (1977, 2005, 2009, 2011, 2014) make a significant system reforms, sinchronization of legal solutions with international standards, but at the same time show a lack of clear longterm strategy in this area. These changes also have a negative consequences that are evident in practice. They confuse the penalty administration as well as the prisoners, because they can't keep track of them and apply them in practice. It's unrealistic to expect the guard to keep track of everything and apply it in his work. Usually, they stick to tradition and first knowlege from the begining of their career. If you add to that, disaffected education and the lack of educational profile in penal profession, it is impossible to expect a clompete use of new legal solutions in practice. This is indicated by a large number of inmates' complaints to the authorities regarding protection og their rights, which is idicated by the Ombudsman

In his report. In 2013. 653 inmates filed a complaint to the prison governors, 200 complaints to the Director of Administration, and 49 inmates sought court protection because of violation of prisoners rights.

Key words: criminal sanctions, prisons, execution, inmate rights, executive criminal legislation.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна и универзитетска библиотека
Републике Српске, Бања Лука

343.2/.7(082)

КРИВИЧНО законодавство - de lege lata et de lege ferenda (2015 ; Приједор)

Кривично законодавство - de lege lata et de lege ferenda : [зборник радова], Приједор 17-18. априла 2015. године / организациони одбор Марко Павић ... [и др.]. - Бања Лука : Министарство правде Републике Српске ; Београд : Министарство правде Републике Србије ; Приједор : Град Приједор ; Бања Лука : Универзитет у Бањој Луци : Службени гласник Републике Српске ; Београд : Српско удружење на кривичноправну теорију и праксу ; Бања Лука : Службени гласник Републике Српске, 2015 (Бања Лука : Службени гласник Републике Српске). - 426стр. ; 25 cm

Текст ћир. и лат. - Тираж 200. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз све радове. - Abstracts.

ISBN 978-99938-22-51-6
COBISS.RS-ID 4957976