ISSN 0353-9644

БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година CXXII • Нова серија • Број 3–4

Београд

2009

Власник и издавач:
АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ
11000 Београд, Дечанска бр. 13/II
Телефон: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
www.advokatska-komora.rs
Досадашњи главни и одговорни уредници:
Милан Ст. МАРКОВИЋ (1887. и 1897–1901); Ђорђе НЕНАДОВИЋ (1888–1890); Добривоје–Добра ПЕТКОВИЋ (1902–1906. и 1925–1926); Љубомир СТЕФАНОВИЋ (1927–1930); Др Обрад БЛАГОЈЕВИЋ (1931–1933); Др Видан БЛАГОЈЕВИЋ (1934); Др Радоје ВУКЧЕВИЋ (1935–1937); Владимир СИМИЋ (1938–1941); Др Александар МИКУЛИЋ (Адвокатура, 1976–1981); Горазд ОГУРЕК (Адвокатура, 1982–1984); Михаило МЛАДЕНОВИЋ (Адвокатура, 1985–1990); Мирослав ДИНЧИЋ (1991–1995); Живојин ШЕСТИЋ (1995–2002)

Главни и одговорни уредник
———— * ————
др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ
адвокат у Београду

Уређивачки одбор
———— * ————
Рајна АНДРИЋ, адвокат у Београду, **проф. др Момчило ГРУБАЧ**, из Новог Сада, **др Радоња ДУБЉЕВИЋ**, адвокат у Београду, **доцент др Марко ЂУРЂЕВИЋ**, Правни факултет у Београду, **Раде ЈАНКОВИЋ**, адвокат у Бољевцу, **мр Станиша ПАУНОВИЋ**, адвокат из Кучева, **проф. др Ђорђе ЛАЗИН**, Правни факултет у Београду, **Борислав РАШОВИЋ**, адвикат из Подгорице, **др Име РОКСИН (Imme Roxin)**, адвокат из Минхена, **мр Слободан СТОЈАНОВИЋ**, адвокат у Београду, **Мирко ТРИПКОВИЋ**, адвокат у Београду, **Милинко ТРИФКОВИЋ**, адвокат у Земуну, **Ненад ЦЕЛЕБЦИЋ**, адвокат у Београду

Припрема за штампу: **Душан Ћасић**

Адреса редакције
———— * ————
АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ
11000 БЕОГРАД, Дечанска 13/II – Тел.: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
БРАНИЧ излази тромесечно. Годишња претплата износи 800 динара, а појединачни број је 250 динара. Рукописи се не враћају. Сарадња у часопису се не хонорише.
Претплата: **АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ** – 11000 БЕОГРАД, Дечанска 13/II, са назнаком: *за Бранич*. Жиро-рачун број: 205-12358-68
На основу мишљења Републичког министарства за културу, број 413-00-1737/2001-04, од 21. децембра 2001. године, часопис је ослобођен од обавеза плаћања пореза на промет.
Штампано у 1.000 примерака
Штампа ЈП „СЛУЖБЕНИ ГЛАСНИК“, Београд

ISSN 0353-9644

Stamp
Bar Association of Serbia

BRANIČ

Journal of Legal Theory and Practice
of the Bar Association of Serbia

Year CXXII • New series • Number 3–4

Belgrade

2009

Owner and publisher:
BAR ASSOCIATION OF SERBIA
11000 Beograd, Dečanska 13/11
Telephone:+381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082
www.advokatska-komora.rs

Previous editors-in-chief:

Milan St. MARKOVIĆ (1887 and 1897-1901); Đorđe NENADOVIĆ (1888-1890); Dobrivoje – Dobra PETKOVIĆ (1902-1906 and 1925-1926); Ljubomir STEFANOVIĆ (1927-1930); Obrad BLAGOJEVIĆ, PhD (1931-1933); Vidan BLAGOJEVIĆ, PhD (1934); Radoje VUKČEVIĆ, PhD (1935-1937); Vladimir SIMIĆ (1938-1941); Aleksandar MIKULIĆ, PhD (Advocacy; 1976-1981); Gorazd OGUREK (Advocacy; 1982-1984); Mihailo MLADENOVIĆ (Advocacy, 1985-1990); Miroslav DINČIĆ (1991-1995); Živojin ŠESTIĆ (1995-2002)

Editor-in-chief

———— * ————

Nedeljko JOVANČEVIĆ, PhD
Lawyer in Belgrade

Editorial Board:

———— * ————

Rajna ANDRIĆ, a lawyer in Belgrade, **prof. Momčilo GRUBAČ, PhD**, from Novi Sad, **Radonja DUBLJEVIĆ, PhD**, a lawyer in Belgrade, **Docent Marko ĐURĐEVIĆ, PhD**, Faculty of Law in Belgrade, **Rade JANKOVIĆ**, lawyer in Boljevac, **Staniša PAUNOVIĆ**, **M.A.**, a lawyer from Kučevo, **prof. Đorđe LAZIN, PhD,** Faculty of Law in Belgrade, **Borislav RAŠOVIĆ**, a lawyer from Podgorica, **Imme ROXIN, PhD**, a lawyer from Munich, **Slobodan STOJANOVIĆ, M.A.**, lawyer in Belgrade, **Mirko TRIPKOVIĆ**, a lawyer in Belgrade, **Milinko TRIFKOVIĆ**, a laywer in Zemun, **Nenad DŽELEBDŽIĆ**, lawyer in Belgrade

Prepress: **Dušan Ćasić**

Address of the Redaction

———— * ————

ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE
11000 Beograd, Dečanska 13/II – Tel.:+381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082

Branič is published quarterly. Annual subscription is 800 dinars, and a single issue is 250 dinars. Manuscripts are witheld. Contributions to the journal are not paid.

Subscription: **ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE –** 11000 Beograd, Dečanska 13/II, attention: *for Branič.* Drawing account number: 205-12358-68

According to the opinion of the Ministry of Culture o the Republic of Serbia, number 413-00-1737/2001-04, of December 21st 2001, the journal is exempt from paying sales tax.

Circulation: 1000 copies

Printed by public company ”SLUŽBENI GLASNIK“, Belgrade

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Горан П. Илић
О новинама у Законику о кривичном поступку 9

Недељко Јованчевић
Проблеми са судском праксом 29

Слободан Стојановић
Трибунал у хагу: спавање председавајућег судије 39

Емир Ђоровић
Поступак изрицања мера безбедности обавезног лечења наркомана и обавезног лечења алкохоличара 45

Душан Радошевић
Чињеничне тврдње, вредносни судови и клевета 61

Лука Бренеселовић
Калорије и килокалорије – кратка напомена законодавцу 75

Петар Ракочевић
Одговорност без кривице медицинских радника 81

Ђорђе Сарапа
Да ли је страно право право или чињеница кад се примењује темељем колизионе норме 95

РАСПРАВЕ

Милан С. Јанковић
Поводом најновијих измена и допуна Закона о парничном поступку 105

Ђурђе Нинковић
Правне последице затварања Европског ваздушног простора 109

ЈУБИЛЕЈИ – СВЕЧАНОСТИ

Томислав Ш. Дедић
Реч захвалности приликом уручења плакете Адвокатске коморе Србије 113

ПРИКАЗИ

Недељко Јованчевић
Научни скуп „Тероризам и људске слободе“ 115

IN MEMORIAM

Милош Марковић – Миша (1947–2010) 117
Ђорђе В. Божовић (1935–2010) 119

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Goran P. Ilić, PhD
On Innovations in the Code of Criminal Procedures 9

Nedeljko Jovančević, PhD
The Problems with Case Law 29

Slobodan Stojanović, m.a.
The Hague Tribunal: Sleeping of the Presiding Judge 39

Emir Ćorović, m.a.
Proceedings for Imposing the Security Measures of the Compulsory Treatment of Drug Addicts and Alcoholics 45

Dušan Radošević
Factual Assertions, Value Judgements and Slander 61

Luka Breneselović
Calories and Kilocalories – Short Note to the Legislator 75

Petar Rakočević
No-fault Liability of the Medical Staff 81

Đorđe Sarapa,m.a.
Is Foreign Law a Law or a Fact when Applied on the Foundation of Conflict of Laws 95

DISCUSSIONS

Milan S. Janković, m.a.
Anent the Newest Amendments and Annexes of the Law on Civil Action 105

Đurđe Ninković
Legal Consequences of the Closure of European Airspace 109

JUBILEES – CEREMONIES

Tomislav Š. Dedić
A Word of Gratitude on the Awarding of Plaquette of the Bar Association of Serbia 113

REVIEWS

Nedeljko Jovančević
Scientific Meeting "Terrorism and Human Freedoms" 115

IN MEMORIAM

Miloš Marković – Miša (1947–2010) 117
Đorđe V. Božović (1935–2010) 119

UDK: 343.13(497.11)

др Горан П. Илић
професор Правног факултета Универзитета у Београду
судија Уставног суда Републике Србије

О НОВИНАМА У ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

I

У току прошле године су у кривичном процесном законодавству Републике Србије извршене значајне измене,[1] од којих неке наговештавају правац у којем ће ићи реформа кривичног поступка. Од првобитне замисли да се изврши усклађивање Законика о кривичном поступку од 2001. године (у даљем тексту: ЗКП)[2] са новим Уставом Републике Србије (у даљем тексту: Устав)[3] и Кривичним закоником (у даљем тексту: КЗ),[4] стави ван снаге Законик о кривичном поступку од 2006. године,[5] а поје-

[1] Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку („Службени гласник РС“, број 72/2009).

[2] Законик о кривичном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 70/2001 и 68/2002 и „Службени гласник РС“, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон и 72/2009).

[3] Устав Републике Србије („Службени гласник РС“, број 98/2006).

[4] Кривични законик („Службени гласни РС“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009 и 111/2009).

[5] Законик о кривичном поступку (Службени гласник РС, бр. 46/2006, 49/2007 и 122/2008).

дина решења прилагоде потребама праксе и међународним стандардима заштите људских права у области кривичног поступка, Новела од 2009. године је отишла знатно даље.

Тако је, између осталог, предвиђена могућност електронског надзора окривљеног (члан 136 ст. 10 и 11 ЗКП), одустанак јавног тужиоца од оптужбе је условљен сагласношћу суда (члан 236 ст. 2 и 6 ЗКП), предвиђен је споразум о признању кривице (чл. 282а до 282д ЗКП), допуштена је могућност изрицања казне затвора до 15 дана због процесне недисциплине учесника на главном претресу (члан 299 став 2 ЗКП), прописана је обавеза другостепеног суда да након једног укидања првостепене пресуде сам реши предмет (члан 385 став 2 ЗКП), сужени су разлози за жалбу против другостепене пресуде (члан 395 став 1 ЗКП), а захтев за ванредно ублажавање казне и захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде (чл. 110 и 112 Новеле од 2009) су укинути.

Пре него што буду анализиране неке од нових процесних установа, требало би указати на неколико измена начелног карактера. У одредби члана 4 ЗКП су садржана права окривљеног, а уједно и дужности суда и другог државног органа да окривљеног упозна са правима и да му омогући да их користи. Поред тога, у члану 5 ЗКП су предвиђена додатна права лица лишеног слободе, што у у основи представља разраду уставне одредбе о допунским правима лица лишеног слободе без одлуке суда (члан 29 Устава). Груписањем поменутих права у два законска члана постигнута је боља прегледност најважнијих гаранција права одбране у кривичном поступку, а њихово сврставање међу уводне чланове кривичног процесног кодекса указује на нарочит значај који ова јемства имају међу одредбама начелног карактера.

Од новина садржаних у Глави I, која уређује основна начела, заврећује да буде поменут члан 18. ЗКП који се односи на питање оцене изведених доказа у кривичном поступку. Сагласно начелу слободног судијског уверења које оставља судији слободу приликом оцене изведених доказа,[6] законодавац је предвидео да суд може засновати пресуду или решење које одговара пресуди само на доказима у чију извесност је потпуно уверен (члан 18. став 1. ЗКП). Иако у нашем кривичном процесном законодавству није до сада коришћен појам извесност, у процесној теорији је он везиван за материјалну истину као највећи степен извесности који се може достићи у кривичном поступку.[7] Другим речима, изве-

[6] S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 2e édition, Litec Groupe LexisNexis, Paris, 2002, 463.

[7] М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Друго, допуњено и измијењено издање, Информатор, Загреб, 1980, 19.

сност је постизање таквог степена уверења о истинитости чињенице, на основу разума и искуства, да у њу не сумња разуман и у животним односима искусан човек.[8]

Овако одређена извесност има на први поглед одређене сличности са доказним стандардом који се користи у англо-америчком праву приликом утврђивања кривице оптуженог – ван разумне сумње (*beyond a reasonable doubt*). Створен у пракси енглеских судова у току XVII и XVIII века у циљу упућивања пороте да успешно испуни своје дужности,[9] појам ван разумне сумње, према схватању енглеске теорије, није могуће у потпуности прецизирати.[10]

Остављајући по страни теоријски спор о сличностима, предностима и недостацима англо-америчког и континенталног доказног стандарда,[11] важно је рећи да члан 18 став 1 ЗКП постојање извесности везује за две врсте судских одлука – пресуду или решење које одговара пресуди. Када је реч о пресуди, долазе у обзир како мериторне тј. ослобађајућа или осуђујућа пресуда, тако и одбијајућа пресуда. Под решењем које одговара пресуди би требало подразумевати, између осталог, решење о обустави истраге (чл. 253 и 254 ЗКП), решење о обустави поступка (чл. 217 и 274 ЗКП), решење о кажњавању (члан 449 ЗКП), решење о судској опомени (члан 459 ЗКП), решење о изрицању мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи или обавезног психијатријског лечења на слободи (члан 506 ЗКП) итд. Одредба се, дакле, не односи на решење за чије доношење законодавац тражи постојање одређеног степена сумње или вероватноће, као што су решење о спајању или раздвајању поступка (чл. 33 и 34 ЗКП), решење о преношењу месне надлежности (чл. 35 и 36 ЗКП), решење о притвору (члан 143 ЗКП), решење о трошковима кривичног поступка (члан 194 став 2 ЗКП) итд.[12]

Новела од 2009. године је изричито предвидела још једно значајно начело кривичног процесног права. Реч је о начелу *in dubio pro reo* о ко-

---

[8] Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Треће измењено и допуњено издање, Савремена администрација, Београд, 1981, 315.

[9] Званична формулација питања које судија поставља пороти гласи: „Пре него што оптуженог огласите кривим потребно је да будете сигурни да је он крив (то је иста ствар као бити уверен у његову кривицу ван разумне сумње").

[10] J. R. Spencer, *Evidence*, *in* M. Delmas-Marty and J. R. Spencer (Edited by), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 600.

[11] О томе видети: *Ibid*., 601, 602; J. Прадел, *Дроит пénал цомпарé*, 2е éдитион, Даллоз, Париз, 2002, 534-538; А. Касезе, *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005, 504.

[12] О томе видети: М. Грубиша, *op. cit*., 41, 42.

јем је надахнуто писао професор др Ђорђе Лазин.[13] За разлику од погрешне формулације овог начела у Законику о кривичном поступку од 2006. године која је омогућавала да се сумња у свакој фази кривичног поступка реши у корист окривљеног, важећа одредба прописује да сумњу у погледу одлучних чињеница које чине обележје кривичног дела или од којих зависи примена неке друге одредбе Кривичног законика суд у пресуди или решењу које одговара пресуди решава у корист окривљеног (члан 18 став 3 ЗКП). Појам Кривичног законика би требало схватити у ширем смислу, односно тумачити га у складу са појмом кривичног законодавства о којем говори члан 112 став 2 КЗ. То значи да би поред одредаба Кривичног законика *stricto sensu*, дошле у обзир и све кривичноправне одредбе садржане у другим законима.

И начело опортунитета кривичног гоњења је у значајној мери проширено, што је израз настојања да се по угледу на упоредна искуства пронађе одговарајуће решење за пораст броја кривичних предмета и умање примедбе о спором дељењу правде. Овој ситуацији је у одређеној мери кумовао и сам законодавац пренаглашеном криминализацијом, па се излаз из постојећег стања тражи и у вансудском решавању спорова. Услед тога се, према мишљењу појединих аутора,[14] поступци помирења, поравнања и медијације, као и убрзане и поједностављене форме кривичног поступка појављују као услов *sine qua non* за опстанак правосудног система.

Новела од 2009. године је проширила могућност јавног тужиоца да одложи кривичног гоњење. Најпре је у преткривичном поступку укинута сагласност суда као услов за коришћење ове процесне установе, под условом да је реч о кривичном делу за које је прописана новчана казна или казна затвора до три године (члан 236 став 1 ЗКП). Новина је да јавни тужилац може одложити кривично гоњење осумњиченог и за кривична дела за која је предвиђена казна затвора преко три године а највише до пет година, ако то одобри ванрасправно веће (члан 236 став 2 ЗКП). У оба случаја одлагање кривичног гоњења претпоставља спремност осумњиченог да, у року који не може бити дужи од шест месеци, изврши једну или више обавеза предвиђених чланом 236 став 1 ЗКП.

Извршење наведених обавеза може под одговарајућим условима да има утицаја и на ток кривичног поступка, односно може довести до одустанка јавног тужиоца од оптужбе. И у овом случају је направљена раз-

[13] О томе видети наш рад: *In favorem defensions – hommage професору др Ђорђу Лазину*, Бранич Часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије, Година CXXII, Нова серија, бр. 1, Београд, 2009, 35-42.

[14] F. Tulkens, *Negotiated justice, in* M. Delmas-Marty and J. R. Spencer (Edited by), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 649.

лика између кривичних дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године, на једној страни, и кривичних дела која су запрећена казном затвора преко три, а до пет година затвора, на другој (члан 236 ст. 6 и 7 ЗКП). Иако је реч о кривичним делима за која се пред судијом појединцем води скраћени кривични поступак (члан 24 став 1 *in fine* и члан 433 ЗКП), законодавац је као услов за „наметање" обавеза окривљеном[15] за лакша кривична дела предвидео сагласност суда (члан 236 став 6 ЗКП), док је у односу на тежа дела неопходно решење ванрасправног већа (члан 236 став 7 ЗКП). У случају да окривљени испуни прихваћене обавезе, јавни тужилац ће до завршетка главног претреса одустати од кривичног гоњења што има за последицу доношење одбијајуће пресуде (члан 236 став 8 ЗКП).

Ако се остави по страни дилема да ли је требало ограничавати право јавног тужиоца да самостално одлучи о испуњености услова за одбацивање кривичне пријаве односно за одустанак од оптужбе,[16] остаје нејасно због чега је законодавац увео ванрасправно веће у ову процесну ситуацију? Реч је о кривичним делима за која поступак води судија појединац, па се тешко може разумети да судија који је позван да мериторно одлучи о оптужби јавног тужиоца није овлашћен да дâ одобрење или сагласност, односно да решењем одобри јавном тужиоцу да поступи у складу са чланом 236 ЗКП. Додатну забуну уноси и то што се једино у члану 236 став 7 ЗКП говори о решењу ванрасправног већа, што би значило да се таква одлука може побијати жалбом, а остаје спорно да ли је то могуће када је реч о одобрењу или сагласности из члана 236 ст. 2 и 6 ЗКП. Чини се да би у случају одобрења ванрасправног већа (члан 236 став 2 ЗКП) такву могућност требало допустити, док у случају сагласности, коју законодавац помиње и у неким другим процесним ситуацијама (на пример, у члану 244 став 1 ЗКП који сагласност истражног судије поставља као услов за подизање непосредне оптужнице), то не би било могуће.

Измене члана 236 ЗКП одразиле су се на одређени начин и на члан 237 ЗКП који уређује случај одбачаја кривичне пријаве услед стварног кајања осумњиченог. С обзиром на то да одредба члана 237 ЗКП предвиђа да таква могућност постоји у погледу кривичних дела из члана 236 ЗКП, може се поставити питање да ли би дошла у обзир и кривична дела

[15] У члану 236 став 6 ЗКП погрешно се користи назив осумњичени.

[16] Насупрот томе, хрватски законодавац је у члану 523 став 1 Закона о казненом поступку („Народне новине", бр. 152/2008 и 76/2009) предвидео да ће судија појединац у случају условног одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења донети решење о прекиду кривичног поступка. При том, одлука јавног тужиоца није условљена претходном сагласношћу суда.

за која је запрећена казна затвора преко три, а до пет година затвора (члан 236 ст. 2 и 7 ЗКП)? У прилог потврдног одговора би се могла навести одредба Кривичног законика која, након последњих измена, омогућава да се институт дела малог значаја примени на кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна (члан 18 став 3 КЗ). Међутим, ако се има у виду да институт дела малог значаја представља инструмент криминалнополитичког реаговања на подручју богателног криминалитета којим се, условно говорећи, из кривичноправе области искључују безначајна кривична дела,[17] решењу из члана 18 став 3 КЗ се могу упутити аргументоване критике. Због тога би *de lege ferenda* могућност одбацивања кривичне пријаве под условима из члана 237 ЗКП требало изричито везати за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године.

II

Значајне измене су извршене у оквиру мера за обезбеђење присуства окривљеног и за несметано вођење кривичног поступка. Једна од новина се односи на меру забране напуштања боравишта, тако да је могућност њене примене проширена и на стан (члан 136 ЗКП). Другим речима, ако су испуњени услови за одређивање ове мере, суд може забранити окривљеном да напушта не само место боравишта, већ и свој стан (члан 136 став 1 ЗКП).

Отварањем могућности да се окривљеном забрани да напушта свој стан у наш кривични поступак је практично уведен кућни притвор. Слична процесна решења постоје у упоредном праву, а њихово оправдање се налази у потреби свођења притвора на меру за обезбеђење присуства окривљеног која има изузетан карактер. У прилог ове измене говоре и подаци о порасту затворске популације у нашој земљи. Сагледан у светлу структуре затворених лица, пораст затворске популације последица је повећања броја осуђених и, нарочито, притворених лица. То потврђују и подаци о броју затворених лица у току 2009. године који су садржани у наредној табели.[18]

[17] Н. Делић, *Нова решења општих института у КЗС*, Едиција Цримен, Београд, 2009, 41.

[18] Извор: Управа за извршење кривичних санкција Министарства правде Републике Србије.

затворена лица	**31. 12. 2008.**	**30. 11. 2009.**	**% увећања**
притворени	2.373	2.941	23,93%
осуђени	6.709	7.260	8,21%
мере лечења	218	242	11,00%
малолетнички затвор	42	43	2.28%
васпитна мера	191	232	21,46%
прекршајно кажњени	168	256	52,38%
укупно	**9.701**	**10.974**	**13,12%**

У циљу успешног спровођења мере забране напуштања стана, суду је дата могућност да наложи примену електронског надзора ради контролисања поштовања ограничења која су окривљеном одређена, под условом да то не шкоди здрављу окривљеног (члан 136 став 10 ЗКП). Суд може одредити електронски надзор и као самосталну меру у циљу заштите оштећеног или сведока, спречавања да окривљени утиче на саучеснике или прикриваче, или ако постоји опасност да окривљени доврши започето кривично дело, понови кривично дело, односно учини кривично дело којим прети (члан 136 став 11 ЗКП).

Уз забрану напуштања стана или боравишта окривљеном може бити привремено одузета возачка дозвола (члан 136 став 2 ЗКП). Поред тога, одузимање возачке дозволе се може изрећи и као самостална мера ако се поступак води због кривичног дела угрожавања безбедности саобраћаја које је проузроковало тешке последице или је извршено са умишљајем. Време за које је возачка дозвола одузета осумњиченом или окривљеном који је на слободи урачунаће се у изречену казну одузимања возачке дозволе или меру безбедности забране управљања моторним возилом (члан 136 став 9 ЗКП).

Ово решење је подложно критици, јер се казна одузимања возачке дозволе може изрећи учиниоцу кривичног дела у вези са чијим извршењем или припремањем је коришћено моторно возило (члан 53 став 1 КЗ). Основни услов за изрицање одузимања возачке дозволе јесте чињеница уколико је учинилац у вези са извршењем или припремањем кривичног дела користио моторно возило.[19] Битно је да постоји функционална веза између коришћења моторног возила и учињеног дела, с тим да нема ограничења које то дело може да буде, осим оног који произлази из саме природе појединих кривичних дела.[20] Другим речима, о урачунавању

[19] З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2006, 198.

[20] *Ibid.*, 199.

времена за које је одузета возачка дозвола лицу осуђеном за кривично дело угрожавања безбедности саобраћаја које је проузроковало тешке последице или је извршено са умишљајем у смислу члана 136 став 9 ЗКП, може бити речи само у односу на меру безбедности забране управљања моторним возилом. Због тога би *de lege ferenda* одредбу члана 139 став 9 ЗКП требало изменити на тај начин што би, поред кривичног дела угрожавања безбедности саобраћаја које је проузроковало тешке последице или је извршено са умишљајем, требало предвидети и кривично дело у вези са чијим извршењем или припремањем је коришћено моторно возило.

Следећа измена се односи на зајамчене стандарде за одређивање притвора, а последица је одлуке Европског суд за људска права, донете у случају Вренчев против Србије од 23. септембра 2008. године. Значај ове, као уосталом и других одлука Суда у Стразбуру, јесте у томе што непосредним указивањем на слабости националног кривичног поступка посредно изграђује концепт европског кривичног поступка[21] заснованог на моделу правичног процеса.[22] На тај начин Европски суд за људска права ствара на нивоу међудржавних односа нова правила која обавезују државе потписнице Европске конвенције о људским правима.[23] Околност да ова правила остају изван правног поретка држава, ниуколико не умањује њихов фактички утицај на тумачење које усвајају национални судови. Наиме, у случају да судови једне државе одбију да прихвате став Европског суда за људска права, отвара се могућност да поменута држава у случају подношења нових тужби буде осуђена због кршења основних слобода и права зајемчених Европском конвенцијом о људским правима.

У поменутој одлуци Вренчев против Србије утврђено је да је дошло до повреде члана 5 став 3 Европске конвенције о људским правима. У најкраћем, притвор који је одредио суд не искључује накнадну судску контролу оправданости притварања, што има нарочит значај када окривљени није саслушан приликом доношења решења о одређивању притвора. У поменутом предмету не само да такво рочиште није одржано, већ окривљени није добио прилику да се пред судом изјасни о разлозима за

---

[21] M. Delmas-Marty, *Introduction*, *in* M. Delmas-Marty (sous la direction de), *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie)*, Presse Universitaire de France, Paris, 1995, 28–30.

[22] R. De Gouttes, *Droit pénal et droits de l'homme*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, N° 1, Paris, 2000, 135.

[23] P. Mayer, *L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme*, *in* M. Delmas-Marty, C. Lucas de Leyssac (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux Introduction, textes et commentaires*, deuxième édition, Seuil, Paris, 2002, 311, 312.

притварање ни када је одлучивано о његовој жалби против решења о притвору. Тек након двадесет дана је окривљени био лично изведен пред судију, а чак ни тада то није био део поступка у којем је размотрена основаност притвора, већ је то било приликом самог суђења.

Изложени ставови Европског суда за људска права су нагнали законодавца да пропише да се одлука о одређивању притвора доноси по саслушању окривљеног, док се о продужењу или укидању притвора одлучује у седници већа (члан 142а став 1 ЗКП). Саслушање окривљеног је, дакле, везано само за случај када истражни судија или ванрасправно веће одлучује о испуњености услова за одређивање притвора, што у процесном смислу значи да се одлука о томе има донети након одржаног рочишта. То међутим није неопходно када се одлучује о продужењу или укидању притвора, јер се такве одлуке доносе у седници већа, тј. без расправе, будући да у светлу кратких рокова за доношење ових одлука и судова који су надлежни за то, не би ни било могуће одржати рочиште. Прописано је чак и то да се одлука о одређивању притвора може изузетно донети без одржавања рочишта ако је немогуће да се окривљеном уручи позив за саслушање, због непријављивања промене адресе или постојања опасности од одлагања (члан 142а став 5 ЗКП). У том случају би суд био обавезан да у року од 48 сати од часа лишења слободе окривљеног поступи у складу са чланом 142а ст. 1 до 4. ЗКП (члан 143 став 7 ЗКП).

Нова законска регулатива, у вези са одређивањем притвора, могла би да створи одређене дилеме у пракси. Може се најпре поставити питање да ли обавезивање суда да сачини посебан записник о саслушању окривљеног или седници већа (члан 142а став 4 ЗКП) значи да се рочиште о притвору мора одржати одвојено од осталих рочишта, на пример, оног на којем истражни судија саслушава лице лишено слободе које му је доведено и одмах по саслушању одлучује да ли ће лице пустити на слободу или ће одредити притвор (члан 228 ЗКП)? Јасно је да у овој, као и у другим сличним процесним ситуацијама, нема потребе да се одржава засебно рочиште о којем би се састављао посебан записник. У таквим случајевима је битно да суд саслуша окривљеног и у вези са разлозима за одређивање притвора, као и да изјаву окривљеног о томе унесе у записник.

Донекле је спорно и какву би одлуку требало да донесе суд у случају привођења окривљеног према којем је, сагласно члану 142а став 5 ЗКП, одређен притвор? Да ли би постојеће решење о одређивању притвора требало најпре укинути, а потом одлучивати о испуњености услова за притварање, или би решење о притвору које је донето у одсуству окривљеног требало да буде, у зависности од тога да ли су испуњени услови за

одређивање притвора, потврђено или укинуто? Друго решење би се могло оценити као исправно, јер је оно у складу са начином на који суд испитује одређену одлуку, било да то чини по правном леку или по службеној дужности.[24] Дакле, суд би поступајући у складу са чланом 143 став 7 ЗКП потврђивао или укидао решење о притвору које је донето у одсуству окривљеног.

Једна од новина у вези са притвором се односи на продужење притвора у истрази за кривична дела за која се може изрећи казна затвора преко пет година или тежа казна (члан 144 став 3 ЗКП). Иако је некадашње решење по којем је о томе одлучивало веће Врховног суда Србије замењено формулацијом да то чини веће непосредно вишег суда, тиме није у потпуности избегнута надлежност највишег републичког суда. Наиме, у случају да веће апелациног суда одлучи да за поменута кривична дела продужи притвор за још три месеца, против такве одлуке се може изјавити жалба о којој би, сагласно члану 401 став 1 ЗКП, одлучивало веће Врховног касационог суда. Ако се има у виду да се највиши републички суд готово и не може наћи у прилици да расправља о чињеничним питањима, тешко је наћи оправдање због чега би то чинио у случају жалбе на решење о продужењу притвора.

Када је реч о притвору, требало би се осврнути и на одредбу која предвиђа дужност суда да када, одлучујући о жалби против решења којим се одређује, укида или продужава притвор, решење укине и предмет упути на поновно одлучивање, истовремено одлучи и о притвору (члан 401 став 4 ЗКП). Нова законска редакција ставља другостепни суд пред „немогућу мисију“, јер захтева од њега да по укидању решења којим је одређен, укинут или продужен притвор[25] и враћања предмета на поновно одлучивање првостепеном суду,[26] уједно одлучи и о притвору. Нејасно је како би другостепени суд могао да одлучује о притвору након што је укинуо решење којим је ова мера одређена, укинута или продужена? Ако се

[24] Мада ретко, преиспитивање донете одлуке по службене дужности постоји и у нашем кривичном законодавству. Реч је о одредби члана 28 ст. 1 и 2 Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима („Службени гласник РС“, број 20/2009) која обавезује ванпретресно веће да решење којим одбија изручење достави непосредно вишем суду. Одлуке које се у вези с тим могу донети су: решење о потврђивању, укидању или преиначењу решења нижег суда.

[25] Тиме није искључена могућност да другостепени суд, на пример, потврди решење о продужењу притвора или преиначи решење којим је укинут притвор.

[26] Иако се у нашем кривичном процесном праву не говори о поништењу судске одлуке, таква могућност постоји када је реч о одлучивању о жалби изјављеној против решења. Наиме, суд је овлашћен да по уважавању жалбе решење укине и, *по потреби*, предмет упутити на поновно одлучивање (члан 401 став 3 ЗКП).

настојало да другостепени суд преиначи одлуку о притвору онда о враћању предмета нижем суду на поновно одлучивање не може бити говора, јер је преиначење одлуке сложена активност којом другостепени суд укида првостепену одлуку – о чему не доноси посебну одлуку – и надомешта укинуту одлуку својом новом одлуком.[27]

Може се закључити да ће примена члана 401 став 4 ЗКП, којим је законодавац покушао да отклони могућност да окривљени буде пуштен на слободу након укидања првостепене одлуке, а пре него што суд првог степена поново одлучи о одређивању притвора, створити проблеме у пракси. Поред тога, ново законско решење је у супротности са одредбом члана 146 ст. 2 и 3 ЗКП која прописују да се по доношењу решења о укидању притвора окривљени има одмах пустити на слободу, без обзира што је уложена жалба против такве одлуке. Управо на тај начин је требало решити и случај у којем жалбени суд укине решење о одређивању притвора, тако да није ни било потребе за уношењем става 4 у члан 401 ЗКП.

Ризик од непостојања правног основа за задржавање окривљеног у притвору након што је решење о одређивању притвора укинуто и предмет враћен на поновно одлучивање, законодавац је можда могао да отклони на други начин. На пример, прописивањем да другостепена одлука о укидању притвора не постаје одмах извршна, него тек по протеку рока од 24 или 48 сати у којем би првостепени суд био обавезан да поново размотри предмет. Отворено је питање не само да ли би у наведеном року било могуће одлучити о одређивању притвора, већ и у којој мери би такво решење било у складу са зајемченим стандардима заштите права окривљеног у кривичном поступку.

III

На крају одредаба које се односе на вештачење (чл. 113 до 132 ЗКП) унет је члан 132а ЗКП који уређује могућност коришћења фотографија и звучних, односно звучних и видео снимака као доказа у кривичном поступку. Ако се остави по страни околност да ова проблематика нема готово никакве везе са вештачењем[28] (као што уосталом не мора да има ни телесни преглед осумњиченог или окривљеног о којем говори члан 131

[27] С. Трива, *Грађанско парнично процесно право*, Четврто поправљено и допуњено издање, Народне новине, Загреб, 1980, 566, 567.

[28] Веза би се могла пронаћи једино у услову који се поставља за коришћење материјала у кривичном поступку, тј. потреби да се искључи фотомонтажа или видеомонтажа или други облици фалсификовања (члан 132а став 3 ЗКП) што би могло да буде предмет вештачења.

став 1 ЗКП), ново законско решење би требало да отклони дилеме које су постојале у пракси у вези са доказном вредношћу фотографских, звучних и видео снимака у кривичном поступку. Међутим, начин на који је одредба написана, беспотребно понављање израза у оквиру ње[29] и потреба да се нормирају, ако не све, а оно бар већина ситуација на које се она односи (што је случај са одређивањем јавних површина и јавних објеката у ставу 6 члана 132а ЗКП), изродили су нормативно решење које би у пракси могло да створи поприличне проблеме.

Један од њих се односи и на услове под којим би снимци из члана 132а ЗКП могли да буду коришћени као доказ у кривичном поступку. Једино се код снимака осумњиченог или окривљеног, направљених уз његову сагласност, изричито захтева да буде утврђена аутентичност и да буде искључена фотомонтажа или видеомонтажа или други облици фалсификовања (члан 132а став 3 ЗКП).[30] То, међутим, није случај када је реч о снимцима осумњиченог или окривљеног који су начињени без његове сагласности, али уз пристанак лица које се и сâмо налази на том снимку (члан 132а став 4 ЗКП). Изостанак поменутог услова „аутентичности" је приметан и када је реч о снимцима осумњиченог или окривљеног који су настали као резултат примене општих безбедносних мера на јавним површинама или објектима (члан 132а став 6 ЗКП), што се и може правдати ставом да је реч о пословима од јавног интереса за које би важила претпоставка (истина, оборива) да се обављају *bona fides*. Није јасно због чега је такав значај придат и снимцима који су настали као вид безбедносних мера предузетих од стране држаоца стана или других просторија (члан 132а став 7 ЗКП), изузев ако законодавац није био „надахнут" решењем садржаним у ставу 4 члана 132а ЗКП.

Све ове дилеме су могле да буду превазиђене да је законодавац у оквиру посебне доказне радње уредио проблематику доказивања исправом (што у суштини и јесу снимци из члана 132а ЗКП). При том би за јавне исправе важила оборива претпоставка да су истините, док би се истинитост осталих утврђивала у складу са правилима доказивања у кри-

[29] Примера ради, израз *фотографије, звучни, односно звучни и видео снимци* употребљен је чак дванаест пута у оквиру првих осам ставова члана 132а ЗКП. Мало је недостајало да то буде и учињено и тринаести пут да се у ставу 9 члана 132а ЗКП не говори, вероватно омашком, о *фотографијама или видео, односно звучним и видео снимцима*. Проблем је, међутим, што став 9 упућује на став 1 и ст. 3 до 7 члана 132а ЗКП, изједначавајући на тај начин појмове који се не могу поистоветити, тј. звучне са видео снимцима.

[30] С обзиром да законска одредба поставља кумулативни захтев за постојање два услова: аутентичности и искључења монтаже или фалсификовања снимка, намеће се питање у чему је разлика између њих?

вичном поступку.

Новела од 2009. године је унела значајне измене и у жалбени поступак, од којих би требало поменути немогућност другостепеног суда да у истом предмету два пута укида првостепену пресуду и враћа предмет на поновно одлучивање нижем суду. И ова процесна ситуација је донекле спорна, јер је у члану 377 став 5 ЗКП прописано да се у том случају пред другостепеним судом мора одржати претрес. На другој страни, у члану 385 став 2 ЗКП је предвиђено да другостепени суд доноси одлуку у седници већа или након одржаног претреса, што је једино исправно решење.

Обавеза другостепеног суда да поступи на начин предвиђен у члану 385 став 2 ЗКП, односно да чешће него да сада отвори претрес, могла би да створи у пракси одређене недоумице. С обзиром на то да се на претресу пред другостепеним судом сходно примењују одредбе које важе за главни претрес пред првостепеним судом (члан 379 ЗКП), намеће се питање да ли у те одредбе спада и члан 309 ЗКП који уређује материју одлагања главног претреса? Другим речима, да ли претрес мора почети изнова у случају када је измењен састав већа (члан 309 став 1 ЗКП)?

У процесној теорији је неспорно да је поље дискусије, предлагање и суђење у другостепеном поступку ограничено садржајем жалбе, изузев онога о чему се води рачуна по службеној дужности.[31] То важи и за претрес пред другостепеним судом који представља специфичан начин одлучивања о жалби, пошто је суђење, у начелу, ограничено основима, делом и правцем побијања пресуде истакнутим у жалби. Због тога се не би могло бранити гледиште да би, због промене већа, на претресу требало изводити све доказе изнова, тако да примена члана 309 став 1 ЗКП не долази у обзир.

С тим у вези, треба рећи да и у светлу нове обавезе другостепеног суда (члан 385 став 2 ЗКП), постојање жалбе којом се побија исправност чињеничног основа првостепене пресуде представља основну претпоставку за одржавање претреса. Претрес би се морао кретати у границама жалбених навода, што значи да виши суд не би смео испитивати побијану пресуду *ultra petita,* а такође био би обавезан да се придржава и истакнутог правца побијања. Међутим, како је странкама дато право да на самом претресу износе нове чињенице[32] и нове доказе (члан 378 став

[31] Т. Васиљевић, *op. cit.*, 619.

[32] У процесној теорији се прави разлика између *субјективно* нових чињеница (догодиле су се пре настанка пресуде, али је жалитељ за њих сазнао тек након тога), *објективно* нових чињеница (догодиле су се након настанка пресуде, па жалитељ раније није могао да зна за њих) и чињеница које су се догодиле пре настанка пресуде, а жалитељ је пре тог момента знао да су се догодиле, па их је изнео у жалби. С. Трива, *op. cit.*, 542, 543.

4 ЗКП), а и другостепени суд се по службеној дужности може упустити у утврђивање чињеничног стања (члан 379 у вези са чланом 326 став 4, чланом 340 став 2, чланом 348 став 1 и чланом 350 став 1 ЗКП), могуће је да током расправе дође до прекорачења жалбом постављених оквира.

Реч је, пре свега, о правцу побијања првостепене пресуде, пошто противна странка настоји да изношењем нових чињеница и доказа оспори жалиочеве тврдње, а и сам другостепени суд, ако одреди извођење неког доказа, не може унапред са сигурношћу да зна хоће ли он бити у корист или на штету одређене странке. У случају да тужиоцу пође за руком да оповргне наводе оптуженог, односно ако изведени докази упућују на такав закључак, искрсава питање како би требало поступити у случају када новоутврђене чињенице пружају основ за строжу правну квалификацију дела или за изрицање строже кривичне санкције.

Требало би се држати основног правила да се положај окривљеног не може погоршати никако на основу жалбе изјављене у његову корист, већ једино по усвајању жалбе уложене на његову штету. Имајући у виду, међутим, да претресање ствари у другостепеном поступку носи у себи могућност прекорачења жалбених оквира, неопходно је на додатни начин заједмчити окривљеном да, у случају неуспеха пред жалбеним судом, неће погоршати свој положај. Гаранцију за то му пружа забрана преиначења на горе која обавезује другостепени суд да, уколико одбије жалбу оптуженог као неосновану, потврди првостепену пресуду, без обзира што исход претреса указује на потребу строже правне квалификације дела или изрицања строже кривичне санкције. Према томе, на претресу пред другостепеним судом би важила забрана *reformatio in peius*.

У пракси је искрсло и питање примене члана 309 ЗКП у случају када жалбени суд укине првостепену пресуду и нареди да се нови главни претрес одржи пред потпуно измењеним већем суда првог степена (члан 389 став 2 ЗКП). На новом главном претресу се као основа за суђење узима ранија оптужница или само онај њен део који се односи на укинути део пресуде (члан 394 став 1 ЗКП), при чему странке могу истицати нове чињенице и износити нове доказе, а суд је дужан да изведе све процесне радње и расправи сва спорна питања на која му је указао другостепени суд у својој одлуци (члан 394 ст. 2 и 3 ЗКП).[33] Ако се нови главни претрес држи пред потпуно измењеним већем сви докази се морају поново извести, што значи да нема могућности за примену члана

[33] Имајући у виду ову обавезу суда пред којим се одржава нови главни претрес, Трива истиче да поновни поступак пред првостепеним судом представља јединствену процесну целину са поступком у којем је била донета укинута пресуда. *Ibid*., 562.

309 став 4 ЗКП. Једини изузетак би постојао у случају делимичног укидања првостепене пресуде. С обзиром на то да неукинути део пресуде стиче правноснажност, на новом главном претресу пред измењеним већем би се могли изводити само докази који се односе на укинути део пресуде.

У односу на пређашње законско решење, Новела од 2009. године је проширила круг кривичних дела о којима се одлучује у скраћеном кривичном поступку. Реч је о кривичним делима за која је као главна казна предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година (члан 433 став 1 ЗКП). Последице које је проузроковала ова измена су различите, почев од одређених нормативних неусклађености у оквиру скраћеног поступка, па до укидања могућности за примену појединих поједностављених форми кривичног поступка.

Када је реч о разлозима за одређивање притвора, задржана је одредба која прописује да се ради несметаног вођења кривичног поступка ова мера може одредити према лицу за које постоји основана сумња да је учинило кривично дело за које се може изрећи казна затвора од три године (члан 436 став 1 тачка 2 ЗКП). Иако је изворна намера законодавца била да могућност притварања ограничи само на кривична дела за која се до доношења Новеле од 2009. године могао водити скраћени кривични поступак, може се поставити питање да ли се, у светлу нове редакције члана 433 став 1 ЗКП, од првобитне намере одступило? Наиме, треба ли притвор по члану 436 став 1 тачка 2 ЗКП везивати само за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до три године или би поменута казна представљала само доњу границу, док би казна од пет година затвора уоквиривала кривична дела за која се може одредити притвор?

Ових дилема свакако не би ни било да је законодавац извршио неопходна усклађивања кривичних дела за која се може водити скраћени кривични поступак, на једној страни, са кривичним делима која представљају основ за притварање окривљеног у том поступку, на другој. Будући да то није урађено, требало би сматрати да приликом одређивања притвора на основу члана 436 став 1 тачка 2 ЗКП долазе у обзир кривична дела за која се може изрећи казна затвора од три до пет година.

Следећи пропуст у оквиру одредаба о скраћеном поступку је начињен у члану 446 став 3 ЗКП. Реч је о норми која уређује круг кривичних санкција које суд може да изрекне окривљеном који је у потпуности признао извршење кривичног дела. С обзиром на то да је по ранијем законском решењу било могуће да председник суда, на предлог овлашћеног тужиоца и уз изричит пристанак окривљеног, одобри да се скраћени поступак води и за кривична дела за која је прописана казна затвора до пет

година (члан 433 став 2 ЗКП), судија појединац је у случају признања окривљеног могао да поступи на два начина.

Када је реч о кривичним делима за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године судија појединац је могао, поред осталог, да окривљеном изрекне казну затвора до једне године (члан 446 став 3 ЗКП). У случају да је, под условима из члана 433 став 2 ЗКП, окривљени на главном претресу у скраћеном поступку у потпуности признао кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година, судија појединац је имао могућност да му изрекне казну затвора до три године (члан 446 став 3 *in fine* ЗКП).

Након Новеле од 2009. године подела кривичних дела на она за која се скраћени поступак води по правилу (прописана новчана казна или казна затвора до три године) односно по изузетку (прописана казна затвора до пет година) изгубила је на значају, па је питање да ли би требало задржати одређену разлику приликом изрицања казне затвора окривљеном који је на главном претресу признао кривично дело? Са тим у вези, треба рећи да одредба члана 446 став 3 *in fine* ЗКП погрешно упућује на кривична дела из члана 443 став 2 ЗКП, уместо на члан 433 став 2 ЗКП. У члану 443 ЗКП став други није ни постојао, док члан 433 став 2 ЗКП више не постоји, јер је Новелом од 2009. године брисан.

Остаје дакле питање да ли би судија појединац у новом нормативном окружењу требало да се придржава правила о погодностима које повлачи признање кривичног дела за која се може изрећи казна затвора до пет година? Одговор је потврдан, јер погодност која се везује за признање кривичних дела за која се прописана новчана казна или казна затвора до три година није доведена у питање. Не би зато требало напуштати ни доскорашње решење да признање кривичног дела за које се може изрећи казна затвора до пет година „завређује“ до три године затвора.

Проширење кривичних дела за која се води скраћени кривични поступак одразило се и на круг кривичних дела за која се води истрага. Ако се има у виду да се скраћени поступак води за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година (члан 433 став 1 ЗКП), јасно је да се истрага спроводи за кривична дела за која је прописана казна затвора од пет или више година. Ова промена се одразила и на члан 244 став 6 ЗКП који уређује могућност подношења „праве непосредне“ оптужнице, тако да истрага може изостати ако прикупљени подаци који се односе на кривично дело за које је предвиђена казна затвора до осам година и учиниоца пружају довољно основа за оптужење. *Argumentum a contrario*, подизање „неправе непосредне“ оптужнице се

односи на кривична дела за која је прописана казна затвора од осам или више година (члан 244 ст. 1 до 5 ЗКП).

За разлику од изложене регулативе која сведочи да је законодавац водио рачуна о последицама које произлазе из проширења круга кривичних дела за која се спроводи скраћени кривичних поступак, постоји пример где је пропустио да то учини. Реч је о поступку за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије (чл. 455 до 458 ЗКП). Један од материјалних услова за примену наведених законских одредаба односи се на кривична дела за која се поступак може водити. У питању су дела за која је прописана новчана казна као главна казна или казна затвора до пет година (члан 455 став 2 ЗКП), дакле, кривична дела за која се, сагласно члану 433 став 1 ЗКП, спроводи скраћени поступак.

Ова неусклађеност би могла да створи дилему да ли би поступак за кажњавање и изрицање условне осуде требало да се спроводи пред судијом појединцем или истражним судијом? Дилема је на жалост непостојећа, јер се услед законодавчевог превида овај поступак за изрицање кривичних санкција без главног претреса не може више водити. На такав закључак упућује, на пример, одредба о могућности јавног тужиоца да одмах након завршене *истраге*, а најкасније у року од осам дана, у подигнутој *оптужници* предложи да се уместо главног претреса закаже посебно јавно рочиште пред истражним судијом (члан 455 став 1 ЗКП). И помињање *приговора против оптужнице* који би искључивао могућност примене овог посебног поступка (члан 456 став 1 ЗКП), сведочи да се не ради само о питању функционалне надлежности суда, већ о поступку који је био осмишљен за кривична дела за која је пре Новеле од 2009. године било могуће водити истрагу, па је логично да се у наведеним одредбама говори о истрази, оптужници и приговору на оптужницу.

Интересантно је да овај законодавчев пропуст није у довољној мери уочен у процесној теорији, већ се, напротив, одређени аутори питају због чега ова посебна форма кривичног поступка није изостављена приликом последње новеле процесног законика.[34] Иако нехотице, законодавац је управо то и постигао, а да није био свестан да је направио одређени ко-

---

[34] В. Ђурђић, *Упрошћене форме кривичног поступка*, *ин* Савремене тенденције кривичне репресије као инструмент сузбијања криминалитета (зборник радова са саветовања одржаног у Бијељини 15. и 16. априла 2010. године), Министарство правде Републике Српске, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Брчко дистрикт Босне и Херцеговине, Београд, 2010, 71.

[35] Ђурђић се позива на резултате истраживања које показује да у периоду од 2006. до 2008. године није било ниједног спроведеног поступка за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије. *Ibidem*

рак у правцу отклањања приговора да се овај поступак у пракси готово и не примењује.[35] Чињеница да се након Новеле од 2009. године скраћени поступак спроводи за кривична дела за која и кривични поступак за кажњавање и изрицање условне осуде, требало је, у случају задржавања ове поједностављене форме поступка, да послужи као путоказ за поверавање функционалне надлежности за спровођење поступка судији појединцу. Дакле, судије који је, за разлику од истражног судије, позван да мериторно одлучи о кривичној ствари, што га чини „заинтересованијим" од свог истражног колеге за окончање поступка без главног претреса. На тај начин би, уз одређене измене којим би одредбе чл. 455 до 458 ЗКП биле примерене установама скраћеног поступка, поступку за кажњавање и изрицање условне осуде могао да буде „удахнут живот".

IV

Ово су само неке од измена и допуна које је Новела од 2009. године унела у наш кривични поступак. То не значи да није било и других о којима би вредело говорити као што је, на пример, нови члан 299 ЗКП о одржавању реда на главном претресу који у ст. 4 и 5 садржи одредбе које се касније дословце понављају у члану 300 ЗКП. Такође, у ставу 2 члана 337 ЗКП се упућује на рок из члана 309 став 3 ЗКП који више не постоји. О другим процесним установама које представљају значајну новину у нашем кривичном процесном законодавству је већ аргументовано писано (као што је случај са споразумом о признању кривице),[36] па није било потребе осврнати се на њих.

Новела од 2009. године представља несумњиво велики захват којим је постојећа кривична процедура у бројним аспектима побољшана. Том приликом је законодавац не само ускладио решења у кривичном процесном законику са одредбама уставног карактера, већ је у одређеној мери успео да отклони неке недоречености које су постојале у највишем правном акту (на пример, одредбе о искључењу јавности са главног претреса). Законско уобличење појединих уставних одредаба указује чак и на правац у којем би требало реформисати наш кривични поступак. Један од њих је и превођење главног претреса од фазе којом руководи суд до страначке расправе која се одвија пред судом.

Углавном је успешно извршено и усклађивање решења процесног карактера са решењима у материјалном кривичном законодавству, о чему

[36] О томе видети веома аргументован рад др С. Бељанског, објављен у „Браничу" број 2/2009.

сведоче разлози за доношење одређених судских одлука, који су на трагу концепта објективно-субјективног појма кривичног дела који предвиђа члан 14 КЗ. Испоштовани су и одређени међународни стандарди зајемчених права окривљеног, као што је случај са увођењем обавезе одржавања рочишта пре доношења одлуке о одређивању притвора.

Неминовно је да реформски захват попут Новеле од 2009. има и своје недостатке на које је и указано у овом раду. Они су последица, пре свега, настојања да се поступак учини бржим и економичнијим, које је дошло до изражаја у завршној фази рада на изменама и допунама ЗКП. У недостатку времена посегло се за дословним преузимањем неких решења из ЗКП од 2006. године, иако је реч о пројекту који је у стручној јавности наишао на оправдане критике.[37] С друге стране, није вођено довољно рачуна о повезаности појединих процесних установа и последицама које измена једне може имати на могућност примене друге. Без довољног промишљања су укинути неки процесни институти, као што су захтев за ванредно ублажавање казне и захтев за ванредно преиспитивање правноснажне пресуде, а да то није надомештено одговарајућом заменом.

Све у свему, добре стране Новеле од 2009. године ипак претежу над њеним недостацима, које не би требало поновити приликом израде новог Законика о кривичном поступку.

[37] Зачуђујућа брзина и забрињавајућа површност у доношењу ЗКП од 2006. године, створила је код појединих аутора сумњу да су разлози за доношење закона мање правне, а више политичке природе. С. Бељански, *Кривични поступак између права и политике*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 10–11, Нови Сад, 2006, 577.

UDK: 340.143(497.11)

Др Недељко Јованчевић
адвокат из Београда

ПРОБЛЕМИ СА СУДСКОМ ПРАКСОМ

Готово сви који се на било који начин баве овом проблематиком знају да у последњих десетак година судови немају уједначену судску праксу. Такође, највиши суд, Врховни касациони суд, и поред обавезе из чл. 31 Закона о уређењу судова, ретко или врло касно даје своје правне ставове ради „јединствене примене права", тј. закона и других прописа и рада судова. Ово, с једне стране, може значити да су закони и прописи толико јасни да нема потребе доносити правне ставове, или, с друге стране, да има толико проблема у примени закона који се често мењају брзоплето и непотребно да се изгубио корак са доношењем правних ставова о појединим нејасним и неодређеним законским прописима. Без велике дилеме, мислимо да је истина негде на средини и да има много више потребе да се доносе правни ставови и да би нижим судовима они добро дошли ради јединствене и уједначене примене закона, поготову због честих измена закона. Но, не треба посебно истицати значај уједначене судске праксе, која директно утиче на правну сигурност грађана, који ће знати која га санкција следује за његово друштвено штетно понашање. Ако би се тежило за једнаким поступањем у једнаким или сличним стварима, остваривао би се принцип правде и правичности. Ако се правилно и законито поступа, онда ће на учиниоца бити примењена казна која ће бити праведна и сразмерна учињеном делу. Коначно, ако би се једнако поступало у једнаким или сличним стварима остварили би се и остали принципи кривичног права, посебно принцип законитости. Овоме треба додати да историја кривичних санкција, кроз разне законске пројекте, не занемарује идеје правде и правичности.

Предмет ове расправе су неке одлуке које би можда захтевале заузимање начелних правних ставова или бар да се разматра примена закона и других прописа, те рад судова и без заузимања начелних правних ста-

вова. Некада су Врховни судови република, бивше СФРЈ, веома често слали нижим судовима, тзв. „Окружнице“ у којима су уочаване грешке у пресудама од језичких до правилних примена закона и без заузимања правних схватања, са упутама за отклањања тих грешака. Ово је лично запажање и коментарисање.

1. У предмету Кв. ПО1 бр. 37/10 који тече пред Вишим судом у Београду – Посебно одељење, продужен је притвор једном од окривљених. Бранилац С. Б. је уложио жалбу Апелационом суду, у којој је истицао неколико повреда, између осталог и због повреде чл. 142 а ЗКП, јер му суд није омогућио да приступи на седницу Већа на којој се одлучивало о продужењу притвора. Надаље је истакао да му суд није дао образложење на истакнуте жалбене разлоге, да није дао одговоре на кључна питања код продужења притвора, да ли се разлози за продужење само проверавају, или би увек требало одлучивати а не проверавати разлоге за притвор, (бранилац сматра да је одлучивање законска обавеза а не проверавање), да је ванрасправно веће требало обавестити браниоца о седници на којој се одлучивало о продужењу притвора, јер никаква брзина не може довести у питање законитост поступања. Посебно, да ли другостепени суд у образложењу решења може ускратити своје одговоре на кључна питања истакнута у жалби, с обзиром на одредбу чл. 392. ЗКП.

Затраживши да Врховни касациони суд о тим питањима заузме начелни правни став, бранилац је уз предлог од 25. 02. 2010. године приложио решење Вишег суда у Београду, Посебно одељење Кв. по1–37/10 од 22. 01. 2010, жалбу браниоца на то решење од 28. 01. 2010. и решење Апелационог суда у Београду Кж. 2По1–37/2010 од 12. 02. 2010.

2. Посебно је питање правилности примене одредбе чл. 333 ст. 5 ЗКП (сада актуелни чл. 309) и да ли се она односи на ону ситуацији када је другостепени суд наложио, након укидања пресуде, да се нови главни претрес одржи *пред потпуно измењеним већем* (чл. 389 ст. 2). Наиме, да ли је потребно поново извести све доказе усмено, непосредно и јавно, како би се *ново веће* упознало са предметом, да би могло мериторно и слободно одлучивати, или је и без сагласности странака могуће да се читају записници о ранијем испитивању сведока. Одбрана је истицала пред првостепеним, и у жалби пред другостепеним судом, да се одредбе чл. 333 ЗКП не односе на случај када је у укидној одлуци одређено да се поновно суђење има провести пред потпуно измењеним већем. Али, судови су сматрали да је одредба чл. 333 ЗКП примењива, тако да је веће могло да одлучи да се докази читају а не непосредно поново изводе. Указујемо на то да је и првостепени и другостепени суд остварио битну повреду одредаба кривичног поступка из чл. 368 ст. 2. у вези чл. 333 ст. 3 и 4. ЗКП.

1. У вези питања из тачке 1. Врховни касациони суд, у свом акту бр. Кпс. 87/10 од 2. 03. 2010. није нашао за потребно да се заузима начелни правни став о тим питањима, а увези продужења притвора, у свом акту наводи: „за сада, судови у пракси нису различито поступали у примени одредбе чл. 142а ЗКП, већ како је истом одредбом прописано, истражни судија или веће саслушава окривљеног уз обавештење његовог браниоца и јавног тужиоца код одређивања притвора, али не и код продужења или укидања притвора, па заузимање правних начелних ставова овог суда по овом питању, није потребно".

Овакво обавештење у допису заслужује коментар. Да подсетимо на основу чл. 31 Закона о уређењу судова[1], „Врховни касациони суд утврђује начелне правне ставове ради јединствене судске примене права, разматра примену закона и других прописа и рад судова..."

Одредба чл. 142а ст. 1 је конфузна и могуће је најмање двојако тумачење и то потпуно супротно једно другом. Прво, ова законска норма није прецизно одређена, а „*неодређена норма* је она која има више могућих језичких значења, па је једно од њих право значење"[2]. Када је норма нејасна с језичког (граматичког) аспекта онда се приступа утврђивању правог значења те норме на основама других метода тумачења, посебно телеолошког. Али ни то не даје сигурну гаранцију да ће се постићи прави смисао и циљ норме (када су неке и бесмислене и противречне) и тако често остају дилеме да ли је нађено право значење правне норме[3]. Ово из разлога што право значење норме може бити само једно од језичких значења или га уопште и нема[4].

Наиме, у истом ставу се наводи да одлуку о одређивању притвора истражни судија или веће доноси по саслушању окривљеног. Одлука о продужењу или укидању притвора доноси се у седници већа, изузев у случају из чл. 145 ЗКП. У овом члану се дефинишу два могућа начина одређивања притвора и то од стране истражног судије или већа, у оба случаја након саслушања окривљеног. И то је јасно. Надаље, одлука о продужењу или укидању притвора се доноси у седници већа. И то је јасно. У ст. 2 истог члана стоји да, саслушању из ст. 1. овог члана могу да присуствују јавни тужилац и бранилац окривљеног. Став један је јединствен па би требало како се упућује тако и тумачити. Дакле, не само да

---

[1] „Сл. гласник" РС, бр. 116 из 2008.

[2] Р. Лукић, *Увод у право*, Београд, 1977. стр. 391.

[3] По Лукић, недодређеност долази или услед несавршености језика или услед неодређености појмова", Р. Лукић, op. cit. стр. 333. Но, овде се ради о језичкој нејасноћи.

[4] Лукић, Р., op. cit. стр. 391.

се то односи на прву реченицу него и на другу, јер обе заједно чине став 1. чл. 142 а. У правцу нејасноћа указује и ст. 4 истог члана, где се говори „о саслушању или седници већа на којој се одлучује о притвору", и вођењу посебног записника. Овде остаје нејасноћа, јер испада да је саслушање посебна седница а да постоји и саслушање на седници већа. Као да саслушање није процесна радња која се врши пред надлежним судом (истражним судијом, појединцем или већем). Осим тога, и да нема саслушања, на седници на којој се продужава или укида притвор записник се мора водити, па није јасно зашто се ово наглашава. Ово мешање седнице већа и саслушања, као и чињенице ко може да присуствује седници већа, оставља дилему у погледу правилног тумачења. У сваком случају ово питање заслужује правно схватање, како *доктринарно* (иако није обавезујуће, за разлику од аутентичног оно има велики значај и утицај јер су представници науке позвани да дају тумачење, нарочито о спорним и сложеним питањима), тако *и судско*, јер ставови и правна мишљења која заузимају виши судови представљају ослонац нижим судовима у тумачењу закона и могућност за уједначавање судске праксе.

Иако немамо потпуну анализу овог спорног члана од стране представника кривично-процесне науке, овде наводимо само успутно мишљење наших познатих теоретичара процесног права о одређености и ли јаснији ове законске одредбе.

Проф. Грубач, М., у својој расправи, везано за најновије измене и допуне ЗКП, у погледу одредбе чл. 142а наводи: „И поред тога, одредба је остала конфузна и на основу ње се не може установити са сигурношћу да ли је саслушање окривљеног обавезно само приликом одређивања притвора или и приликом одлучивања о његовом продужавању или укидању"[5]

Проф. Шкулић, М., сматра да је одредба чл. 142а, ст. 2, „потпуно ново правило и да то није сасвим јасно формулисано, с обзиром да се и доношење одлуке о продужењу или укидању притвора регулише у истој одредби у којој се уводи правило о обавезном саслушању окривљеног пре одређивања притвора (чл. 142а ст. 1). Он је мишљења да такво саслушање ипак није потребно ако се ради о доношењу одлуке о продужењу или укидању, претходно већ одређеног притвора".[6]

С обзиром на то да је у Предлогу за измене и допуне ЗКП ово решење било другачије и јасније наведено, ова одредба изазива дилему па не

[5] Грубач, М., Судбина једног законског предлога (поводом Закона о изменама и допунама ЗКП од 3. IX 2009), Бранич, бр. 2/2009, види стр. 14.

[6] Шкулић, М., Предговор Законика о кривичном поступку, „Службени гласник" РС, Београд, 2009, стр. 20.

би било сувишно да Врховни касациони суд о том питању да своје мишљење, и поред чињенице да се некима чини да су те одредбе јасне. Ако *проф. Грубач*, као водећи процесуалиста на овим просторима, сматра да се не може „са сигурношћу установити да ли је саслушање окривљеног обавезно само приликом одређивања притвора“, а *проф. Шкулић*, такође каже да „то није сасвим јасно формулисано“, онда је то основа за заузимање правног става. И многи други, па и аутор овог текста, имају дилему у погледу правилног тумачења ове законске одредбе. Ако бисмо се руководили правилом *in dubio pro reo* онда би и ову одредбу требало тумачити на начин који је повољнији за окривљеног, а то је да о седници већа, и када се одлучује о продужењу притвора, треба обавестити окривљеног и његовог браниоца. Окривљени би на тој седници имао прилику да се изјасни о предлогу за продужење притвора, да наведе нове околности и доказе, а у противном он и не зна време одржавања седнице већа, па тако није у могућности да се изјасни на предлог, шта је у одређеном смислу ускраћивање његовог права на пуну и током читавог поступка целовиту одбрану. Ако се има у виду да је нова концепција извођења доказа значајно другачија[7] (чл. 4 ст. 1. т. 6 ЗКП, уведена изменама од 11. септембра 2009) где и оптужени има право да „сам или преко браниоца износити чињенице и доказе у своју корист“, онда му је то право у првој инстанци ускраћено[8].

У вези другог питања из тачке 1. Да ли се код продужења притвора које једном одређено, разлози за исти само понављају или би увек требало одлучивати о разлозима за притвор, јер бранилац сматра да је потребно поново одлучивање о притвору а не само проверавање и да је то законска обавеза, те је потребно разлоге поново прецизно и конкретно образложити. Навешћемо најновију праксу Уставног суда Србије изнету у *Одлуци број: Уж. 2356/2009. од 26. 03. 2010*. Наиме, у тој Одлуци Уставни суд је нашао да је „повређено право подносиоца уставне жалбе зајамчено одредбом чл. 31. ст. 1. и 2. Устава РС“, ова одлука је објављена у „Службеном гласнику“. У образложењу одлуке (стр. 6) се дословно наводи: „Према правном ставу Уставног суда, пропустом судова да без ваљаног образложења и индивидуализације разлога, према начелу сразмерности, оцене основаности, нужности и примереност даљег задржа-

[7] Закон о изменама и допунама ЗКП, „Службени гласник“ РС, бр. 72. од 3. септембра 2009, ступио на правну снагу 11. септембра 2009.

[8] У вези са овим види, чл. 9 и 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966 године, те чл. 6. Европска конвенција о правима и слободама човека и грађанина из 1950. године.

вања у притвору, подносиоцу уставне жалбе би било повређено уставно право на ограничење трајања притвора“[9] Код оцене навода уставне жалбе и доношења одлуке у овом уставно-судском предмету имао је у виду и праксу Европског суда за људска права. Према пракси тог суда, арбитрарно лишавање слободе постоји онда када надлежни органи на задовољавајући начин не образложе разлоге због којих је лишавање слободе било неопходно (*пресуда Кау против Велике Британије, од 1. марта 1994. године, ст. 31),* или ако суд даје стално идентичне и стереотипне разлоге због којих је донето решење о продужењу притвора, а при томе не елаборира нове разлоге због којих је продужење притвора неопходно (*пресуда у предмету Мансур против Турске, од 8. јуна 1995. године ст. 5).* Такође, надлежни суд је у обавези да детаљно образложи разлоге за притвор (*пресуда у предмету Курт против Турске, 24276/94 од 25. маја 1998. године* и *Бауоркина против Русије 69481/01. од 27. јула 2006. године)* . У образложењу се надаље наводи, да судови, како првостепени тако и другостепени, у том случају нису дали „довољно јасне, убедљиве и индивидуализиране разлоге за даље задржавање у притвору“. Осим овога УС налази да се судови ослањају првенствено на *објективне разлоге* на продужење притвора (тежину кривичних дела, организованост као битан елеменат дела, дужину временског периода у коме су вршена и њихову бројност), а пропуштају да наведу *субјективне разлоге* за продужење притвора, који би их индивидуализирали у односу на сваког притвореног појединачно (стр. 6 образложења). Интересантно је да Уставни суд примећује да је образложење дато за „продужење притвора у односу на групу“ а не у односу на „сваког од окривљених засебно“, иако нису у истом „правном и фактичком положају“ и да се наведу „особите околности“ за сваког од окривљеног појединачно. Посебно, УС сматра да је другостепени суд био „дужан посебно размотри разлоге које је бранилац – подносилац уставне жалбе, навео у жалби против првостепеног решења о продужењу притвора (стр. 6 образложења, 2 пасус). Имајући у виду све претходно наведено, *Уставни суд сматра да су надлежни судови били дужни да пажљиво испитују оправданост продужења притвора с обзиром на околности сваког конкретног случаја, односно да за сваког окривљеног појединачно утврде и наведу даље постојање законског основа за притвор, те подробно образложе разлоге због којих сматрају да легални и легитимни циљеви трајања притвора и даље постоје*. (стр. 7. образложења 2 пасус).

[9] Ради се о раније донесеној Одлуци Уставног суда, Уж. – 1429/2008 од 16. јула 2009. на коју се Уставни суд позива.

Из овог недвосмислено произлази да је суд дужан да у поступку продужења притвора утврђује постојање разлога за егзистирање и продужење притвора, а не само да формално проверава већ постојеће разлоге и образложење. Код овог је потребно водити рачуна не само о објективним разлозима за продужење притвора већ и о субјективним сваког појединца а не групе и то образложити.

2. Да ли се одредбе чл. 333 ЗКП (сада чл. 309*), *о одржавању претреса односе и на ону ситуацију када је нижем суду наложено да проведе суђење – пред потпуно измењеним већем (чл. 389 ст. 2.), или је потребно поново извести све доказе усмено, непосредно и јавно, како би се ново веће упознало са предметом и како би био у позицији да мериторно и слободно одлучује.

У конкретном предмету, Окружни суд у Београду уважава жалбе браниоца и решењем укида пресуду Општинског суда у Обреновцу К. бр. 375/05, враћа списе првостепеном суду на поновно суђење, *али пред потпуно измењеним већем.* Затим, Општински суд у Обреновцу у поновном поступку са позивом на чл. 333 ст. 5 Законика о кривичном поступку од 2006, (чије одредбе су тада биле на снази), захтева одлуку КВ из чл. 24 ст. 6. да се читају искази девет сведока, а то веће решењем Кв. бр. 43/09 од 23. фебруара 2009. дозвољава читање тих записника о саслушању сведока, јер прети застара и да постоје проблеми око позивања сведока и због протока времена, па би се поступак одуговлачио. (*Пре свега, када је у питању примена чл. 333 ст. 5 ЗКЈП/06, потпуно је беспредметно образложење суда које говори о претњи застарелости и тежини код обезбеђивања присутности сведока. Наиме, „у кривичном праву је одавно општеприхваћен став да проблеми на плану доказивања не смеју да условљавају материјално-правна решења, нити је због њих дозвољено одступање од неких основних принципа“. Пре свега, никакви проблеми око тежине или сложености извођења доказа или претња застарелости не могу ићи испред елементарних права окривљеног, а то је да има право на правично и фер суђење од непристрасног суда а не да суд чита доказе које је прибавио суд који је изузет из даљег суђења“*). Првостепени суд, у потпуно измењеном већу, не позива сведоке и не саслушава их већ чита записнике о ранијим саслушањима пред другим судијама и већем. Дакле, ново веће нема непосредног сазнања о сведоцима, нити има прилику да им поставе питања и да се затраже нека нова разјашњења, а било је таквих предлога. Затим, Општински суд у Обреновцу поново доноси пресуду К.249/08, од 27. 2. 2009, на коју се улаже жалба браниоца и истиче повреда чл. 368 ст. 2 ЗКП, јер је првостепени суд неправилно применио законску могућност

из чл. 333 ст. 5 ЗКП/06, у току главног претреса, – „а то је било, или је могло бити, од утицаја на законито и правилно доношење пресуде“. Окружни суд у Београду својом одлуком Кж. бр. 2045/09 од 28. 10. 2009. године, сматра да није повређена та одредба и да је суд правилно поступио и у складу са чл. 333 ст. 5 ЗКП, када је читао исказе девет саслушаних сведока. Сматрамо да су одлуке судова:

Погрешна примена одредби чл 333 ст. 5. ЗКП, (сада чл. 309 ст. 3 и 4. ЗКП) битно је утицала на правилност и законитост првостепене пресуде. Наиме, када је првостепени суд једном техничком одлуком затражило од КВ и добило овласт, без сагласности странка, да се докази читају а да се пред новим већем непосредно не изводе, тиме је ново расправно веће ускраћено да се непосредно упознаје са овим кривичним предметом и да законито одлучује. Посебно је ускраћено право окривљеном да пред новим већем испита све оштећене–сведоке, сведоке и вештаке и др., да подсети на оне околности које је спречило или одбило раније изузето веће. На овај начин првостепени суд је само приступио слободној оцени писмених материјала и доказа, а не утврђивању одлучних чињеница и тиме је уствари суд пропустио да поступи по налогу другостепеног суда у укидном решењу у смислу чл. 394 ст. 3 ЗКП/01. То је имало за последицу утврђивање *формалне истине* уместо *материјалне истине*, односно пуне извесности о свим одлучним чињеницама, што је супротно основном принципу из чл. 17 ЗКП и другим основним принципима. Тиме је у току главног претреса остварена битна повреда одредаба кривичног поступка из чл. 368 ст. 2 ЗКП у вези чл. 333 ст. 3 и 4 ЗКП – која је била од утицаја на законито и правилно доношење пресуде. Исто тако, незаконита је одлука другостепеног Окружног суда у Београду, Кж. бр. 2045/09. од 23. 11. 2009, који налази да је правилно примењена одредба чл. 333 ст. 5 ЗКП од стране нижег суда.

Коментар: у овом случају се види да су првостепени и другостепени судови одступили од темељних принципа Законика и грубо повредили права окривљеног, када су провели поступак без непосредног извођења доказа, примењујући одредбе чл. 333 ст. 5. ЗКП/06, а занемарујући одредбе чл. 389 ст. 2 ЗКП.

Наиме, у чл. 333 ст. 5 ЗКП/06 се одређује да ако се главни претрес одржава пред *другим председником већа (ст. 3) главни претрес мора изнова започети и сви докази се морају поново извести, осим у случају, ст. 4 и 5 истог члана*. Ст. 4 говори ... ако је одлагање главног претрес трајало дуже од 4 месеца, то није овде актуелно. У ст. 5 се говори о „новом председнику већа“, и „ако је дошло до промене председника већа“, а не говори се ***о потпуно измењеном већу***, које је по налогу вишег суда мењано, и то

је у овом случају императив (чл. 389 ст. 2) (!). Према томе када се ради о потпуно измењеном већу, *по налогу вишег суда*, нови претрес после укидања првостепене пресуде морао је почети изнова, тако да се имају непосредно изводити сви докази па и саслушање сведока, вештака и сл. Одлука вишег суда која је донесена у смислу чл. 389 ст. 2 ЗКП, је „нека врста изузећа судија, не по захтеву странке већ по основу одлуке вишег суда. Тој одлуци виши суд прибегава кад закључи да ранији састав већа из неког разлога није подесан за објективно суђење, али о томе није дужан да даје никакво образложење“[10]. У противном поновно суђење би се претворило у пуку форму и посредно извођење доказа, доминацију у поступку принципа писмености, занемаривања усмености и непосредности извођења доказа, контрадикторности. Тако одлука првостепеног суда да затражи одлуку КВ из чл. 24 ст. 6. ЗКП/06, није утемељена на основама чл. 333 ст. 5. ЗКП/06. У конкретном случају, првостепени суд је погрешио јер се претрес одржава пред потпуно новим већем, а не само председником већа. Наиме, то је јасно одређено у решењу Окружног суда, Кж. бр. 3228 од 6. 03. 2008. године, где се одређује укидање пресуде и поновно суђење „пред потпуно измењеним већем“ и одређује се шта све треба првостепени суд поново урадити и како треба поступити. Дакле, у конкретном случају се није могла применити одредба чл. 333 ст. 5. ЗКП/06.

Налог да се суђење проведе пред „***потпуно измењеним већем***“, намеће више хипотетичких питања на која је првостепени, а посебно другостепени суд, поново требао да одговори. Довољно је рећи да је раније веће одбило бројне предлоге, које би ново веће могло прихватити да је непосредно испитивало сведоке–оштећене и сведоке. Супротно овом, поступак је ***посредан и тиме неправилан***, јер судеће веће није имало прилику да се ***лично и непосредно*** увери и стекне ***лични утисак*** о свим доказима и материјалом у списима. Када се расправно веће ослони на туђа опажања и само читање списа, оно уствари посредно изводи доказе, а то је извођење доказа „из друге руке или по туђој причи“[11]. То је противно духу и смислу ЗКП, то је противно фундаменталним карактеристикама нашег и сваког другог савременог кривичног поступка, посебно је противно одредби чл. 6. т. 3. ц) и д) Конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године. У супротном, поступак не би имао законски смисао. *У чему би био смисао налога вишег суда* да се суђење про-

[10] Грубач, М., *Кривично процесно право*, Београд 2009. Шесто измењено и допуњено издање „Службени гласник“, стр. 466.

[11] Грубач, М., op. cit. стр. 208, 209.

веде *пред потпуно измењеним већем*, уколико то ново претресно веће – суд не би имало обавезу да непосредно, јавно и контрадикторно изводи и слободно оцењује све доказе. Смисао тога је јасан, да се провере суштински а не формално изведени докази, посебно што је било више примедаба током поступка у којем је првостепени суд одбијао или забрањивао питања која су веома битна за мериторно одлучивање. Невероватно је да судови овакве ствари не уочавају.[12]

Према томе, *можемо закључити* да је у *првом случају* било основа да Врховни касациони суд заузме начелни правни став, а у *другом случају* да се није могла применити одредба чл. 333 ст. 5 ЗКП/06, када је наложено од стране вишег суда да се расправа проведе пред потпуно измењеним већем, чл. 389 ст. 2 ЗКП/01.

[12] Илић, Г., види напред текст под насловом, „О новинама у Законику о кривичном поступку“, у којем износи своје мишљење у вези са применом чл. 309 ЗКП, што је у свему у складу са овде изнесеним.

УДК: 347.962.6:341.645.5

Мр. Слободан Стојановић
адвокат из Београда

ТРИБУНАЛ У ХАГУ: СПАВАЊЕ ПРЕДСЕДАВАЈУЋЕГ СУДИЈЕ

Много је пресуда и других одлука које се као интересантне могу одабрати из богате ризнице праксе Трибунала у Хагу. Овом приликом, опредељујемо се за један заиста необичан пример из којег, верујемо, и ми можемо извући неке поуке.

У случају *Лоїор Челебићи*[1] одбрана једног од оптужених[2] је, између осталог, у својој жалби истакла да је током претреса пред првостепеним судским већем председавајући судија спавао.[3] Такав разлог жалбе истиче и пресуда Жалбеног већа која је донета по истој.[4] Штавише, подносилац жалбе је истакао да је „у питању то да судија дубоко спава, као да је у сопственом кревету, у свако доба дана, и без обзира на природу догађаја који се око њега одвијају„.[5] Исто тако, и да делови аудио-визуелних снимака „јасно и недвосмислено одсликавају узнемирујућу слику судије који је склон да падне у сан у свим фазама суђења, скоро у свако време када не говори, испитује документ или је на други начин активно ангажован.“[6]

---

[1] Предмет ИТ-96-21 у којем се први пут суди злочинима над српским живљем. Злочини су учињени 1992. г. на подручју општине Коњиц у Босни и Херцеговини.

[2] У питању је жалба одбране оптуженог Есада Ланца на првостепену пресуду од 16. 11. 1998. г. чијем аргументу су се током жалбеног поступка придружиле и остале одбране.

[3] У питању је судија Adolphus Karibi-Whyte (Адолфус Кариби-Вајт) из Нигерије.

[4] Види параграф 620. пресуде Жалбеног већа Трибунала од 10. 2. 2001. године којем је председавао судија David Hunt (Дејвид Хант) из Аустралије.

[5] *Ibid,* параграф 624. где се цитира Landzo's Supplementary Brief, p. 3. Параграфи на енглеском језику, а и у жаргону који користи Трибунал значе пасусе у тексту који су означени бројевима.

[6] *Ibid.*

Жалбено веће је крајње озбиљно пришло овом аргументу. Као прво, стало је на становиште да морају постојати несумњиви докази о томе да је судија заиста заспао или на други начин није потпуно свестан поступка који се води, а није довољно да само изгледа да спава.

Стога је у жалбеном поступку извршен преглед аудио-видео снимака са првостепеног суђења. Жалбено веће је на основу тога утврдило да је сам опис понашања судије Кариби-Вајта, каквог га је дала поменута одбрана неадекватан и веома претеран. Међутим, ипак је закључило да су снимци „демонстрирали понављајући образац понашања по коме се види да судија није био потпуно свестан поступка који се води, у кратким временским периодима. Ти периоди су трајали обично пет до десет секунди, понекад до тридесет секунди, али су били понављани у периоду од десет до петнаест минута. Само у једној прилици се види да је судија био заспао за приближно тридесет минута и то се догодило за време једног екстремно дугог испитивања медицинског вештака управо од стране браниоца који је истакао овај жалбени разлог. У разним приликама судија Џан би се нагнуо да додирне судију Кариби-Вајт кад би му глава клонула. Такође се могло чути како судија Кариби-Вајт повремено дише веома бучно, али то се догађало и у приликама када је било очигледно да је савршено свестан процедуре.“[7]

Жалбено веће, како даље тврди, чврсто сматра да понашање судије Кариби-Вајт није прихватљиво за једног судију. И том проблему се, како је речено и како се види, приступило веома озбиљно, улазећи у детаље и полазећи од аспекта пажње које су судије дужне да обрате на процесне радње странака. „Учесници у поступку имају генерално право на пуну пажњу судија који одлучују о њиховом случају“[8]. И „уколико судија пати од неког стања које га спречава да поклони пуну пажњу суђењу, онда постоји дужност тог судије да тражи медицинску помоћ, а ако то не помаже, да се повуче са суђења“.[9]

Штавише, позвало се и на праксу националних судова „будући да се није наишло у међународној пракси на овакав прецендент“, посебно на једну пресуду Савезног врховног суда Немачке[10] према којој „странка мора да докаже да судија није био у могућности да опази „есенцијалне“ или „круцијалне“ догађаје на рочишту“. У том смислу консултоване су и

[7] Иста пресуда, параграф 628. Судија Џан (Jan) из Пакистана је био члан првостепеног судског већа.

[8] Иста пресуда, параграф 629.

[9] *Ibid.*

[10] Bundesgerichtshof, 23. 11. 1951, Vol. 2, p. 14.

не баш малобројне одлуке судова из англосаксонског правног система где је „приговор спавања“ понекад упућиван пороти[11].

Но, да се не ради баш о једноставном проблему, Жалбено веће је показало размотривши аргумент да „постоји и одређен број легитимних разлога када је пажња судије за кратко одсутна“ као што је то, на пример, за време бележења одређених момената, гледања на транскрипт да би се проверило шта је претходно речено и сл. Како се закључује, у националној пракси такви примери непажње не представљају нешто што може нашкодити фер суђењу, већ представљају „интегрални део задатка судије у решавању предмета који је пред њим“.[12]

Потом се ушло и у садржину онога што је могло бити пропуштено од стране председавајућег у моментима за које је утврђено да није постојала његова пажња. Утврђено је да ти моменти нису били од утицаја на доношење коначне одлуке о кривици или казни.

Но, тада је размотрен и аргумент који деривира из законодавстава и праксе многих земаља које припадају европско-континенталном систему: да се таква ситуација може уподобити одсутности судије и непотпуном саставу судског већа. Ипак, ту је већ примећено да чак и Правила Трибунала дозвољавају да у краћем временском периоду, што може трајати и неколико дана, и не доносећи неке важније одлуке, судска већа раде без једног члана. Исто тако, све што је изведено постоји у транскрипту, тј. дословном записнику па се судија и из тога може накнадно упознати, као што се накнадно упознаје и судија који ступа у замену, или чак и судије Жалбеног већа.

Додирнуто је и питање спавања, односно непажње других учесника на судском рочишту, посебно бранилаца, са закључком да такво понашање исто тако може начинити штету оптуженом. Ипак, спавање, односно непажња браниоца се разликује од непажње судија, будући да бранилац сам најбоље зна да ли је његова пажња неопходна баш у сваком моменту да би спречио штету која се не може отклонити.[13]

Размотрено је и неколико других мање важних аргумената, чак и ако их нико од странака у поступку није помињао. Па и аргумент да се оваквим понашањем вређају браниоци и исти одбијен простом чињеницом

---

[11] Тако на пример, *Kozlowski v. City of Chicago, State of Ohio v. Dean, Javor v. United States of America,* итд.

[12] Овде се Жалбено веће позива на неку другу пресуду Савезног врховног суда Немачке (Bundesgerichtshof), од 22. 11. 1957. гдине.

[13] Пресуда Жалбеног већа, параграф 635.

да то само по себи није истакнуто као посебан жалбени разлог и да сам по себи, без даљих импликација, не може довести до другачије пресуде.

Коначно, Жалбено веће Трибунала је закључило да то све не доводи аутоматски до поништаја пресуде. Да би пресуда по том основу била поништена, мора бити утврђено да је распознатљива штета проузрокована. У конкретном случају, Жалбено веће није било уверено да је тиме нека конкретна штета причињена Есаду Ланцу или било којем другом подносиоцу жалбе.

Сем тога, „пропуст браниоца да на претресу приговори на такво понашање, може се сматрати неком врстом одрицања од тога да му се тиме, односно његовом брањенику чини штета.“[14] Штавише, бранилац је тај приговор морао поднети одмах, не само зато што му то налажу Правила процедуре и доказивања, него и што би то био и једини начин да се благовремено интервенише и отклони сметња која представља препреку фер суђењу[15].

Занимљиво је да Жалбено веће није овим поводом тражило изјашњење дотичног судије, што, када се добро размисли, посебно у контексту обраде свих ових аргумената, представља сасвим исправан приступ. Треба поћи од претпоставки шта би тај судија могао да каже. Да се ради о нашем суду, готово је сигурно да то не би признао, и треба замислити какве би све могуће последице могла да има таква изјава. Уколико би признао, опет треба замислити све могуће последице и по њега и по пресуду. Но, без обзира каква његова изјава била, чини нам се да је, у контексту напред изнетих аргумената, ирелевантна, ипак је основно питање шта је тиме могло бити пропуштено и каква штета нанета. Основно је, да ли је то, у целом контексту, било довољно да се пресуда укине. Изјава судије, каква год била, по нашем мишљењу, могла би само замаглити добро постављене аргументе објективне природе.

Из ових разлога Жалбено веће је утврдило да је овај жалбени разлог „опортунистички“ и да је у одсуству постојања било какве штете проузроковане непажњом судије морао бити одбачен[16].

Заиста изненађује са коликом је озбиљношћу, објективношћу, па и са разумним решењима Жалбено веће Трибунала приступило овом приговору, без обзира што овакви разлози и решења сигурно не воде попу-

[14] Параграф 630. исте пресуде Жалбеног већа. Установу *waiver*, тј. одрицања, и Правила Трибунала преузела су из англосаксонске праксе.

[15] Наведена пресуда, параграф 641.

[16] Пракса Трибунала, иначе, није издиференцирала разлику између одбијања и одбацивања.

ларизацији Трибунала у Хагу. Овом питању је посвећено читавих 13 страница другостепене пресуде са више од тридесет параграфа.[17]

Можда се неки разлози таквог приступа могу само наслутити кроз „посебан" положај појединих бранилаца пред Трибуналом.[18] Нисмо склони да верујемо да би такав поступак уследио по истоветном приговору од стране неког од бранилаца из наших крајева. Штавише, нарочито у то време, верујемо да би по таквом приговору могао имати и непријатних последица. Можда би за утеху, у том случају, могла послужити бар претпоставка шта би се догодило када би овакав исти аргумент неки бранилац дао у жалби националном суду.

Но, када је реч о овоме једна чињеница је непобитна: пресуде Жалбеног већа и уопште свих судских већа Трибунала, страховито варирају у квалитету. Видимо колико је посвећено пажње приговору да судија спава. Али, на пример, у случају *Квочка и др*[19] првостепено судско веће, а слично томе и Жалбено веће, посветило је само два параграфа, или неколико реченица да би једног од оптуженог под веома спорним околностима осудило за убиство.[20]

Морамо признати да је једна од највећих вредности праксе Трибунала што она може бити инспиративна и подстаћи на даља размишљања. Чак и на преиспитивање неких наших најувреженијих и темељних ставова и поставки.[21] Видимо и то да је Трибунал, већ у осмој години свог рада на изузетно елабориран начин обрадио и ово питање, док, колико је нама познато, правосуђе наше државе то никад у својој дугогодишњој историји није учинило. А не верујемо да сличних проблема код нас није ни било и то не само у односу на судије поротнике.

Ту посебно примећујемо да и нечитање поднесака датих од странака суду или обрнуто, што се у пракси чак изузетно често да приметити, има потпуно исти или чак много погубнији ефекат него спавање на суђењу.

---

[17] *Ibid*, параграфи 620–650. на странама 214–226.

[18] Приговор је истакла бранилац Е. Ланџа Cynthia McMurrey из САД. Ова, иначе веома атрактивна колегиница, се у моменту оваквог приговора већ презивала Sinatra јер се у међувремену удала за сина познатог уметника Френка Синатре, а у Трибунал је дошла по „охрабрењу" председнице Трибунала G. K. McDonald, како сама тврди у свом интервјуу Houston cronicle почетком 1997. (интервју: Bob Tutt). Ко-бранилац је био Peter Murphy, адвокат и познати професор у САД. Оваквом приговору, односно жалбеном разлогу, су се накнадно придружила још двојица америчких адвоката, бранилаца саоптужених.

[19] Предмет ИТ-98-30/1, у питању је осуда З. Жигића.

[20] В. на пример, првостепену пресуду из овог предмета од 2. 11. 2001. год., параграфи 631. и 632.

Акценат ове другостепене пресуде је на пажњи и савесности коју морају имати сви учесници у једном судском поступку, а нарочито судије. Колико је нама познато, нигде у нашем закону није експлицитно речено да је судија дужан да пажљиво слуша, на пример, шта говори оптужени или бранилац. Неки показатељ за то је и начин како се ово све уноси у записник, бар тамо где нема транскрипта. Иако ни закон, нити судска пракса скоро ништа не говоре о овој пажњи, она је апсолутни предуслов не само фер суђења, него и тога да се нека процедура уопште назове суђењем. А то већ, недвосмислено проистиче из онога што бисмо назвали самим духом закона.

Summary

TRIBUNAL IN THE HAGUE: SLEEPING OF THE PRESIDING JUDGE

A lot of interesting decisions exist in abundant practice of the Tribunal in the Hague. In this turn the author chose a part of Appeals Chamber Judgement in *Čelebići* case delivered on 10 February 2001. One of the Defence raised the argument in its appeal brief that the presiding judge very often had been slept during the trial. It was really astonishing how seriously and meticulously the Appeals Chamber took it into consideration. The Chamber devoted 13 pages, and more than thirty paragraphs to that argument in the Judgement. Finally, it has established that presiding judge really slept for some portions during the trial but, under all circumstances, this did not caused any prejudice or harm for defendants. So, the argument was dismissed. The point of the Judgement and of the article is attention that all participants, especially judges are due to devote to the case during the trial.

[21] Један такав пример је појам „окривљеног“. После искуства са Трибуналом пред којим ова категорија не постоји (постоји осумњичени до оптужнице, а након тога оптужени, касније и осуђени) запитали смо се да ли то значи нешто као „полукрив“ или сл. Очигледно је да тај појам већ и етимолошки изражава претпоставку кривице, а не невиности. С обзиром на законску претпоставку, пре би се могло рећи „оневињени“, што није ништа мање рогобатно и језички неправилније од „окривљени“, разлика је само што је ово последње одавно ушло у наше уши. Законска дефиниција (чл. 221.3КП) окривљеног која постоји код нас чини уствари само повреду претпоставке невиности још тежом. У сваком случају овај појам је и сувишан.

УДК: 343.852(497.11)

Мр. Емир Ћоровић
асистент Правно-економског департмана
Државног универзитета у Новом Пазару

ПОСТУПАК ИЗРИЦАЊА МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ ОБАВЕЗНОГ ЛЕЧЕЊА НАРКОМАНА И ОБАВЕЗНОГ ЛЕЧЕЊА АЛКОХОЛИЧАРА

I

Поступак изрицања мера безбедности обавезног лечења наркомана и обавезног лечења алкохоличара регулисан је одредбом чл. 511 Законика о кривичном поступку (у даљем тексту: ЗКП).[1] Но, ни тај један члан ЗКП-а није у потпуности посвећен питању њиховог изрицања. Наиме, само се ст. 1 чл. 511 ЗКП-а односи на поступак изрицања предметних мера безбедности, док се ст. 2 поменутог члана тиче њиховог извршења у случају када су исте изречене уз условну осуду, а осуђени се добровољно не подвргне лечењу, односно лечење самовољно напусти.[2]

Чињеница да је законодавац поступку изрицања предметних мера безбедности посветио свега једну одредбу, узроковала је извесне, пре свега, практичне проблеме и дилеме. У раду ћемо покушати да дамо адекватне одговоре на њих, с тим да је потребно да се претходно осврнемо и на метеријалноправне одредбе о мерама безбедности обавезног лечења наркомана, односно обавезног лечења алкохоличара, јер сматрамо да нам оне могу помоћи да, у случају одсуства процесне регулативе, пружимо задовољавајућа решења.

---

[1] „Службени лист СРЈ“, бр. 70/2001, 68/2002, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009, 72/2009.

[2] Успут речено, одредба ст. 2 чл. 511 ЗКП-а је у колизији са одредбама чл. 83 ст. 6 и 84 ст. 5 КЗ, јер КЗ не познаје могућност опозива условне осуде због неподвргавања и самовољног напуштања лечења, док је та могућност предвиђена поменутом одредбом ЗКП-а.

II

Кривични законик Републике Србије[3] (у даљем тексту: КЗ) за разлику од наше пријашње кривично-правне легислативе предвиђа две мере безбедности које се односе на лечење зависника – обавезно лечење наркомана (чл. 83) и обавезно лечење алкохоличара (чл. 84 КЗ). Међутим, иако је КЗ раздвојио третман наркомана и алкохоличара, анализом чл. 83 и 84 КЗ можемо доћи до закључка да су услови за изрицање предметних мера безбедности готово идентични, уз једину разлику да код мере безбедности из чл. 83 КЗ учинилац мора бити зависник од опојне дроге, а код мере безбедности из чл. 84 КЗ зависник од алкохола. Тако, мере безбедности обавезног лечења наркомана и обавезног лечења алкохоличара могу се изрећи под следећим условима: 1) учинилац мора бити зависник од опојне дроге, односно од алкохола; 2) мора постојати веза између учињеног кривичног дела и учиниочеве зависности; 3) мора постојати „озбиљна опасност" да ће учинилац услед своје зависности и даље чинити кривична дела (чл. 83 ст. 1 и чл. 84 ст. 1 КЗ)

Мере безбедности обавезног лечења наркомана и обавезног лечења алкохоличара су суплементарног карактера, што значи да се никада не изричу самостално. Оне се према одредби чл. 80 ст. 4 КЗ изричу уколико је учиниоцу изречена казна, условна осуда, судска опомена или уколико је учинилац ослобођен од казне.[4] У зависности од тога уз коју кривичну санкцију су ове мере безбедности изречене зависи и начин њиховог извршења. Тако, уколико су мере изречене уз казну затвора онда се извршавају у заводу за извршење казне, односно у одговарајућој здравственој или другој специјализованој установи (чл. 83 ст. 2 и чл. 84 ст. 2 КЗ), с тим да се време проведено у установи за лечење има урачунати у казну затвора. Ако су, пак, мере безбедности обавезног лечења наркомана и обавезног

[3] „Службени гласник Републике Србије", бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009.

[4] Ни према пријашњој законској регулативи (тј. према Основном кривичном закону – ОКЗ) мера безбедности обавезног лечења алкохоличара и наркомана из чл. 65 ОКЗ није могла бити изречена самостално. Ипак, у доступној пракси смо наишли на један пример где је ова мера безбедности изречена самостално. Ради се о решењу Општинског суда у Новом Пазару К-534/02 од 17. 06. 2003. године. У овом случају тужилац је на претресу одустао од гоњења, али је предложио да се окривљеном изрекне мера безбедности обавезног лечења алкохоличара и наркома из чл. 65 ОКЗ, па је суд наведеним решењем и удовољио том предлогу. Очигледно да је наведено поступање суда погрешно и незаконито. Вид.: Ђоровић, Е., „Мере безбедности обавезног лечења наркомана и обавезног лечења алкохоличара у судској пракси", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2009, бр. 3/2009, стр. 384.

лечења алкохоличара изречене уз новчану казну, условну осуду, судску опомену или ослобођење од казне исте се извршавају на слободи (чл. 83 ст. 5 и чл. 84 ст. 4 КЗ), али ће се оне принудно извршити у одговарајућој здравственој или другој специјализованој установи уколико се осуђени не подвргне лечењу или лечење самовољно напусти.

Иначе, мере безбедности из чл. 83 и чл. 84 КЗ се према чл. 39 ст. 1 и 2 и чл. 40 Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица[5] (у даљем тексту: ЗМ) могу изрећи и малолетним учиниоцима (као и млађим пунолетницима) уз казну малолетничког затвора или уз васпитне мере, изузев васпитних мера упозорења и усмеравања (чл. 39 ст. 1 и 2 и чл. 40 ЗМ). Међутим, ни КЗ ни ЗМ не предвиђају на који начин ће се спровести лечење – у заводу за извршење казне малолетничког затвора, односно заводских васпитних мера или на слободи.

Трајање мера безбедности из чл. 83 и 84 КЗ законодавац је решио по систему релативно неодређеног трајања, што значи да оне у основи трају онолико дуго колико постоји потреба за лечењем зависног учиниоца, с тим да је лимитиран максимум њиховог трајања. Тако, мера безбедности обавезног лечења наркомана, уколико је изречена уз казну затвора, траје док постоји потреба за лечењем, али не дуже од три године. У овој ситуацији мера може трајати дуже од изречене казне затвора, али њено укупно трајање не може бити дуже од три године (чл. 83 ст. 2 и 3). Мера безбедности обавезног лечења алкохоличара, уколико је изречена уз казну затвора, такође траје док постоји потреба за лечењем, али не дуже од изречене казне затвора (чл. 84 ст. 2). Уколико је обавезно лечење наркомана изречено уз новчану казну, условну осуду, судску опомену или ослобођење од казне оно не може трајати дуже од три године (чл. 83 ст. 5), док обавезно лечење алкохоличара у овој ситуацији не може трајати дуже од две године (чл. 84 ст. 4).

III

1. Према одредби ст. 1 чл. 511 ЗКП-а суд одлучује о примени мере безбедности обавезног лечења наркомана, односно обавезног лечења алкохоличара, пошто прибави налаз и мишљење вештака који треба да се изјасни и о могућности за лечење окривљеног. Ово је једино што ЗКП *explicite* говори о поступку изрицања предметних мера безбедности. Из наведеног се може закључити да је вештачење главно обележје овог

[5] „Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005.

поступка, што је, ако се узме у обзир медицински карактер предметних мера безбедности, сасвим очекивано. По природи ствари радиће се о медицинском, односно, прецизније речено, о психијатријском вештачењу.

Наведена одредба нам ништа не казује о правној природи и основним карактеристикама односног поступка. Када говоримо о правној природи поступка примене мера безбедности из чл. 83 и чл. 84 КЗ треба поћи од тога да је исти регулисан у трећем делу ЗКП-а који носи назив „Посебни поступци", у глави XXX која је насловљена као „Поступак за примену мера безбедности, за одузимање имовинске користи, за опозивање условне осуде и за пуштање осуђеног на условни отпуст". Има мишљења да су у трећем делу ЗКП-а прописани „посебни *некривични* поступци", „јер се у њима не решавају питања која се односе на кривично дело, кривичну одговорност и услове за изрицање кривичних санкција, већ предмети друге врсте, чије је решавање услов за вођење кривичног поступка, или последица већ спроведеног кривичног поступка, или се јави као неопходно у току кривичног поступка".[6] Кратко речено, поменуто мишљење се заснива на томе да се у овим поступцима не суди о кривичној ствари.[7]

Када је у питању поступак примене мера безбедности обавезног лечења наркомана и обавезног лечења алкохоличара са изнетом констатацијом ми се не можемо у потпуности сложити, односно можемо је прихватити уз једну резерву. Наиме, у одредби чл. 511 ЗКП-а могу се разликовати два поступка: 1) поступак *изрицања* мера безбедности из чл. 83 и 84 КЗ (ст. 1) и 2) поступак њиховог *извршења* у случају када су мере изречене уз условну осуду, а осуђени се добровољно не подвргне лечењу, односно лечење самовољно напусти (ст. 2). Оба ова поступка могли бисмо назвати поступцима *примене* мера безбедности обавезног лечења наркомана/алкохоличара, како то и произлази из наслова главе XXX ЗКП-а. Према томе, израз *примена* би се могао третирати на начин да обухвата и *изрицање* и *извршење* предметних мера безбедности. Истина, у ст. 1 чл. 511 ЗКП законодавац не користи термин изрицање, већ термин примена, што може изазвати извесну терминолошку конфузију, али ипак је очигледно да се ту ради о изрицању мера безбедности обавезног лечења наркомана и обавезног лечења алкохоличара.[8] Због тога у наредном

---

[6] Грубач, М., *Кривично процесно право – Посебни део*, Треће измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2004, стр. 247. Слично: Ђурђић, В., *Кривично процесно право – Посебни део*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2006, стр. 207.

[7] Грубач, М., *Кривично процесно право – Увод и општи део*, Треће измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2004, стр. 26.

[8] И из неких других одредаба ЗКП-а произлази да би за чл. 511 ст. 1 ЗКП-а био прикладнији израз „изрече". Тако, у чл. чл. 356 ст. 1 тач. 5 ЗКП-а се говори да ће „суд изрећи"

тексту, када говоримо о одредби ст. 1 чл. 511 ЗКП-а, нећемо користити израз примена, већ израз изрицање који за потребе односне одредбе сматрамо правно-технички исправнијим.

За поступак из ст. 2 чл. 511 ЗКП-а би се могло рећи да је по својој правној природи некривични поступак, јер је исти „последица већ спроведеног кривичног поступка". У том делу сматрамо прихватљивим наведено мишљење. Међутим, када је у питању поступак изрицања ових кривичних санкција, који нас у контексту овог рада једино и интересује, онда се ту по нашем мишљењу може радити само о посебном кривичном поступку,[9] из разлога што су предметне мере безбедности у нашем кривичном праву постављене као кривичне санкције[10] и што се могу изрећи само учиниоцима кривичних дела.[11] Због тога се за поступак изрицања мера безбедности из чл. 83 и 84 КЗ не може рећи да спада у некривичне поступке, јер се у њему одлучује о примени кривичне санкције према учиниоцу кривичног дела, схваћеног у објективно-субјективном смислу.[12]

2. За поступак примене (тј. изрицања) мера безбедности обавезног лечења наркомана и обавезног лечења алкохоличара се каже да се одвија у оквиру и упоредо са кривичним поступком,[13] односно да је исти угра-

---

„одлуку о мерама безбедности"; у чл. 361 ст. 5 ЗКП се каже да ће суд посебно образложити да „треба изрећи меру безбедности".

[9] По неким мишљењима поступци за примену било које мере безбедности спадају у круг посебних кривичних поступака. Вид.: Димитријевић, Д., Стефановић-Златић, М., Лазин, Ђ., *Кривично процесно право*, Десето издање, Научна књига, Београд, 1987, стр. 59.

[10] У појединим кривичним законодавствима мере безбедности нису кривичне санкције, већ административне мере. Такав случај је са италијанским кривичним правом.

[11] Психијатријске мере безбедности из чл. 81 и 82 КЗ се могу изрећи не само учиниоцу кривичног дела, већ и учиниоцу *противправног дела које је у закону одређено као кривично дело*. Исто тако, мера безбедности одузимања предмета се према чл. 512 ЗКП-а може изрећи и када поступак није окончан пресудом којом се оптужени оглашава кривим, ако то захтевају интереси опште безбедности или разлози морала. Према томе, у поменутим случајевима долази до изрицања мера безбедности иако правно посматрано кривичног дела нема.

[12] Наглашавамо да се ради о кривичном делу у објективно-субјективном смислу из разлога што то претпоставља да је у питању учинилац код којег је урачунљивост у потпуности или делимично (када је реч о битно смањеној урачунљивости) очувана. *Наш став да је поступак изрицања мера безбедности из чл. 83 и 84 КЗ по својој природи кривични поступак, не би се могао аналогно применити и на поступак изрицања мера безбедности из чл. 81 и 82 КЗ учиниоцу противправног дела које је у закону одређено као кривично дело, нити на изрицање мере безбедности одузимања предмета према одредби чл. 512 ЗКП-а. Наиме, у овим случајевима се може бранити став да је у питању некривични поступак, из разлога што је реч о ситуацијама у којима, правно посматрано, кривично дело не постоји*!

[13] Ђурђић, В., *Кривично процесно право – Посебни део*, оп.цит., стр. 260.

ђен у кривични поступак.[14] При том, овај поступак може бити инкорпориран како у редовни, тако и у неки други посебни кривични поступак (скраћени поступак, поступак према малолетницима, поступак изрицања судске опомене). Овакво устројство предметног поступка је у потпуности компатибилно са суплементарном природом мера безбедности из чл. 83 и чл. 84 КЗ. Јер, ако су мере безбедности обавезног лечења наркомана/алкохоличара везане за друге кривичне санкције које се изричу у „уобичајеној" кривичној процедури, било редовној било посебној, онда је сасвим за очекивати да је поступак у којем се оне изричу инкорпорисан у кривични поступак у којем се те примарне кривичне санкције изричу.

С обзиром на овакву природу предметног поступка, поставља се прелиминарно питање: да ли је за изрицање мера безбедности обавезног лечења наркомана/ алкохоличара потребан предлог овлашћеног тужиоца или не, односно да ли је суд овлашћен да и без предлога овлашћеног тужиоца, у случају када су испуњени законски (материјални) услови, изрекне неку од ових мера? У литератури смо једино наишли на мишљење проф. *Васиљевића* који сматра да суд може, у покренутом поступку, изрећи све мере безбедности и без предлога тужиоца, изузев оних које се изричу неурачунљивим лицима.[15] У судској пракси смо наишли на исти став који се изричито односи на предметне мере безбедности, односно на пријашњу меру безбедности обавезног лечења алкохоличара и наркомана из чл. 65 КЗЈ. Ради се о пресуди Окружног суда у Лесковцу Кж-75/95 у којој се каже: „У жалбеном поступку Окружни суд је укинуо првостепену пресуду са разлога што је нашао да поред непотпуно утврђеног чињеничног стања које се тиче извршења кривичног дела стоји и пропуст првостепеног суда у томе што је пропустио да према окривљеном изрекне наведену меру безбедности, *без обзира што јавни тужилац у оптужници није предложио њено изрицање*, јер суд овакву меру безбедности може да изрекне на основу члана 496 ЗКП[16] и члана 65 КЗ Југославије и без предлога јавног тужиоца, с обзиром да постоји оптужница за учињено кривично дело из члана 53 став 1 КЗ Југославије, а према налазу и мишљењу вештака за судску психијатрију није искључена кривична одговорност окривљеног за ово дело, а стоји опасност да ће услед зависно-

[14] Димитријевић, Д., Стефановић-Златић, М., Лазин, Ђ., *Кривично процесно право*, op. cit., стр. 333.

[15] Васиљевић, Т., „Основна питања мера безбедности", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1972, стр. 119. Напомињемо да се ради о старијем раду који се односи на ЗКП из 1953. године.

[16] Ради се о ЗКП-у из 1976. године.

сти од алкохола и даље да врши кривична дела. Изрицање ове мере безбедности без предлога јавног тужиоца не представља прекорачење оптужбе, с обзиром да постоји оптужница за кривично дело за које се гони по службеној дужности".[17]

Овакав став је присутан и у другим одлукама домаћих судова.[18] Сматрамо га исправним, с тим да је потребно дати прецизније образложење. Као прво, подношењем оптужног акта одређује се и ограничава предмет суђења, тј. суд може да пресуди „само оном лицу и само за оно кривично дело које је одредио овлашћени тужилац".[19] Оптужним актом се не одређује казна или друга санкција која треба да се изрекне окривљеном, тако да је суд тај који одређује врсту и меру кривичне санкције. Како суд суверено одлучује о казни као најтежој кривичној санкцији, због чега би му онда био потребан предлог овлашћеног тужиоца за изрицање мера безбедности из чл. 83 и 84 КЗ које представљају санкције допунског карактера?! Даље, поступак за примену ових мера безбедности нема самостални карактер, већ је исти инкорпориран у кривични (општи или посебни) поступак. Према слову закона једино је за изрицање психијатријских мера безбедности неурачунљивим учиниоцима противправних дела, која по својим обележјима одговарају кривичним делима, потребан предлог јавног тужиоца (чл. 505 ЗКП). Изузев овог случаја, ЗКП ни у једној својој одредби не говори о предлогу јавног тужиоца за изрицање било које мере безбедности, па ни оних које се односе на третман зависника. И на крају, из материјалноправних одредаба произлази да је примена ових мера безбедности обавезна у свим случајевима када суд нађе да су испуњени законски услови за њихово изрицање. Наиме, у чл. 83 ст. 1 и чл. 84 ст. 1 КЗ стоји „суд ће изрећи", што упућује на обавезност изрицања ових мера безбедности када су испуњени сви законом прописани услови. То даље значи да суду није остављено на вољу да о томе одлучује, нити му је у том правцу потребан ичији предлог.

3. Као што рекосмо, вештачење заузима централно место у поступку примене мера безбедности обавезног лечења наркомана и обавезног лечења алкохоличара. Из одредбе чл. 511 ст. 1 ЗКП јасно произлази да суд не може изрећи неку од предметних мера безбедности без претходно обављеног вештачења. Иако речено недвосмислено произлази из наведене

---

[17] Извор: Електронски пакет програм прописа и судске праксе „*Infotek (web-прописи)*".

[18] На пример, пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 1066/92 од 11. 06. 1992. Извор: Електронски пакет програм прописа и судске праксе Intermex".

[19] Грубач, М., *Кривично процесно право – Посебни део*, op. cit., стр. 66.

одредбе ЗКП-а, наши инстанциони судови су се, услед погрешне праксе нижестепених судова, још давно изјаснили да непоступање по овој одредби представља повреду закона (ВСС Кж. 1767/71 од 23. 07. 1971. године),[20] односно битну повреду одредаба кривичног поступка (Став Кривичног одељења ВСВ од 02. 07. 1979. године).[21] На жалост, разматрајући доступну судску праксу уочили смо да је погрешна пракса у неким случајевима и даље присутна.[22]

Вештачење које у овом поступку долази у обзир јесте медицинско, односно, прецизније речено, психијатријско вештачење. Када је реч о вештачењима у вези са зависношћу од психоактивних супстанци, у психијатријској литератури смо наишли на ставове који су најблаже речено забрињавајући. Један аутор истиче да „досадашњим вештачењем делинквентних наркомана у највећем броју случајева не можемо бити задовољни из више разлога. Налази и мишљења који се достављају судовима углавном су стереотипни, површни и недовољно стручни. Раде их људи који очигледно не познају ову проблематику или бар не више од лаичке обавештености... Као последицу имамо нестручно вештачење и не ретко погрешне пресуде, које се заснивају на оваквим вештачењима“.[23] С тим у вези, неки психијатри (*Капамација*) наводе да вештак психијатар, уколико нема бар основна знања из области болести зависности и уколико није актуелно информисан, може доћи у „тужно-смешан, понижавајући положај“.[24] Не улазећи у расправу о „ближој“ стручној спреми вештака – психијатара,[25] несумњиво се мора радити о лицима која имају извесна знања и искуства из области болести зависности.[26] Не сме се допустити

---

[20] Вуковић, Ш., Недић, Д., *Приручник за практичну примену Законика о кривичном поступку, са судском праксом, објашњењима, обрасцима и регистром појмова*, Савремена администрација, Београд, 2002, стр. 286.

[21] Јекић, З., Данић, Р., *Кривично процесно право*, Десето издање, Београд, 2005, стр. 377.

[22] Вид. пресуду Општинског суда у Новом Саду К-1482/06 од 27. 03. 2007, затим пресуду Окружног суда у Новом Саду К-549/07 од 24. 10. 2007. те поводом ње пресуду Врховног суда Србије Кж. И 2903/07 од 21. 01. 2008. године (ради се о непубликованим одлукама). Из садржине ових одлука произлази да су мере безбедности изречене без претходно обављеног вештачења. У потоњем случају је, чак, Врховни суд потврдио првостепену пресуду.

[23] Петровић, С., *Дрога и људско понашање*, Партенон, Београд, 2003, стр. 296.

[24] Капамација, Б., *Форензичка психијатрија: приручник за судскомедицинска вештачења*, Дневник, Нови Сад, 1989, стр. 110.

[25] Наиме, може се радити о специјалисти психијатру, неуропсихијатру и субспецијалисти форензичке (судске) психијатрије.

[26] Форензичари сматрају да предност приликом вештачења требају имати психијатри тог (форензичког) усмерења. Вид.: Ђурђев, Б., Капамација, Б., Остојић, Б., Златанов-

да налази и мишљења вештака буду само „покриће“ за изрицање предметних мера безбедности, јер од квалитета обављеног вештачења зависи и квалитет судске одлуке којом је нека од мера безбедности из чл. 83 и 84 КЗ изречена.

У овом поступку вештак треба да се изјасни о следећим питањима: **а)** *Да ли је учинилац зависник од опојне дроге односно алкохола*. Утврђивање чина зависности је од круцијалног значаја, јер се предметне мере безбедности могу изрећи само зависницима од опојних дрога, односно алкохола. Због тога се мора разлучити *да ли је односни учинилац зависник или не*.[27] При томе, врло је битно одредити облик зависности (физичка и/или психичка). Када је у питању зависност од опојних дрога онда је *врло важно опредедити и психоактивну супстанцу од које је учинилац зависан*.[28] Ово је значајно због тога што различите опојне дроге имају различите психофармаколошке ефекте и зато што све оне не изазивају физичку зависност. **б)** *Да ли је учинилац/зависник tempore criminis био под дејством супстанце или, пак, у фази апстиненцијалне кризе, страха од ње, односно у фази психичке потребе за супстанцом*. „Опијеност“ супстанцом је лакше и поузданије утврдити уколико су у питању алкохоличари, него када су по среди наркомани. Наиме, присуство и количину алкохола у организму могуће је утврдити путем алкохолемије (количине алкохола у крви). Насупрот томе, код опојних дрога могуће је детектовати њихово присуство у организму, али не и утврдити њихову количину.[29] До количине унете опојне дроге вештак долази индиректним путем – на основу података добијених од учиниоца, или на основу опсервације његовог „манифестног понашања“.[30] Међутим, обе методе су непоуздане, а ова потоња има и тај недостатак што мора бити извршена за време док се учинилац још увек налази под дејством дроге, тако да је њен практични значај мали, пошто се вештачења обављају знатно касније, тј. током кривичног поступка. **в)** *Да ли су код учиниоца/зависника присутне тзв. примарне психичке девијације. (на пример поремећаји личности, неурозе или*

Богуновић, Ј., „Нека актуелна статусна питања, и дилеме у сарадњи вештака форензичке психијатрије и суда“, *Expertus Forensis*, бр. 3/2004, стр. 310. О потреби уско специјализованих вештачења се говори и у правној литератури. Вид.: Соковић, С., „Вештачење и његов допринос ефикасности кривичне процедуре“, У: *Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима*, Српско удружење за кривично право и криминологију – Intermex, Златибор/Београд, 2008, стр. 197–201.

[27] Слично: Ковачевић, Р., *Форензичка психијатрија*, op. cit., стр. 176.

[28] Ibid.

[29] Петровић, С., *Дрога и људско понашање*, op. cit., стр. 299-300.

[30] Ibid., стр. 300.

друге психичке тешобе).[31] У том смислу је битно да вештак упозна личност зависника. Понекад се у пракси, ради обављања тог посла, уз вештака психијатра ангажује и вештак психолог.[32] Даље, битно је утврдити да ли су, услед дуготрајног конзумирања неке супстанце, наступиле секундарне измене личности окривљеног, као и, ако је реч о алкохоличарима, да ли су присутне психичке компликације у виду органског психосиндрома или алкохоличарских психоза. **г)** *О чињеницама на основу којих суд утврђује да ли је урачунљивост учиниоца/зависника tempore criminis била компромитована (искључена, битно смањена или „обично" умањена).* У ствари, из одговора на напред постављена питања „стиче се увид у душевно стање" зависника *tempore criminis*,[33] па суд на основу тога и утврђује његову урачунљивост. Правни основ[34] за ову врсту вештачења чини одредба чл. 130 ЗКП.[35] Ово вештачење се, по правилу, врши психијатријским прегледом, а могуће је, ако је вештак мишљења да је потребно дуже посматрање, да се окривљени пошаље на посматрање у одговарајућу здравствену установу.[36] **д)** *О „могућности за лечење окривљеног" (чл. 511 ст. 1 ЗКП).* Под овим се мисли „на веће или мање изгледе на успјех лијечења".[37]

Из доступне судске праксе смо утврдили да вештаци поводом овог последњег питања често прелазе границе својих компетенција, тако што судовима „предлажу" изрицање мера безбедности лечења наркомана/алкохоличара. С тим у вези, указаћемо на пресуду Окружног суда у Новом

---

[31] Слично: Ковачевић, Р., *Форензичка психијатрија*, Београд, 2000, стр. 176.

[32] Ипак, „главну улогу" у поступку вештачења треба да има вештак психијатар. Како каже проф. Капамација „психолошки тестови могу бити само помоћно средство. На њима се никаква психијатријска дијагноза не може градити а поготово се не може само на њих ослањати". Вид.: Капамација, Б., „Проблеми судскопсихијатријског вештачења патолошких реакција на алкохол", *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр.1-2/98, стр. 20.

[33] Ковачевић, Р., *Форензичка психијатрија*, op. cit., стр. 176.

[34] У процесној литератури се инсистира да се психијатријска вештачења обављају чак и у свим случајевима тзв. обичне опијености, са изузетком „кад је несумњиво утврђено да се окривљени, иако под утицајем мање количине алкохола, нормално понашао". Вид.: Грубач, М., „Вештачење алкохолисаних стања у кривичном поступку", *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 2/85, стр. 6-8.

[35] Ст. 1 овог члана гласи: „Ако се појави сумња да је искључена или смањена урачунљивост окривљеног услед душевне болести, заосталог душевног развоја или друге душевне поремећености, одредиће се вештачење психијатријским прегледом окривљеног."

[36] Посматрање у здравственој установи може трајати највише два месеца, с тим да сена образложени предлог управника здравствене установе, по претходно прибављеном мишљењу вештака, може продужити, али ни у ком случају не може трајати дуже од шест месеци (чл. 130 ст. 2 ЗКП).

[37] Шепаровић, З., „Сустав кривичних санкција у новом кривичном законодавству Југославије", *Годишњак Правног факултета у Бања Луци*, 1977, стр. 208.

Саду, К-590/07 од 27. 11. 2007. године, у чијем образложењу стоји: „Вештак се на главном претресу изјаснио да код окривљене *не постоји* озбиљна опасност да би могла наставити са вршењем кривичних дела, те с обзиром да је лечење већ започето и да се уредно спроводи, *предложио* је меру безбедности обавезног лечења на слободи коју је суд и изрекао". Као што видимо, вештак „утврђује" непостојање озбиљне опасности даљег вршења кривичних дела, али ипак предлаже меру безбедности обавезног лечења на слободи, коју суд и изриче?! Вештак не мора да зна услове предвиђене законом за изрицање односне мере безбедности, али то мора да зна суд (*iura novit curiae*). Међутим, неразумљиво је како се суд, и поред тога што је вештак навео да нема озбиљне опасности понављања кривичног дела, усудио да прихвати „предлог" истог тог вештака и да изрекне меру безбедности обавезног лечења наркомана.

Иако вештачење заузима централно место у овом поступку, треба знати да оно није (или боље рећи не би требало да буде) једино доказно средство које суд користи приликом утврђивања услова за изрицање мера безбедности обавезног лечења наркомана/алкохоличара. У претходном излагању смо навели околностима о којима се вештак изјашњава. Међутим, из расположивих одлука смо уочили и да се вештаци у пракси веома често изјашњавају о услову озбиљне опасности даљег вршења кривичних дела. То је видљиво и из претходно наведене одлуке, али и из других одлука које смо консултовали обрађујући предмет овог рада.[38] Штавише, и у процесној литератури се могу наћи мишљења која подржавају такву праксу, сматрајући да је у компетенцији вештака да се изјасни о наведеном питању.[39] Но, присутна су и супротна становишта која, с пуним правом, критикују такво поступање, из разлога што се од вештака – лекара на тај начин стварају прави пресудитељи и егзекутори.[40] По

[38] Вид. на пример, пресуду Окружног суда у Новом Саду К-479/06 од 07. 02. 2007, у којој стоји: „Наиме, вештак ... индицира изрицање ове мере безбедности на основу закључка да су окривљени услед сталне употребе опојних дрога дошли у стање зависности од истих, као и да *постоји особита опасност да услед овакве зависности поново изврше неко кривично дело*"; или, пресуду Општинског суда у Новом Саду К-2275/07 од 12. 09. 2008, у којој се наводи: „Како је оптужени кривично дело извршио у стању битно смањене урачунљивости, а услед континуираног конзумирања алкохола и стечене зависности од употребе алкохола, *те да према прихваћеном налазу вештака постоји озбиљна опасност да оптужени услед ове зависности настави са вршењем кривичних дела*...". (ради се о непубликованим одлукама)

[39] Димитријевић, Д., Стефановић-Златић, М., Лазин, Ђ., *Кривично процесно право*, op. cit. стр. 333.

[40] Стефановић С., *Мере безбедности медицинског карактера*, Магистарски рад, Ниш, 2002, стр. 158. О проблематици утврђивања овог услова вид.: Дракић, Д., „Мере безбед-

нашем мишљењу да би суд био у прилици да утврди озбиљну опасност даљег вршења кривичних дела потребно је да претходно утврди низ околности које се односе на личност учиниоца и на учињено дело. За те потребе користиће се разним доказним средствима,[41] укључујући и вештачење. Вештак може пружити информације о степену зависности, могућности самосталног успостављања апстиненције, рецидиву у конзумирању, изгледима у лечењу и сл., које заједно са осталим чињеницама (на пример, запосленост, имовно стање, раније вршење кривичних дела и сл.) које се утврђују помоћу других доказних средстава чине „грађу" на основу које суд изводи закључак о постојању озбиљне опасности даљег вршења кривичних дела.

4. Мере безбедности из чл. 83 и 84 КЗ могу се изрећи одлукама у форми пресуде или решења. По правилу ће се радити о пресуди, а о решењу само у случају када је окривљеном изречена судска опомена (чл. 459–460 ЗКП), као и када су у питању малолетни учиниоци (евентуално и млађа пунолетна лица) којима је као основна кривична санкција изречена нека васпитна мера (чл. 39, 40, 41 и 78 ЗМ).

Из доступне судске праксе произлази да се у изреци првостепене одлуке мора навести: **а)** *Начин извршења предметних мера безбедности*. То је сасвим оправдано ако се има у виду да начин извршења истих зависи од кривичне санкције уз коју су оне изречене. У расположивој судској пракси наишли смо на случајеве у којима су првостепени судови уз казну затвора наркоманима/алкохоличарима изрицали мере безбедности обавезног лечења на слободи.[42] Такво поступање је у супротности са одредбама чл. 83 и чл. 84 КЗ, по којима се предметне мере безбедности, уколико су изречене уз казну затвора, извршавају у установи за извршење казне, односно у здравственој или другој специјализованој установи. Речено не значи и то да се у одлуци којом се предметне мере безбедности изричу треба навести и конкретна установа у којој ће се лечење спровести.[43] То није нужно, односно боље речено, то питање је

ности обавезног лечења наркомана и алкохоличара према новом Кривичном законику Србије", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1-2/2008, стр. 618.

[41] Слично: Стефановић С., *Мере безбедности медицинског карактера*, op. cit., стр. 158.

[42] С тим у вези, у одлуци Врховног суда Србије Кж I 1511/06 од 05.10.2006. године стоји: „Наиме, првостепени суд није могао према оптуженима изрећи наведену меру безбедности обавезног лечења наркомана на слободи будући да су осуђени на казне затвора, па би таква мера била неспроводива у време извршења казне затвора". Извор: Електронски пакет програм прописа и судске праксе „*Intermex*".

[43] Тако је било предвиђено и у начелном правном ставу са заједничке седнице Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 20. 04. 1982. године. Став гласи:

предмет поступка извршења ових кривичних санкција. Додуше, у пракси се могу срести случајеве да је у судским одлукама изричито одређена (конкретизована) установа у којој се односне мере безбедности имају извршити.[44] **б)** *Дужина трајања ових мере безбедности*. По становишту наше судске праксе, уколико је суд пропустио да у одлуци одреди дужину трајања мере безбедности онда је повредио кривични закон на штету окривљеног.[45] Међутим, то не значи да у одлуци треба унапред одредити време трајања ових мера безбедности. Ако се то учини онда и тада постоји повреда кривичног закона, јер се ради о мерама са релативно неодређеним трајањем.[46] Навођење дужине трајања значи то да у судској одлуци треба констатовати да изречена мера траје „док постоји потреба за лечењем" уз назначавање законског максимума трајања исте (три/две године) односно чињенице да ли мера може трајати дуже од изречене казне затвора (мера из чл. 83) или не (мера из чл. 84). **в)** *Да ће се време проведено у установи за лечење урачунати у казну затвора*, ако је нека од предметних мере безбедности изречена уз казну затвора, или ће се *окривљени упозорити да ће се*, у ситуацији када му је одређено лечење на слободи, *мера безбедности принудно извршити у одговарајућој здравственој или другој специјализованој установи* уколико се без оправданих разлога не подвргне лечењу или лечење самовољ-

---

„У одлуци којом се изриче мера безбедности обавезног лечења алкохоличара и наркомана из чл. 65 КЗ не одређује се у којој ће се врсти установе и у којој установи изречена мера безбедности извршити, уколико Законом о извршењу кривичних санкција није другачије одређено." Извор: Електронски пакет програм прописа и судске праксе „*Intertex*".

[44] На пример, тако је у пресудама Окружног суда у Новом Пазару К-67/07 од 19.12.2007. и К-81/07 од истог датума, којима је окривљеном (у оба случаја је реч о истом лицу) уз казну затвора изречена мера безбедности из чл. 83 КЗ, наведено да ће се предметне мере извршити у Здравственом центру у Новом Пазару. О томе вид.: Ђоровић, Е., „Мере безбедности обавезног лечења наркомана и обавезног лечења алкохоличара у судској пракси", op. cit., стр. 388. У овим случајевима је упитна могућност извршења изречених мера безбедности, јер у Здравственом центру у Новом Пазару у моменту изрицања мера безбедности из чл. 83 КЗ није постојало одељење за хоспитално лечење психијатријских болесника, укључујући и зависнике.

[45] Вид. на пример, пресуду Врховног суда Србије Кж I 2043/08 од 23. 09. 2008. и с тим у вези пресуду Окружног суда у Новом Пазару К-32/08 (ради се о непубликованим одлукама).

[46] Пресудом Окружног суда у Новом Саду К-795/06 од 22. 05. 2007. окривљеном је изречена казна затвора у трајању од девет месеци и уз њу мера безбедности из чл. 83 КЗ „у трајању од једне године". Врховни суд Србије је пресудом Кж I 1573/07 од 04. 09. 2007. преиначио наведену пресуду, тако што је изречену меру безбедности, између осталог, ускладио у погледу њеног трајања са одредбом чл. 83 КЗ, одредивши да ће иста трајати док постоји потреба за лечењем али не дуже од три године (ради се о непубликованим од-

но напусти. У супротном, радиће се о повреди кривичног закона на штету окривљеног.[47]

У писмено израђеној пресуди/решењу суд је дужан да посебно образложи разлоге којима се руководио када је нашао да треба изрећи неку од наведених мера безбедности (чл. 361 ст. 8 ЗКП). Пропуштањем те дужности доводи се у питање квалитет судске одлуке, јер се ради о одлуци без разлога, односно о одлуци која не садржи разлоге о одлучним чињеницама (чл. 368 ст. 1 тач. 8 ЗКП). На жалост, у пракси смо наилазили на случајеве где су првостепени судови „образлагали" своју одлуку о мери безбедности обичном реченицом да се она „темељи на одредби чл. 83 КЗ".[48] Но и поред тога што је овакво поступање противно напред наведеним одредбама ЗКП-а, приметно је да су у неким случајевима инстанциони судови олако прелазили преко учињених повреда, упркос томе што су на исте дужни да пазе *ex officio* (чл. 380 ст. 1 тач. 1 ЗКП) и што би оне по слову закона требало да воде укидању првостепене одлуке (чл. 389 ЗКП).[49]

лукама).

[47] Вид. пресуду Окружног суда у Новом Пазару К-84/06 од 24. 11. 2006, којом је окривљеном изречена условна осуда и уз њу мера безбедности „обавезног лечења на слободи" из чл. 65 ОКЗ. Поред тога што назив мере не одговара њеном законском називу, у одлуци није наведено ни потребно упозорење окривљеном, што је Врховни суд Србије пресудом Кж I 2579/06 од 21. 02. 2007. отклонио, тако што је првостепену пресуду у том делу преиначио и ускладио је са одредбом чл. 65 ОКЗ (ради се о непубликованим одлукама).

[48] Вид. на пример, пресуде Окружног суда у Новом Пазару К-84/06 од 24. 11. 2006., К-32/08 од 26. 05. 208. и К-36/ 08 од 08. 07. 2008. године (ради се о непубликованим одлукама).

[49] У пресуди Врховног суда Србије Кж I 2579/06 од 21. 02. 2007. године (првостепена пресуда Окружног суда у Новом Пазару К-84/06 – ближе наведена у фусноте бр. 48) се каже: „Међутим, и поред умесног истицања у жалби изрека побијане пресуде није неразумљива у мери која би представљала битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 368 ст. 1 тач. 11 ЗКП... Зато је Врховни суд уважавајући жалбу јавног тужиоца и по службеној дужности оцењујући да су испуњени услови за изрицање наведене мере безбедности преиначио побијану пресуду у свему према одредбама чл. 65 ОКЗ како је то наведено у изреци пресуде". Овакво образложење Врховног суда је, с једне стране, противуречно (јер се каже „и поред умесног истицања у жалби"), а с друге стране, неправилно и незаконито. Наиме, првостепени суд без икаквог образложења изриче меру безбедности (уз констатацију да се она „темељи на одредби чл. 83 КЗ"), а при том Врховни суд прелази преко те повреде и само констатује да је ценио услове за њено изрицање (у одлуци стоји: „оцењујући да су испуњени услови за изрицање наведене мере безбедности"). Из изнетог можемо закључити да је мера безбедности изречена, а да при томе првостепени и другостепени суд нису образложили разлоге којима су се руководили

IV

Из бројних примера из судске праксе смо увидели проблематику која се односи на поступак изрицања мера безбедности из чл. 83 и 84 КЗ. Као што смо навели у уводним редовима овог рада, проблеми су израз „скромне“ процесне регулативе овог поступка. Ипак, треба признати да је поменути разлог само формалне природе, а да *стварни узрок проблематике која се везује за изрицање наведених мера безбедности лежи у недовољном познавању, или недовољном обраћању пажње како на природу ових мера безбедности, тако и на природу мера безбедности уопште*. Јер, не треба очекивати да ЗКП садржи нека подробна процесна правила о изрицању појединих кривичних санкција. Услови за изрицање кривичних санкција се прописују материјално-правним одредбама, тако да процесне одредбе садрже нека општа правила процедуралне природе која су релевантна за изрицање свих кривичних санкција, као на пример одредбе о доказима од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције (чл. 327 ЗКП-а), о садржини осуђујуће пресуде (чл. 361 ст. 4 у вези чл. 356 ЗКП-а), о потреби образлагања појединих кривичних санкција (чл. 361 ст. 8 ЗКП-а) и сл., или евентуално нека процедурална правила која су иманентна појединим кривичним санкцијама, као што је то случај са мерама безбедности из чл. 83 и 84 КЗ, где је њихово изрицање условљено претходним вештачењем (чл. 511 ст. 1 ЗКП-а).

PROCEDURE OF PRONOUNCING SECURITY MEASURES OF COMPULSORY DRUG ADDICTION TREATMENT AND COMPULSORY ALCOHOL ADDICTIO TREATMENT

Summary

This text is about procedure of pronouncing security measures of compulsory drug addiction treatment from art. 83. and compulsory alcohol addiction treatment from art. 84. of Criminal Code of Republic Serbia. This procedure is incorporated in basic criminal law procedure and its major characteristic in light of art. 511. of Criminal Procedure Code is psyhiatric expertise. But, legal regulations of quoted procedure are not comprehensive. Due to that reason, we can find many different problems in the practice regarding this procedure.

UDK: 343.63(497.11)

Душан Радошевић
адвокат из Београда

ЧИЊЕНИЧНЕ ТВРДЊЕ, ВРЕДНОСНИ СУДОВИ И КЛЕВЕТА

Проблем чињеничне тврдње и клевете у кривичном праву поставио се још у време када је у историјском развоју клевете и увреде дошло до разликовања (разграничења) та два дела.

Према Живановићу[1] та дела, као самостална дела, почела су се разликовати од Фојербаха, односно од доношења првих законика у 19. веку. До тада се није правила појамна разлика између увреде и клевете.

Питањем чињеничног тврђења (истинитог или неистинитог) наше законодавство први пут почиње да се бави у време Кривичног законика за Кнежевину Србију из 1860 године.

Према чл. (параграфу) 210 тог законика кривично дело клевете чини онај ко за другог износи или проноси таква неистинита дела која овога излажу мржњи и презиру публике. Према чл. 211 истог законика, ако окривљени докаже да је био у извињавајућој заблуди, односно да је за истинито држао оно што је износио или проносио неће се казнити за клевету али се може казнити за увреду.

Према чл. 171 ст. 1 важећег Кривичног законика Србије, дело клевете чини онај ко за другог износи или проноси штогод неистинито, што може шкодити части и угледу, а према чл. 92 ст. 4 КЗ Србије (који је важио до ступања на снагу Кривичног законика из 2005) ако окривљени докаже истинитост свог тврђења, или ако докаже да је имао основаних разлога да поверује у истинитост свог тврђења, неће се казнити за клевету, али се може се казнити за увреду односно за омаловажавање пребацивањем за кривично дело.

---

[1] Тома Живановић: *О увреди и клевети*, Београд, 1927, стр. 119 (детаљније исти писац: *Основи кривичног права – посебни део*, Прва књига, Београд, 1933, стр. 112 и 113).

Из ових законских формулација логично произлази да се израз "штогод" очигледно поклапа са појмом чињенице(јер када би садржај израза „штогод", у неком конкретном случају, био истинит, радило би се о чињеници).

Осим тога, поред елемента истинитости, такође је видљиво да из тих законских одредби произлази да је чињеница само оно што се може доказивати и доказати.

Изрази „изношење" и „проношење", по логици ствари, говоре да се ради о изјавама које немају субјективни карактер, односно тенденцију неког оцењивања (а што је карактеристично за вредносне судове), већ се само износи или проноси радња догађаја, а препушта другоме стварање закључака у погледу вредности учиниоца, односно његовог дела.

Тако смо дошли до проблематике чињеница, односно чињеничних тврдњи и изношења мишљења односно вредносних судова. Централни део бића кривичног дела клевете је неистинита чињеница, односно неистинити исказ који се износи или проноси. Дакле, основа тог кривичног дела је одређено неистинито чињенично тврђење о некоме, о нечијем делу, радњи, што може шкодити части и угледу неког лица. С обзиром на наведено, може се рећи да смо на терену клевете само онда ако се ради о изјавама (исказима – инкриминацијама) које садрже чињенично тврђење. Ако се не ради о изношењу чињеничних тврдњи, него о изношењу неког мишљења, вредносног суда, онда не може бити речи о клевети, већ се може говорити о увреди, под одређеним условима предвиђеним законом. Међутим, садржаји изјава, по својој природи и контексту у којем су дате, могу бити тако сложени, вишеслојни и гранични да је веома тешко разлучити и оценити да ли се ради о чињеничним тврђењима или је реч о мишљењима односно вредносним судовима. Ово је нарочито видљиво када постоје тзв. мешовити искази који у себи садрже и елементе чињеничних тврдњи и елементе вредносних судова.

Проблеми везани за питање границе (разграничења) између чињеничних тврдњи и мишљења, вредносних судова, постоје одавно, како у теорији, тако и у пракси. За разграничење, односно оцену да ли се у неком конкретном случају ради о чињеничним или о вредносним судовима, намеће се као претходно питање утврђивања смисла изјаве-исказа. У вези с тим постоје три приступа.

Први би био онај смисао који се може приписати аутору, односно лицу које је изјаву и дало. Ту се смисао изјаве своди на интенцију изјављивача, па се тај смисао може назвати – субјективним смислом изјаве. *Другīи* смисао би се могао посматрати са становишта лица које је изјаву сазнало. И тај смисао би се могао назвати субјективним смислом изјаве.

Трећи смисао изјаве би био смисао који има јавност, друштво, друштвени миље у коме је изјава дата. Тај смисао је објективни смисао и обично се назива јавним мњењем.

Општеприхваћено становиште је да се смисао изјаве увек процењује објективно, а то је смисао који има друштво, публика, односно јавно мњење. Представник тог смисла је суд, као државни орган који доноси одлуку о томе да ли је неко учинио или није учинио кривично дело клевете или увреде[2].

Веома је важно да се у сваком конкретном случају правилно оцени садржина изјаве – инкриминације, да се утврди да ли се ради о чињеничним тврђењима или о мишљењу, односно вредносном суду. За то је увек потребна суптилна, филигрански прецизна и свестрана анализа инкриминације у склопу целине садржаја изјаве, у склопу инкриминисаног текста у целини (ако се, на пример, ради о некој штампаној ствари).

У теорији и пракси се често, у одређеним случајевима, постављало питање да ли се ради о чињеничном или о вредносном суду. Наводе се, на пример, следећи случајеви:

– Он је крао, он је лопов.

– Он је разбојник, недруштвен тип, наркоман.

– Он је анархиста, издајник, државни непријатељ, немачки шпијун.

– Он је лош човек, лажов, нерадник и неморалан човек.

– Његова фирма је у стечају, готов је.

– Знам га ја добро и тврдим да ће он раније или касније извршити убиство и робијати.

– Не причајте ми о врлинама ове жене; по њеним очима видим покварeност због које ће она сигурно варати свог мужа.

– Он је извршио силовање.

– Он је „топли брат“, хомосексуалац, виђа се у клубовима у којима се они скупљају, итд.

Наравно, садржина изјаве-исказа или инкриминације могу бити много сложеније, са великим бројем реченица, а понекад је то случај са исказима у некој књизи или другој штампаној ствари, па могу бити садржани на неколико страница. Такве изјаве-инкриминације, по правилу, садрже тзв. мешовите исказе, јер у својој структури имају и чињеничних тврђења и вредносних судова. У домаћој судској пракси имамо, на пример, случај писца Данила Киша коме је приватном тужбом било стављено на терет кривично дело клевете са великим бројем инкримина-ција (преко 50 реченица) изнетим у књизи *Час анатомије*, а које, према оптужби, представљају неистините и увредљиве чињеничне тврдње.

[2] Т. Живановић: Ibidem, стр. 34.

У том случају није било лако, у тако великом комплексу мешовитих исказа и навода у књизи, утврдити да ли се ради о чињеничним или о вредносним судовима, тј. да ли у текстовима тог Кишовог књижевног дела има елемената кривичног дела клевете или увреде, или нема ни једног, ни другог дела[3].

Појам чињенице

Пошто је за постојање клевете, поред осталог, потребно да је изнесено или пронесено одређено неистинито чињенично тврђење неопходно је да се јасно дефинише појам чињенице. Неспорно је да се под чињеницом, у првом реду, подразумевају дела, радње које је неко извршио. То је и логично када се има у виду да појам чињенице потиче од глагола чинити.

Пресудом Првог општинског суда у Београду К-1292 / 78 од 22. 3. 1979 (која је потврђена пресудом Окружног суда у Београду Кж – 2489 / 79 од 4. 6. 1980) Киш је ослобођен од оптужбе за кривично дело клевете, јер су и нижи и виши суд нашли да се у тој кривичној ствари, у суштини, ради о вредносним судовима и да нема ни кривичне, ни одговорности за увреду, јер је у свом књижевном делу иступао у одбрани свога права, при заштити оправданих интереса и у озбиљној критици, а из начина изражавања и других околности је утврђено да није имао намеру вређања.

Такође је општеприхваћено да је чињеница све оно што се може доказати (оно што јесте, што је било, а не и оно што ће бити, у будућности). У теорији постоје разна схватања о томе шта се подразумева под појмом чињенице. По Франку[4] чињенице су догађаји које је могуће углавном сагласно утврдити за све људе (или бар за већину људи) тј. такви догађаји чија се историјска истинитост може доказати. Неки аутори појам чињенице дефинишу тако што наводе шта се све сматра под тим појмом.

По Живановићу[5] појам чињенице обухвата:

– извршено дело (под којим се разумеју људске радње)

– особине (својства), било спољне или физичке (лице А нема прстију, или коса му је вештачка), било унутрашње и духовне (лице А је цигански порекла, он је копиле)

– болести (А је заражен том болешћу)

---

[3] Данило Киш: *Час анатомије* – Нолит, Београд, 1978.

[4] Ј. Шиловић-С. Франк: *Кривично право*, II посебни део, II свеска Загреб, 1936, стр. 67.

[5] Т. Живановић: Ibidem, стр. 43 и 44

– психичке појаве: мотиве (А је спасао дете, богатих родитеља, од дављења, а Ц тврди да је А то учино из користољубља), намере (А намерава да силује девојчицу), мишљење (А тврди да Б има мишљење да не треба да има обзира када је зарада у питању).

Све су то врсте чињеница, а све те чињеница уопште треба да су такве да се могу доказивати. Таховић[6] сматра да под чињеницом треба подразумевати:

– пре свега дела тј. људске радње (чињења или нечињења)

– особине или својства (спољашња или унутрашња, односно физичка или душевна)

– конкретне односе или стања, болести итд.

Слична схватања о појму чињеница има и већина других аутора (Атанацковић, Радовановић, Лазаревић, Шепаревић, Златарић)[7].

Према Водинелићу[8] чињеница је процес или стање, било спољне, било унутрашње свести; То су људске радње, појаве, догађаји, својства или стања који се могу сазнати чулима и утврдити, а што постоји сада или припада прошлости.

Укратко, чињеница је све оно што се може доказати.

С обзиром на сва наведена схватања појма чињенице и на елементе тог појма, могло би се закључити да је чињеница све оно што објективно постоји или је постојало и што се чулима може сазнати, регистровати и утврдити, тј. објективно доказати, за све људе сагласно (или бар за већину људи), а то су, у првом реду, дела тј. људске радње, затим особине – својства (било спољна, тј. физичка, било унутрашња, тј. духовна), конкретни односи или стања, болести, психичке појаве (мотиви, намере и сл.), ментална стања и све друго што се може доказивати и доказати.

У теорији је спорно да ли особине – својства, у неким случајевима, могу бити предмет клевете. На пример, када се за неког износи да је хомосексуалац, да је неспособан за одређени посао, преварант. По Франку[9], изјава да је неко импотентан није чињеница, али је чињеница обољење на пенису.

---

[6] Јанко Таховић: Коментар кривичног законика (друго издање), Београд, стр. 304.

[7] Љ. Лазаревић: Кривично право (посебни део), Београд, стр. 263. Д. Атанацковић: Кривично право (посебни део), Београд 1985, стр. 235; М. Радовановић-М. Ђорђевић: Кривично право (посебни део) Београд, стр. 138; З. Шепаровић – Ф. Бачић: Кривично право (посебни део) Загреб, стр. 184; В. Златарић: Кривични законик у практичној примени (II свеска), Загреб, стр. 156–157.

[8] В. Водинелић: Исправка, одговор и допуна информација, Наша законитост, Загреб, стр. 68.

[9] Види Живановић: Ibidem, стр. 44.

Лазаревић[10] сматра да су изјаве – лењ, неспособан, преварант и сл. искључиво мишљења, вредносни суд и не могу представљати радњу клевете, осим у случајевима када у контексту са осталим околностима указују на одређено физичко или психичко стање другог лица (када су, на пример, тврдње да је је неко агресиван, опасан по околину, неурастеник и сл. управљене на то да се неко одређено лице прикаже као душевно поремећена особа).

И Златарић[11] истиче да је изјава о својству по правилу суд о вредности, уколико није праћена тврдњом догађаја или стања из којег произлази несумњиви закључак да се ради о тврдњи да постоји одређено својство. На пример, ако би се за неког само казало да је наркоман, радило би се о вредносном суду. Чињенична тврдња би била ако би се тај израз проширио додавањем речи – „стално се вија у парку, где се скупљају наркоси". Другим речима, да би истицање својства била радња клевете изјава мора да садржи и неки чињенични додатак, неку околност (супстанцу) која заједно са својством чини једну логичну целину. Исто тако, када се говори о чињеницама треба имати у виду проблематику која се односи на тзв. унутрашње и будуће чињенице. Према Водинелићу[12] данас је општеприхваћено да се унутрашње чињенице, иако оне нису опазиве као спољашње чињенице, (психичка стања и процеси, мотиви, намере, психичка својства и карактерне особине) морају сматрати чињеницама. Те тзв. унутрашње чињенице постају чињенице, код дела клевете, када су доведене у везу са спољним чињеницама, тј. када су доказиве преко њих, макар и посредно. (На пример, исказ да је А кукавица, јер је одређеног дана побегао испред малог пса).

Такође, Атанацковић[13] сматра да субјективни доживљаји који се одигравају у неком лицу (мисли, осећања, страх и сл.) могу бити чињенице које се износе или проносе од стране других лица (унутрашње чињенице) само ако су на неки начин манифестоване у спољном свету. И Живановић[14] сматра да изношење или проношење намере може бити клевета, а то ће бити онда када се приписују делу-радњи одређеног лица. (А је спасао од дављења дете извесног богаташа, а Б тврди да је А то учинио из користољубиве намере).

[10] Лазаревић: Ibidem, стр. 263

[11] Златарић: Ibidem, стр. 156

[12] Водинелић: Ibidem, стр. 73

[13] Атанацковић: Ibidem, стр 235

[14] Живановић: Ibidem, стр. 43

Иако по дефиницији чињенице могу бити људске радње, догађаји и све оно што објективно постоји или је постојало, и што се може доказати (а не и оно што ће бити у будућности) у теорији се сматра да и тзв. будуће чињенице, под одређеним условима, у неким случајевима, могу бити чињеничне тврдње. Тако Водинелић[15] наводи да се у форми исказа о „будућој чињеници" некада крије у ствари исказ о (садашњој) чињеници.

На пример, када се тврди да ће против X бити покренут кривични поступак, садржано је у тој тврдњи и то да сада постоје одређене чињенице које оправдавају таква предвиђања. Исто тако, у тврдњи да ће над одређеним предузећем бити отворен стечај, уједно садржи и тврђење да је то предузеће у лошем финансијском положају. Или, на пример, случај када се истиче да ће један функционер дати оставку на свој положај, присутан је истовремено и исказ о садашњој чињеници, јер та намера (садашња унутрашња чињеница) која му се приписује јесте нешто што већ сада постоји или не постоји и доказива је на начин како се утврђују унутрашње чињенице. Значи, ако исказ о будућој чињеници имплицира, односно садржи и тврдњу о одређеној садашњој чињеници, онда може бити речи о чињеничном исказу.

Појам мишљења – вредносног суда

Није спорно да вредносни судови не могу представљати радњу извршења код клевете. Тако, на пример, изјаве да је неко лопов, преварант, нестручан, наркоман, неморалан и сл. не представљају чињеничне исказе. То су вредносни судови.

За разлику од од чињеница, садржај о вредности није нешто објективно што постоји (или је постојало) и што је доказиво, већ постоји само у свести, представи субјекта који износи суд, односно уопштену субјективну оцену, став, односно мишљење о другом лицу или о његовој делатности (о чему иначе могу да постоје различита схватања и мишљења). Стога, утврђивање истинитости, односно неистинитости садржаја такве изјаве објективно и по логици ствари није могуће. За разлику од чињеница, вредносни суд – мишљење дефинише се као резултат мисаоног процеса и представља лични став према одређеном питању. Мишљење, односно вредносни суд, исказује лично, субјективно схватање. Оно представља оцењивање неког догађаја или стања на основу мерила које је субјективно, јер га бира сам субјект оцењивана и зато, за разлику од

[15] Водинелић: Ibidem, стр. 74.

[16] Водинелић: Ibidem, стр. 69.

чињеничног исказа, није доказиво[16]. Због тога вредносни суд (мишљење) може бити правилан или неправилан, исправан или неисправан, а не може бити истинит или неистинит. Вредносни суд, дакле, не настаје у стварности, него у мисаоном процесу и изражава мишљење које подлеже оцењивању да ли је исправан или није, али не и доказивању истинитости. Ако се ради о нечијем вредносном суду да је, на пример, нека позоришна представа добра, то је само његова оцена (или неке групе људи). За друго лице или за једну групу људи, међутим, та представа, из неких разлога, није добра. То је ствар укуса – а одавно је речено да се о укусима не расправља.

Мешовити искази

Све изјаве–исказе, с обзиром на своју природу, можемо поделити на три врсте:

1. Чињеничне исказе
2. Чисто вредносне исказе
3. Мешовите исказе (оне које садрже и чињеничне и вредносне исказе)

У претходном излагању видели смо да само прва врста исказа може бити релевантна код клевете. Ово због тога што само чињенични исказ може бити предмет изношења или проношења нечег неистинитог, што може шкодити части и угледу неког лица, јер се истинитост, односно неистинитост таквог исказа може објективно доказати. Друга врста изјаве–исказа (чисто вредносни суд) по својој природи, као што је већ напред речено, не може представљати радњу извршења код клевете, јер је за постојање дела клевете потребно да се ради о неистинитим чињеничним тврђењима. Чист вредносни исказ, односно „голо мишљење" постоји онда када је без чињеничног супстрата (без супстанце). То су генерализоване, уопштене, безличне констатације као, на пример, када се само каже да је одређено лице лопов, разбојник, лажов, немачки шпијун, наркоман и сл. Код таквих изјава–исказа трећа лица не могу знати на чему изјављивач заснива ове своје „тврдње".

С друге стране, по логици ствари, такви искази могу представљати изражавање одбојност, говор мржње према неком лицу, а не жељу за изношењем неистина. О тврђењу чињеница радиће се само у случају ако одређене околности очигледно указују да је изјављивач хтео да својом изјавом износи чињенице. На пример, када се каже „он је наркоман, стално се вија у друштву наркомана у том парку" или „он је покварен човек, лажов и преварант, преварио је тројицу" (у овом случају имамо вред-

носни суд – лажов и преварант, са супстанцом – преварио је тројицу). У пракси су, међутим, ретки случајеви да одређена изјава–исказ садржи само чињенична тврђења или само чисто вредносни суд–мишљење. По правилу сваки вредносни суд садржи и исказ о чињеници, јер се, по природи ствари, не може давати неко мишљење или оцена о нечему ако, пре тога, о томе није било речи. Исто тако, по правилу, нема ни чистог, голог изношења чињеница без вредновања, јер сваки чињенични исказ намеће и вредносни суд. Правилно се у теорији и литератури наводи став да се увек, и без намере да се искаже мишљење, односно оцена о неком питању, то ипак чини.

Наиме, избором форме у којој се чињеница износи или проноси (саопштава), начином како се то чини (на пример, бојом и модулацијом гласа, гестикулацијом, мимиком, типом слова, графичком опремом и сл.), избором времена, места и ситуације саопштавања, тиме ко их износи и, најзад, и поред просто саопштавања – изношења чињеница, даје се и вредносни исказ–вредновање, односно износи се и конкретан став о изнетим чињеницама[17]. Дакле, код мешовитих исказа карактеристична је њихова структура. Ти искази садрже два елемента – чињенични и вредносни.

Такође, код тих исказа, у већини случајева, нема чврсте, јасне границе између та два елемента (чињеничног и вредносног). Негде је веће тежиште на једном, а негде на другом елементу. Осим тога, приликом утврђивања да ли се у неком инкриминисаном тексту или вербалној изјави ради о чињеничном или о вредносном исказу, или о једном и другом, проблем додатно отежава честа појава да је чињенични исказ дат у камуфлираном облику, у форми вредносног суда и обрнуто, вредносни у форми чињеничног суда. Ту спадају и разне инсинуације, односно клеветничке алузије којима се на посредан начин некоме нешто жели да подметне или подвали и тиме га омаловажи.

У пракси чињенично тврђење се често протура у форми вредносног суда када се, на пример, у неким закључцима – рефератима дефинишу опште оцене о некој проблематици, у оквиру којих се обједињује низ чињеница. Чињенице и вредносни судови у неким случајевима могу бити тако испреплетени да просто није могуће издиференцирати, односно идентификовати целину чињеничног исказа од вредносних судова и закључака, јер су оба ова елемента повезана и чине одређени целовити конгломерат. У таквим ситуацијама, ако и постоји одређено чињенично тврђење, није јасно где оно почиње и где се завршава. У кривичним пред-

[17] Водинелић: Ibidem, стр. 72.

метима окривљенима се у овим ситуацијама редовно оптужбама ставља на терет извршење кривичног дела клевете. У оваквим случајевима суд има веома деликатан и тежак задатак да утврди да ли се у овим вишеслојним мешовитим исказима (инкриминацијама дела клевете) ради о изношењу или проношењу чињеничних исказа или се ради о вредносним судовима.

Ако суд нађе да се (у суштини) ради о вредносним судовима онда не може бити речи о клевети, већ једино о увреди, ако се ради о увредљивим исказима, а не постоје услови за искључење противправности дела. У пракси постоје веома сложени случајеви, посебно код тзв. мешовитих исказа. Има доста предмета у којима су у судови „лутали". Такав је, на пример, и познати случај из аустријске судске праксе. Реч је о бечком новинару Лингесу кога су аустријски судови осудили на новчану казну, због кривичног дела клевете путем штампе. И првостепени и другостепени суд (који су по два пута разматрали тај случај) утврдили су да је овај новинар, у бечком часопису „Профил", објавио два чланка који су, наводно, садржавали неистините и увредљиве чињеничне тврдње којима су се нападали част и углед аустријског канцелара Бруна Крајског. Радило се, наиме, о томе да је канцелар Крајски најавио улазак у коалицију са партијом коју предводи личност с нацистичком прошлошћу и на систематске напоре Крајског да обезбеди политички опстанак нациста. Новинар Лингес је у својим чланцима, у суштини, изнео своју критику о понашању канцелара и то понашање описао и оценио као „неморално", недолично" и као нешто чиме се манифестује „најнижи опортунизам". Европски суд за људска права је у овој правној ствари нашао да се у чланцима новинара Лингеса не ради о чињеничним тврђењима, већ о да се ради о изношењу вредносних судова, о критичким мишљењима и ставовима који не подлежу доказивању истинитости, те да стога не може бити речи о клевети, а такође, да у том случају нема ни увреде, јер је новинар у вршењу свог новинарског позива поступао у доброј намери.[18]

У нашој судској пракси, такође, има сличних случајева, у којима је било спорно да ли се ради о чињеничним или о вредносним исказима. Један од тих примера је и случај једног написа у штампи о новим српским богаташима.

Новинарка ВК је осуђена због кривичног дела клевете путем штампе из чл. 92 ст. 2 КЗ Србије, на казну затвора од три месеца, условно на три године, зато што се: „у НИН-у, као писац прилога под насловом „Бо-

[18] М. Маковеи: Слобода изражавања, Водич за примену чл. 10 Европске конвенције о људским правима (друго издање), Савет Европе, стр. 85.

ја новца“, на основу својих и туђих мишљења изјашњавала о томе како су грађани у нашој земљи постајали богаташи, а наиме, да се код нас људи махом богате кроз нелегалне трансакције и криминалне радње, да се ради о ординарној пљачки, а да цену богаћења појединаца плаћа становништво масовним осиромашењем, да се многа имена изговарају у пола гласа, са страхом, што говори, не само о томе да може бити речи о нелегално стеченој имовини, већ и о људима склоним насиљу и недобронамерној манифестацији своје моћи. А у списак означених богаташа уврстила је и приватног тужиоца ММ, који се налази на одговорној функцији...“ Другостепени суд је потврдио првостепену пресуду[19]. У овом случају, за суд је, пре свега, било главно питање да ли се у наведеним инкриминацијама ради о чињеничним или о вредносним исказима. Судови су у својим пресудама утврдили да се ради о неистинитим и увредљивим чињеничним тврдњама којима се шкоди части и угледу приватног тужиоца. Међутим, чини се да су и нижи и виши суд погрешили у оцени природе садржаја изјаве окривљене, односно њених навода, па самим тим и у погледу правне квалификације инкриминације која јој је стављена на терет. Из самог описа дела и контекста у коме су у изреци пресуде дате, по логици ствари, произлази да се не ради о чињеничним исказима, већ да се ради о изношењу вредносних судова, о мишљењу, субјективним оценама односно „о туђим и својим мишљењима“ како се то у самој изреци пресуде наводи.

Када се каже „да се многа имена тих људи изговарају у пола гласа и са страхом, што говори не само о томе да може бити речи о нелегално стеченој имовини, већ и о људима склоним насиљу и недобронамерној манифестацији моћи“, онда, по логици ствари, то значи да се на тај начин изражава сумња у то да је имовина стечена легалним путем, а изражавање сумње у нешто не може представљати чињеничну тврдњу.

Дакле, садржина инкриминације о којој је реч је у ствари изражавање одређене сумње да се може радити о нелегално стеченој имовини (тј. да може, а и не мора бити речи о имовини стеченој на такав начин), а када се сумња, то значи да се не тврди.

Наведени примери показују да је приликом решавања кривичних ствари које се односе на клевету и увреду (а нарочито оних путем штампе или других средстава јавног информисања), потребно да се добро познају не само законски прописи и одговарајући правни институти из те области него и да се позитивно право и судска пракса повезују са ставо-

[19] Пресуда Првог општинског суда у Београду К – 623 / 94 од 25. 11. 1994; Пресуда Окружног суда у Београду Кж-650 / 95 од 10. 5. 1995.

вима теорије, о којој је напред било речи. Мала грешка приликом оцене да се у одређеној инкриминацији ради, на пример, о вредносном суду, а не о чињеничној тврдњи, може довести до погрешне судске одлуке, тј. до ослобађајуће пресуде. У том случају окривљени не може одговарати за клевету, а инкриминације, поред моралне, а у неким случајевима и материјалне штете, могу бити тако тешке да често значе и моралну смрт за оштећеног и чланова његове породице (нарочито ако се ради о тзв. јавним клеветама путем медија).

Због опасности и могућности тешких последица по жртву – оштећеног, стари руски криминалиста и правни писац Спасович је такве клевете окарактерисао као „паљевину туђе части".

Исто тако, због грешке у закључку да се ради о чињеничној тврдњи, а не о вредносном суду, може доћи до осуђујуће пресуде за клевету (као у поменутом случају новинарке НИН-а), а што поред штете коју трпи аутор написа, свакако негативно утиче на развој слободе изражавања и потребу јавног информисања у демократском друштву.

Разграничење чињеничних исказа од вредносних судова

Теорија и пракса искристалисали су нека оријентациона правила о томе како би требало поступити у одређеним случајевима, приликом решавања питања разграничења чињеничних од вредносних исказа, код компликованих мешовитих исказа:

1. Код мешовитих исказа неопходно је, пре свега, имати у виду каква је узајамна веза између чињеничног и вредносног дела исказа. Ако објективно тумачена изјава–исказ садржи индивидуално ограничене појединe догађаје, који се могу контролисати у погледу њихове истинитости (односно доказивати и доказати углавном за све људе сагласно), ради се о чињеничном тврђењу. Када се закључивање не заснива на појединим догађајима, када је низ закључака тако опсежан и сложен да се одређени појединi догађаји не приказују више као основ изјаве радиће се о вредносним судовима [20].

2. Код мешовитих исказа код којих доминира део о критичком ставу одлучује тај део који даје основни карактер целини исказа. Исто тако, ако су извесне чињенице тако пригушене, кроз садржану критичке оцене, тако да имају само објашњавајуће или илуструјуће значење према целини исказа–изјаве (односно према целини неког инкриминисаног текста), онда се проблем решава тако што се узима да се ради о изноше-

[20] Види детаљније Ј. Шиловић – С.Франк: Ibidem, стр. 67.

[21] Крамарић: Ibidem, стр. 254.

њу мишљења – вредносног суда[21].

3. Када се ради о исказима са великим комплексом навода, у којима је тешко или немогуће раздвојити чињеничне од вредносних исказа, треба утврдити шта је у изјави– исказу (информацији, инкриминацији) тежишно, где је језгро изјаве (у чињеничном или вредносном делу), па ако је тежиште на чињеничном, читав комплекс би требало третирати као чињенични исказ[22].

4. Најзад, када је реч о тзв. граничним случајевима, када постоји сумња да ли се ради о чињеничним или о вредносним судовима, требало би применити опште правило „in dubio pro reo“ тј. правило по коме одлука треба да буде у корист окривљеног, односно заузети став који је блажи за окривљеног, о чијем исказу–изјави се ради.

То значи да би у случају сумње садржину спорног исказа–изјаве требало третирати као вредносни суд, јер би у том случају одлука била блажа за окривљеног, будући да би блажа правна квалификација дела тада била евентуално увреда, а не клевета (уколико не би постојале неке околности које би искључивале противправност и дела увреде).

Ово правило би требало примењивати у граничним случајевима, односно увек када постоји поменута дилема, иако је у теорији, а и у пракси, споран обим његове примене. (Боље је сто кривих ослободити него једног невиног осудити).

У прилог овог става иде и нова одредба у чл. 18 Законика о кривичном поступку по којој у случају, „када постоји сумња у погледу одлучних чињеница које чине обележје кривичног дела или од којих зависи примена неке друге одредбе Кривичног законика, суд ће у пресуди или решењу које одговара пресуди одлучити у корист окривљеног“. (ст. 3. чл. 18 ЗКП).

[22] Водинелић: Ibidem, стр. 77.

UDK: 342.726:343.261-052(497.11)

Лука Бренеселовић
Београд

КАЛОРИЈЕ И КИЛОКАЛОРИЈЕ – КРАТКА НАПОМЕНА ЗАКОНОДАВЦУ

Наша земља обавезана је не само да не потхрањује затворенике већ и да их храни како треба.

Потхрана затвореника (осуђеника, притвореника, заробљеника) неспојива је са људским достојанством, а њега експлицитно и безрезервно штити наш Устав: „Људско достојанство је неприкосновено и сви су дужни да га поштују и штите“ (чл. 23). Брига о људском достојанству лица лишених слободе је дакле уставна, а и међународна обавеза[1] нашег законодавца, а оно би било повређено када исхрана у заводима не би у погледу *састава и количине* задовољавала елементарне људске потребе односно омогућила развој младих људи (в. чл. 128 2 ЗМ) и спречила обољење или настанак предуслова за одређену болест или какву другу дисфункцију код телесно стасалих (в. чл. 70 I ЗИКС 2005).

У нашим законима већ скоро 25 година провлачи се једна очита омашка због које су они формално неспојиви са поменутим домаћим и међународним актима. Важећи закон о извршењу кривичних санкција из 2005. године[2] предвиђа да лицима лишеним слободе мора бити обезбеђено „најмање три оброка дневно“ укупне енергетске вредности од најмање „12500 џула“ (чл. 70). ЗМ[3] помиње 14600 џула (чл. 128). То је отприлике енергетска вредност једне камене бомбоне.

---

[1] Чл. 10 Међународног пакта о грађанским и политичким правима – Сл. лист ФНРЈ 7/1971; чл. 3 ЕКЉП (из праксе: *Кади ис/Летонија,* пресуда од 4. 5. 2006. – 62393/00, т. 55; *Циорай/Молдавија*, пресуда од 19. 6. 2007. – 12066/02, т. 70); из арсенала благог (меког) права: т. 20 Стандардних минималних правила УН о поступању са затвореницима (1955/1957); т. 25 Европских правила о затварању (1987); т. 22 нових Европских правила о затварању (2006).

[2] Сл. гласник 85/2005 (наведена је првообјава, ако другачије није назначено).

[3] Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица – Сл. гласник 85/2005.

У одредбама о исхрани у савезном Закону о извршењу казни из 1948. године (чл. 37)[4], те пропратном Општем упутству о кућном реду у казнено-поправним установама (чл. 20–23)[5] и Правилнику о кућном реду у поправним домовима за осуђене малолетнике (чл. 19–22)[6], а касније у Закону о извршењу казни, мера безбедности и васпитно-поправних мера (ЗИКС) из 1951. године (чл. 37)[7], те пропратном Правилнику о кућном реду у казнено-поправним домовима и затворима (чл. 29–33)[8] и Правилнику о казнено-поправним домовима за малолетнике (чл. 26–29)[9] није назначена минимална енергетска вредност дневних оброка. Ни Закон о извршивању казни лишења слободе Краљевине Југославије од 16. фебруара 1929. године (§ 39) не помиње минималну енергетску вредност оброка. Но то никад није значило да су осуђена лица препуштена самовољи затворске (заводске) кухиње.

И у Краљевини Југославији и после Рата надлежни министар је доносио јеловнике/таблице „за поједина јела на дан и главу“ (§ 39 III ЗИК 1929). Док је у Краљевини Југославији министру закон налагао да „у храни треба да су такви и толики састојци колики су према резултатима науке и искуства потребни за одржавање здравља и радне снаге средњег радника“ (§ 39 I) „имајући при том нарочито на уму потребну промену хране“ (§ 39 III), послератни министри су у састављању „таблица“ били слободни. Штавише из инсистирања на томе да ће таблице прописати „министар унутрашњих послова ФНРЈ у споразуму с министром трговине и снабдевања ФНРЈ“ (чл. 37 III ЗИК 1948; чл. 37 III ЗИКС 1951), те упорном наглашавању права осуђених да „допуне“ исхрану у циљу њеног „побољшања“[10] на дохват руке је да рани законодавац социјалистичке Југославије, у условима послератне беде, свесно није предвидео квантитативно и квалитативно адекватну исхрану за осуђена лица као

[4] Сл. лист ФНРЈ 92/1948.

[5] Сл. лист ФНРЈ 10/1950.

[6] Сл. лист ФНРЈ 10/1950.

[7] Сл. лист ФНРЈ 47/1951.

[8] Сл. лист ФНРЈ 57/1952.

[9] Сл. лист ФНРЈ 57/1952.

[10] „У циљу побољшања исхране осуђени могу из својих новчаних средстава набављати воће, сир, конзерве, саламу, сланину, рибу, шећер и друге сличне предмете исхране“ (чл. 23 I Општег упутства о кућном реду у казнено-поправним установама 1950); „У циљу побољшања исхране осуђени малолетници могу из својих новчаних средстава набављати разне предмете исхране“ (чл. 22 I Правилника о кућном реду у поправним домовима за осуђене малолетнике, 1950). Иначе је упућивање затвореника на „затворске продавнице“ (и родбинске пакете) врло уобичајено у сиромашним земљама.

загарантовани стандард. И у Краљевини Југославији, у којој је исхрани затвореника приступано одговорно и „научно“, основна затворска намирница је била – хлеб (уп. § 39 И ЗИК 1929).

Први пут[11] минимална енергетска вредност оброка у нашем праву прописана је – као конкретизација правила да се осуђенима „осигурава исхрана довољна за одржавање здравља и пуне телесне способности“[12] из чл. 44 новог југословенског Закона о извршењу кривичних санкција из 1961. године[13] – у Правилнику о извршењу казни лишења слободе од 26. јула 1961. године[14], којим је било предвиђено да „осуђени добијају дневно најмање три оброка хране, која мора бити доброг квалитета, разноврсна, добро припремљена и треба да износи најмање 2500 калорија“ (чл. 39 I), те да „калорична вредност свих дневних оброка хране у казнено-поправном дому за малолетнике не може бити мања од 3000 калорија“ (чл. 88).

У законски текст нумеричка назнака минималне енергетска вредност дневних оброка унета је први пут Законом о изменама и допунама ЗИКС-а 1961 из 1968. године[15]. Том приликом назначено је да: „Калорична вредност дневних оброка исхране у казнено-поправним дому за малолетнике не може бити мања од 3000 калорија“. Општу назнаку минималне вредности оброка први је садржао републички Закону о извршењу кривичних санкција у казнено-поправним и васпитно-поправним установама из 1968. године[16], који је донет као пропратни закон уз савезни ЗИКС из 1961. (*в.* 1964): „Осуђеним лицима обезбеђују се три оброка дневно од најмање 2500 калорија, према таблицама које утврђује Републички секретаријат за правосуђе и општу управу“ (чл. 19 закона СРС). У републичком закону-сукцесору – Закону о извршењу казни лишења слободе и мера безбедности из 1970. године[17], који је донет као пропратни закон уз последњу верзију савезног ЗИКС-а из 1961. године (*в.* 1970), садржан је и општи режим и режим за малолетнике: „Осуђеним лицима обезбеђују се три оброка дневно од најмање 2500 калорија, а ма-

[11] Уп. сада т. 22.2 Европских правила о затварању из 2006. године: држава треба да пропише минималан енергетски и протеински садржај оброка.

[12] Усклађено са т. 20 Стандардних минималних правила УН о поступању са затвореницима (1955/1957).

[13] Сл. лист ФНРЈ 24/1961 (пречишћене верзије: Сл. лист ФНРЈ 9/64 и 3/1970).

[14] Сл. лист ФНРЈ 29/1961.

[15] Сл. лист ФНРЈ 15/1968 (чл. 55 Закона о изменама и допунама – чл. 83 ЗИКС верзија 1964 = чл. 94 верзија 1970).

[16] Сл. гласник СРС 1/1969.

[17] Сл. гласник СРС 39/70.

лолетницима који издржавају казну малолетничког затвора храна од најмање 3000 калорија“ (чл. 58).

Наредни ЗИКС из 1977. године[18], донет у условима ексклузивне републичке надлежности за уређење материје извршења, садржи назнаку минималне енергетске вредности из ранијег савезног ЗИКС-а и пропратних републичких закона, с тим што она више не износи 2500, већ 3000 калорија (чл. 104), за малолетнике 3500 (чл. 30). Како је почев од 1960. године као међународна стандардна јединица за енергетску вредност наметан *џул* (J), Законом о изменама и допунама ЗИКС-а из 1984. године[19] стара назнака у калоријама замењена је назнаком у џулима, и то: 12500 џула уместо 3000 калорија (чл. 24), односно 14600 џула уместо 3500 калорија за малолетнике (чл. 30). Тако означена минимална енергетска вредност (12500/14600 џула) задржана је и у наредном ЗИКС-у из 1997. године (чл. 67, 257 II)[20], као и у важећем ЗИКС-у из 2005. године (чл. 70)[21]. Минимална енергетска вредност оброка за малолетнике данас је прописана у чл. 128 ЗМ, као и пропратним правилницима: чл. 19 II Правилника о кућном реду васпитно-поправног дома[22]; чл. 60 II Правилника о кућном реду казнено-поправног завода за малолетнике[23].

Приликом прерачунавања калорија у џуле 1984. године дошло је до грешке. Постоје две мерне јединице које се називају калоријама – такозване *мале калорије* („грамкалорије“) и такозване *велике калорије* („килокалорије“). Када се у науци помињу калорије, обично се мисли на мале калорије; када се у гастрономији и свакодневном говору помиње да 100 грама чоколаде има око 500 „калорија“, а за неке производе у рекламним слоганима наглашава да имају само две „калорије“, реч је увек о великим калоријама, односно – ако се израз калорија резервише само за мале калорије – о *кило*калоријама (kcal). У том смислу израз калорија користили су и наши ранији прописи који су регулисали материју извршења. Називом „џул“ пак, увек се означава хиљадити део килоџула. Због тога 3000 калорија које помиње ЗИКС из 1977. године у првобитној верзији може се прерачунати само као са. 12500 *кило*џула (kJ).[24]

Према томе, у важећем ЗИКС-у и у његовим претходницима (од 1984. године) реч није о 12500 џула, како стоји у законском тексту, већ

[18] Сл. гласник СРС 26/1977.

[19] Сл. гласник СРС 50/1984.

[20] Сл. гласник 16/1997.

[21] Уп. и чл. 40–45 Правилника о кућном реду у казнено-поправним заводима и окружним затворима – Сл. гласник 27/2006.

[22] Сл. гласник 71/2006.

[23] Сл. гласник 71/2006.

[24] 1 kcal (велика калорија) = 1000 cal = 4186, 8 J = 4,1868 kJ.

12500 килоцула. 12500 цула је енергетска вредност једног зрна грожђа или већ поменуте бомбонице. Тако малу енергетску вредност оброка законодавац сигурно није, приликом формулисања прописа, имао на уму. Таква одредба била би можда чак и духовита, али свакако некомпатибилна са надзаконским гарантима и предправним резонима.

Након 25 година и три ЗИКС-а, ред би био да се осуђеним лицима и формално загарантује мало јача исхрана, иако нема сумње да је реч о очитој омашци која се без даљњег треба исправити приликом сваке примене прописа. До измена закона, не само код нас, већ и још неким бившим југословенским републикама[25], важи: у прописима који говоре о енергетској вредности оброка за лица лишена слободе изражавајући је у неколико хиљада цула, реч је о *кило*цулима.

Колико су подзаконске одредбе, да се осуђенима и малолетницима свеже воће и поврће обезбеђује „најмање два пута недељно“[26], спојиве са међународним стандардима и нашим законским гаранцијама према којима „осуђени има право на исхрану подобну да одржи његово добро здравље и снагу“ (чл. 70 I ЗИКС), „малолетник… (има право) на исхрану која… ће га одржати у добром здрављу и снази и омогућити добар психофизички развој“ (чл. 178 ЗМ) остаје упитно. Није то први пут да постоји велика воља законодавца и знатно мања воља министра и живота. Тачно је додуше да и одрасли осуђеници и малолетници имају право да пазаре намирнице у „заводској продавници“[27], односно „кантини“[28], али Европски суд за људска права – исправно – сматра да држава има обавезу да (бесплатно) обезбеђује лицима лишеним слободе садржајно и количински адекватну исхрану.[29]

Читаоца готово безрезервно упућујем на изванредно леп прилог *Thomsa* о прехрани у затворима, објављен у једном нарочитом зборнику из 2002. године који је посвећен посебним режимима исхране: Eingeschlossen/Ausgeschlossen. Die Ernährung in Gefängnissen vom 18. bis 20. Jahrhundert, in: Spiekermann (pr.), Ernährung in Grenzsituationen, 45.

---

[25] Чл. 59 II ЗИКС БиХ (2005); чл. 118 I Закона о кривичним и прекршајним санкцијама Републике Српске (2001); чл. 112 I ЗИКС Македоније (2006).

[26] Чл. 40 Правилника о кућном реду у казнено-поправним заводима и окружним затворима (2006); чл. 60 Правилника о кућном реду казнено-поправног завода за малолетнике (2006).

[27] чл. 45 Правилника о кућном реду у казнено-поправним заводима и окружним затворима (2006).

[28] чл. 21 Правилника о кућном реду васпитно-поправног дома (2006).

[29] V. *Starokadomskiy/Pycuja*, пресуда од 31. 7. 2008. – 42239/02 (неправоснажно), т. 58.

САЖЕТАК

У Краљевини Југославији садржај затвореничке исхране одређивале су „таблице“ које је доносио надлежни министар. Први пут минимална енергетска вредност дневних оброка затвореника у нашем праву одређена је 1961. године када је износила 2500 калорија. Од 1984. године законодавац енергетску вредност не назначава више у калоријама већ у џулима. Но приликом прерачунавања дошло је до грешке, тако да је *формално узев* сваком затворенику данас загарантована исхрана не јача од једног зрна грожђа дневно.

Кључне речи: извршење (кривично право) – исхрана затвореника – пенална историја – европска правила о затварању

ZUSAMMENFASSUNG

Es entspricht schon einer verfestigten Gewohnheit in Serbien, die Ernährung in Gefängnissen gesetzlich näher zu bestimmen. Diese wurde ansatzweise schon vor dem Zweiten Weltkrieg gesetzlich geregelt. Die Mahlzeiten mussten nach dem „wissenschaftlichem Erkenntiss und Erfahrung“ für „die Erhaltung der Gesundheit und der Arbeitskraft eines Durchschnittsarbeiters ausreichen“. Unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg wurde die Ernährung in Gefägnissen mehr als nationalökonomisches als eizelfallbezogenes rechtliches Problem aufgefasst. Schon in den fünfziger Jahren bemühte sich dann die sozialistische Regierung um eine moderne Strafrechtspflege. Im Jahr 1961 begegnet man in Jugoslawien zum ersten mal eine nummerische Bestimmung des Gefängnissernährungswertes. Dieser Brennwert betrug 2 500 (Gross) Kalorien pro Person, täglich; 3000 seit dem Jahr 1977. Im Jahr 1984 wollte man die angegebenen Werte in Joule-Einheiten umrechnen. Aufgrund eines trivialen Fehlers bestimmen seither die Gesetze einen täglichen Minimalbrennwert der Mahlzeiten, der gerade dem Brennwert einer Beere entspricht. Zuletzt findet man einen solchen Fehlwert im Art. 70 des Strafvollzugsgesetzes aus dem Jahr 2005.

UDK: 343.222:614.25

Петар Ракочевић
студент докторских студија,
Правни факултет Универзитета „Унион“ у Београду

ОДГОВОРНОСТ БЕЗ КРИВИЦЕ МЕДИЦИНСКИХ РАДНИКА

а) Одговорност у медицини и осигурање за случај одговорности

Грешке у медицини су веома честе и то је стварност у свим друштвима и државама. Често се дешавају оштећења здравља, па и смрт пацијената, као последица пропуста, односно грешке лекара или других медицинских радника. У САД грешке при лечењу су осми узрок смрти. У 1999. години у Америци је умрло између 44.000 и 96.000 болесника у болницама од последица грешака медицинских радника. Колико је то велики број најбоље се види се када се ови подаци упореде са податком да је исте године у саобраћајним и другим незгодама у САД погинуло 43.000 људи, да је од рака дојке умрло 42.000 људи, а од АИДС-а 17.000 људи. Такође, трошкови који произлазе из грешака у медицини су огромни. У САД се рачуна да на 700 болничких кревета трошкови због погрешног лечења на годишњем нивоу износе 2,8 милиона долара.[1]

Последњих тридесетак година у Европи и САД долази до експанзије грађанскоправне одговорности медицинских радника за штету коју претрпи пацијент. При том, парнични поступци против лекара све више потискују кривичне поступке, јер се пацијенти, и њихови заступници, све чешће опредељују да захтевају новчану надокнаду штете. Новчани износи који се потражују и добијају, на име накнаде штете због оштећења здравља, су веома високи, па није необичајно да вредност таквих спорова досегне вишемилионске износе. Разлог доминације грађанскоправне

[1] Видети на http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/aktualno/hrv/20030211/Odgovornost_za_stetu_zbog_gresaka_u_medicini.doc, 10. 11. 2009. god.

у односу на кривичноправну одговорност лекара за штету јесте тај што се одштетна одговорност лакше доказује и што се, по природи ствари, погрешни поступци лекара много ређе могу подвести под биће кривичног дела него што испуњавају услове за успостављање грађанске одговорности за штету. Индикативно је да у Немачкој пацијенти поднесу годишње око 40.000 захтева за накнаду штете, док у исто време немачки јавни тужиоци упуте само 2.500 захтева за покретање истражних поступака против лекара.[2]

Што се тиче нашег правосудног система, судови у бившој Југославији (СФРЈ) су због кривичног дела несавесног лечења, у периоду од 1960. до 1980. године, осудили свега 108 здравствених радника.[3] Несумњиво се ради о занемарљивом броју јер је број осуђених медицинских радника у тадашњој држави у просеку био испод шест годишње. Ако тај податак сагледамо кроз огроман број државних медицинских установа, и кроз чињеницу да су те установе као евентуалне кориснике здравствених услуга имале 20 милиона становника, не треба да чуди и данашња неразвијеност кривичноправне одговорности давалаца медицинских услуга. Узевши у обзир несумњиву доминацију парничних поступака у односу на кривичне поступке, који за предмет имају поступање медицинских радника, а нарочито из угла високих новчаних одштета и тежње ка њиховом избегавању, или макар смањењу, увидело се да је ризик од грађанске одговорности лекара за штету коју пацијент претрпи при лечењу веома велики. У циљу смањења овог ризика, као и да би се износи досуђених одштета по основу одговорности медицинских радника умањили, почиње да се примењује институт осигурања за случај одговорности лекара, и то како у САД, тако и у европским земљама.[4]

---

[2] Uhlenbruck/Schlund, у Laufs/Uhlenbruck: *Handbuch des Arztrechts*, 3. Auflage, München, 2005, предговор трећем издању, стр. V., наведено према Јаков Радишић: *Медицинско право*, Београд, 2008. г., стр. 214. У даљем тексту Јаков Радишић: *Медицинско право*.

[3] Видети Јаков Радишић: *Професионална одговорност медицинских посленика*, Београд, 1986, стр. 90.

[4] Институт осигурања за случај одговорности лекара почиње да се, у последњих неколико година, примењује и у Србији и у земљама у околини. Још увек осигурање од одговорности лекара у Србији није обавезно и може се рећи да се налази у повоју. Сигурно је да се кроз незнатан број досуђених накнада за оштећење здравља које би били дужни да надокнаде лекари и здравствене установе, сагледава и веома низак ризик од одговорности, па се у том смислу осигурање за случај одговорности не исплати пружатељима здравствене заштите. Пропорционално броју усвојених тужбених захтева пацијената повећаваће се потреба за оваквом врстом осигурања, јер ће осигурање од одговорности бити знатно економичније од досуђених износа на име накнаде штете, увећаних за трошкове поступка.

Институт осигурања за случај одговорности значајно побољшава положај пацијента, с једне стране, али и здравствених установа, лекара, и здравствених радника уопште, с друге стране. На пацијенту је, као оштећеном, да докаже настанак оштећења на свом здрављу, узрочну везу између штетникове радње и штете, односно да је наступио осигурани случај, и да, наравно, докаже кривицу медицинског посленика. У случају да пацијент успе да докаже кривицу за насталу штету, онда су се стекли и услови за одговорност лекара или здравствене установе и имаће право да накнаду штете потражује од осигуравача. А он је, по правилу, солвентнији од својих осигураника, па то оштећеном пацијенту знатно увећава могућности за намирење.

Побољшан положај лекара и здравствених установа је у томе што се путем плаћања полисе осигурања за случај одговорности ослобађају будућих одштетних захтева пацијената, који могу достићи толике износе да доведу у питање даљи рад лекара и даље финансирање рада здравствених установа.

б) Институт одговорности без кривице пружалаца медицинских услуга (енг. no fault compensation system)

С обзиром на тешкоће доказивања насталог осигураног случаја, на постојање самих контроверзи које неминовно настају приликом утврђивања кривице лекара за штету коју је претрпео пацијент, као и због тога што судски поступци утврђивања одговорности за лекарску грешку веома брзо заузимају центар медијске пажње, све више се траже алтернативни начини решавања питања одговорности пружатеља здравствених услуга. Правници теже да се одговорност медицинских посленика замени, или допуни, „осигурањем за случај штета изазваних незгодама у медицини“.[5] Јер, тада питање накнаде штете, због оштећења здравља, не би било оптерећено доказивањем кривице медицинског радника, већ би пацијент имао право на обештећење самим постојањем чињенице нарушавања здравља насталог лечењем или у вези са лечењем. Огроман баласт који постоји приликом редовног утврђивања одговорности за штету коју је претрпео пацијент био би уклоњен, што би погодовало како оштећеним пацијентима, тако и пружаоцима медицинских услуга.

Новим обликом одговорности заобилази се традиционална дихотомија основа штете: повреда уговора и штетна радња (изазвана намерно или непажњом). Са системом осигурања за штете настале посредством

[5] Јаков Радишић: *Медицинско право*, стр. 214.

незгода при лечењу, свака настала штета сама по себи постаје основ за обештећење од лица које је обавезно да исту надокнади, и то без потребе утврђивања виности код лекара који је предузимао одређене радње према оштећеном пацијенту. Овај начин осигурања, који је сличан постојећем осигурању власника моторних и прикључних возила од одговорности за штете причињене трећим лицима (такозване штете по ауто-одговорности), могао би да представља прави одговор на тренутно изузетно тешко доказивање одговорности пружалаца здравствених услуга.

Овакав начин осигурања се данас назива системом одговорности без кривице (енг. *no fault compensation system* или *no fault compensation scheme*), и први пут почиње да се примењује у Шведској 1975. године и то као добровољно осигурање. Шведским правницима је, двадесетак година касније, систем одговорности без кривице постао незаобилазан начин осигурања пацијената, па модел одговорности без кривице бива законски регулисан 1997. године.[6] Овим системом се пацијенти непосредно осигуравају па се *no fault system* неретко назива и системом осигурања пацијената.

Систем одговорности без кривице се заснива на својеврсном уговору о осигурању у корист трећих лица, који се закључује између осигуравајућих друштава и пружалаца медицинских услуга. Уговор се закључује у корист пацијената као трећих лица, који имају право да се обрате директно осигуравачу у случају да претрпе штету услед интервенције медицинског радника у процесу лечења. Специфичност овог уговора о осигурању је у томе што уговарач осигурања тим путем не индивидуализује треће лице или корисника осигурања, већ се у том положају налазе сви будући пацијенти који претрпе штету на свом здрављу услед радњи лекара, односно уговарача осигурања. Предмет овог облигационог уговора о осигурању је „осигурање у корист трећих, тј. пацијената, и оно је слично осигурању за случај несреће, али и са извесним елементима осигурања за случај одговорности“.[7] Ова врста приватног осигурања ојачава

[6] Убрзо, по угледу на шведски систем одговорности, систем одговорности без кривице медицинских посленика уводе и Финска (1987), Норвешка (1988) и Данска (1992). Данас се много расправља о предностима осигурања пацијента и његовог имплементирања у велике системе САД и Европске Уније. Видети Matthew Hitzhusen: *Is New Zealand No-Fault Compensation System a Reasonable Alternative to the Medical Malpractice Crisis in the United States*, Arizona Journal of International and Comparative Law 649, Fall 2005, и Studdert DM, Thomas EJ, Zbar BIW, et al.: *Can the United States afford a „no fault“ system of compensation for medical injury? Law Contemp Probl.* 1997; 60:1–34.

[7] Hans-Leo Weyers, „Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Aerzte ergäzenden Regelungen für das ärztliche Vertrags-(Standes) und Haftungsrecht einzufüren?“, *Verhandlungen des zweiundfünfzigsten deutschen Juristentages*, Band I (*Gutahten*),Teil A, München,

широку заштиту коју уживају шведски грађани по основу социјалног осигурања. Самим тим, оно се сматра друштвеном потребом и врло значајним достигнућем у погледу заштите права грађана, па се зато и финансира претежно из пореских прихода (60–70%).[8]

в) Претпоставке за примену no fault система

Првенствено, пацијент има право на обештећење само уколико се за исту штету не може обештетити од неког трећег, или у случају да таква накнада не одговара висини стварно претрпљене штете. У случају да је неки други субјект обавезан да пацијенту накнади део настале штете, применом *no fault* система ће се обештетити преостали износ до целокупно претрпљене штете.

У Шведској се, по *no fault* моделу, одштета може захтевати само када су кумулативно испуњена три услова: а) да се оштећење здравља десило у вези са здравственом заштитом која је пружена у Шведској; б) да је настало оштећење телесне или менталне природе, и в) да постоји узрочна веза између поступака предузетих при лечењу и самог нарушења здравља.[9]

Систем без одговорности у правом смислу охрабрује, односно подстиче сарадњу између пацијената и медицинских радника који су их лечили кроз заједнички наступ приликом утврђивања настале штете. Када наступе штетне последице по здравље пацијента он се обраћа здравственој установи у којој је био лечен, и то пријавом која у суштини представља обавештење о насталој штети. По пријему пријаве, о истој се обавештава лекар који је лечио пацијента – подносиоца пријаве. Затим се заказује састанак пацијента и лекара који га је лечио. Пацијент и лекар онда заједнички читају упитник (панел) а попуњава га пацијент у присуству и уз консултације његовог лекара. Упитник се састоји од три питања. Прво је: Да ли је оштећење здравља проузроковано предметним лечењем? Поступак попуњавања упитника се, наравно, наставља само у случају да је одговор на ово питање потврдан. Следећа два питања се односе на чињенице да ли је предузето лечење према медицинским стандардима

1978, A 74, наведено према Јаков Радишић: *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*, Београд, 2007, стр. 113. У даљем тексту Јаков Радишић: *Одговорност због штете*.

[8] *Ibid*, стр. 115

[9] Bernhard Grewin: *The patient insurance system in Sweden*, EFMA, Oslo, 12–13 March 2005, нађено на http://cpme.dyndns.org:591/database/Speech%20Grewin%20EFMA.pdf, 28. 12. 2009. год.

било неоправдано, и да ли се последица оштећења здравља могла избећи. Ако је одговор на неко од ова два питања потврдан, пацијент неће имати право на обештећење по основу института одговорности без кривице већ ће имати право да своја права заштити подношењем тужбе и вођењем поступка пред судом.[10] Ако је одговор на оба питања негативан, процес се наставља и пацијент се може обратити осигуравачу ради накнаде претрпљене штете.[11] Упитник затим потписују и оштећени пацијент и лекар. Уз захтев за накнаду штете, пацијент поред медицинске документације осигуравачу подноси и попуњени упитник. Не може се потраживати компензација уколико претходно није спроведен поступак попуњавања упитника јер се њиме доказује да настала штета представља осигурани случај предвиђен уговором о осигурању.

Обештећење се може одобрити и за физичка оштећења и за душевне болове који су настали приликом пружања здравствених услуга. Тако се компензирају све штете настале због неодговарајућег лечења, због оштећења здравља насталих услед неисправности или неодговарајућег руковања медицинским уређајима и апаратима, затим оштећења здравља настала због пропуштања постављања дијагнозе или због постављања погрешне дијагнозе, штете изазване инфекцијама које су повезане са лечењем пацијента, оштећења настала због погрешне примене или погрешног дозирања лека, као и све остале штете настале услед несрећног случаја, а које су у вези са пружањем здравствене заштите. Такође, компензација се неће одобрити, односно осигурање не покрива оштећења настала због медицинских поступака примењених у хитним ситуацијама без могућности коришћења уобичајених рутинских поступака због хитности, штета које су природни или предвидљиви резултат медицински оправданих поступака, оштећења здравља која се нису могла избећи, као и штета од редовних непожељних последица узимања лекова.[12]

Ако говоримо о роковима за подношење захтева за обештећење по моделу *no fault* система, можемо разликовати субјективни и објективни рок. Субјективни је рок од три године након што је оштећени пацијент

---

[10] Пацијент нема право на обештећење од стране осигуравача јер је самим уговором предвиђено да осигурани случај не представља оштећења здравља проузрокована неоправданим мерама лечења као и оштећења настала услед немарности медицинских посленика.

[11] Видети David E. Seubert, MD, JD, and by Laurie T. Cohen, JD, and Jason M. LaFlam, JD: *Is „No-Fault" the Cure for the Medical Liability Crisis? Two points of view on whether a no-fault system will ameliorate the medical liability crisis in the U.S.*, Response 1 by David E. Seubert, MD, JD, Virtual Mentor, Volume 9, April 2007, Number 4: 315–321.

[12] Татјана Бабић, Сунчана Роксандић: *Основе здравственог права*, Загреб, 2006, стр. 186.

био обавештен, односно од када је сазнао за могућност добијања обештећења за нанету штету, а објективан је рок од десет година након што се непожељни догађај догодио.

ī) Значај и предности no fault система

Полазећи од начела економичности и ефикасности, систем одговорности без кривице представља систем који је у својој примени много финансијски оправданији, који је ослобођен дугих административних и судских процедура и који је, на крају, лишен неизвесности.[13] Ако *no fault* систем искључује утврђивање одговорности поступајућег лекара у судском поступку услед несрећа и незгода у медицини, истовремено ослобађа и пацијента и медицинског радника излагању трошковима редовно дуготрајних судских поступака (трошкови заступања, судске таксе, трошкови вештачења и други режијски трошкови[14]). За време судског поступка пацијент је приморан да настави да се лечи, и то неретко о свом трошку, па се материјални трошкови настали као последица оштећења здравља пацијента додатно увећавају и по отпочињању парничног поступка. Због тога, као и због дугих спорова поводом лекарске грешке, пацијенти су као тужиоци приморани да објективно преиначе (прошире) тужбене захтеве у погледу материјалне штете, како би обухватили и новонастале трошкове лечења.[15] На тај начин, и то нарочито у случају оштећења здравља знатнијег интензитета, вредност предмета спора се може повећавати сразмерно са трајањем парнице, што додатно оптерећује и поступак и странке. Системом одговорности без кривице омогућава се да укупан износ обештећења буде јасно одређен, а новчана накнада коју пацијент потражује није оптерећена затезном каматом која може и ви-

[13] Систем без одговорности је типичан по томе што га прате много мањи административни трошкови него што је то случај у системима у којима се утврђује одговорност медицинских радника, па на тај начин омогућавају да се за укупно исти износ административних трошкова исплати знатно више одштета у *no fault* систему него што је то случај у деликтном систему. Видети: P. C. Weiler, H. H. Hiatt, J. P. Newhouse, W. G. Johnson, T. A. Brennan, L. L. Leape et al.: *A Measure of Malpractice: Medical Injury, Malpractice Litigation, and Patient Compensation*, Harvard University Press, 1993, стр. 106. У даљем тексту: Harvard University: *A Measure of Malpractice*.

[14] Под режијским трошковима нарочито треба имати у виду трошкове око доласка и одласка на заказана рочишта, трошкове који проистекну због евентуалног одсуства са посла, трошкови тзв. дангубе и сл.

[15] У овом случају се ради о преиначењу тужбе повећањем постојећег захтева услед околности које су настале после подизања тужбе из истог чињеничног основа, те се тужени таквом преиначењу не може противити. ЗПП РС чл. 194 ст. 2.

шеструко да премаши износ главног дуга. Када се још после тога устврди да је износ компензације који се може потраживати по основу *no fault* система одређен у максималном износу[16], онда се свакако може истаћи значај система у погледу извесности и правне сигурности, што је у нарочитом интересу и туженог лекара. Ако сагледамо положај пацијента као субјекта чије је здравље нарушено поступањем лекара, систем одговорности без кривице омогућава правну заштиту која му је много доступнија. Систем одговорности без кривице у својој структури садржи много мање препреке за потенцијалне подносиоце захтева за накнаду штете, па се применом овог система обештети много више оштећених пацијената него што је то случај у системима који захтевају доказивање кривице (тзв. деликтним системима).[17]

Противници система одговорности без кривице, највећи број својих критичких ставова заснивају на проблемима финансирања *no fault* модела. Међутим, и у том сегменту, нови систем одговорности у медицини показује значајне предности у односу на традиционални систем утврђивања одговорности пред судом. Као што је већ наведено, систем се финансира, односно полисе осигурања се уплаћују најзначајнијим делом из јавних прихода, док преостали део уплаћују здравствене установе које се налазе својини приватних лица. На тај начин сами порески обвезници, у највећем делу, самостално финансирају своје осигурање за случај незгоде или несреће која се одигра приликом њиховог лечења. Пружаоци здравствених услуга у приватној својини имају обавезу да са осигуравачима закључе уговор у корист трећег – пацијента, а закључење таквих уговора представља обавезан услов за регистрацију правног лица и за добијање дозволе за обављање делатности пружања здравствених услуга. За приватне здравствене установе, уплата таквих полиса осигурања представља редован, тачно одређен издатак у пословању, на који се унапред рачуна. Како се често дешава да исплате компензација оштећеним пацијентима вишеструко премаше износе уплаћених полиса, то се на издатак уплате осигурања у *no fault* систему, у оквиру приватних пружалаца здравствене заштите, све више гледа као на исплативу инвестицију. Целокупни начин финансирања система одговорности без кривице

[16] У Шведској, максимални износ компензације који може бити исплаћен по *но фаулт* моделу по једном штетном догађају је 25 милиона шведских круна, а сваком оштећеном лицу се највише може исплатити 5 милиона круна. Видети: Јаков Радишић: *Одговорност због штете*, стр. 115. Ако се осврнемо на однос између валуте евра и шведске круне (приближно 1:10), увиђамо реалну материјалну снагу овог система и на ком нивоу се налази степен поверења према овом моделу одговорности лекара.

[17] Harvard University: *A Measure of Malpractice*, стр. 106.

позиционира овај систем као систем који је „финансијски одрживији“[18] од система који предвиђа одговорност на основу утврђене кривице. У исто време систем без кривице обезбеђује ефикаснију, бржу исплату компензације оштећеним пацијентима него што је то случај у земљама које нису имплементирале овај систем. Применом *no fault* система „сва средства се преусмеравају са судског поступка у руке оштећеног пацијента.“[19] Уз то, није потребно да се ангажује велики део државног апарата да би пацијент евентуално био обештећен. Оштећени пацијент и његова породица нису принуђени да сносе трошкове лечења, као ни трошкове текуће парнице у којој би се утврђивала одговорност поступајућег медицинског посленика. Традиционални систем који предвиђа утврђивање одговорности медицинских радника пред судовима, доводи пацијента у незавидну ситуацију да није у могућности да предујми трошкове самог поступка, или га ставља у још незавиднију пат позицију да мора да бира између трошкова сопственог лечења и издатака везаних за одштетни захтев. Ставови лекара да немогућност претходног сношења трошкова парнице од стране пацијента представља конструктивни део система утврђивања одговорности медицинских радника, у смислу да се на тај начин штите лекари и лекарска професија од неоправданих захтева пацијената, у најмању руку, неодговорни су и иронични.[20] Применом *no fault* система здравствена заштита грађана сигурно се уздиже на виши ниво.

На значај *no fault* система сликовито указује следећи пример, који по специфичности и предности модела одговорности без кривице говори кроз два случаја. У првом случају, ради се о човеку који је претрпео излив крви на мозгу који је генерисан генетским дефектом артерија у мозгу. Несрећан човек је одмах оперисан али је током операције, услед

[18] Giovanni Comandé: *Existing challenges in medical liability: fault, no-fault and strict liability: some pros and some cons*, Le défi toujours plus grand de la responasbilité médicale: réponses nationales et européennes, Conference, Strasbourg, 2–3 June, 2008, стр. 146.

[19] *Ibid*.

[20] Нарочито су велики издаци за тужиоца–пацијента због трошкова високих судских такси и високих износа које треба предујмити за медицинско вештачење. Примера ради, ако хипотетички узмемо да се ради о одштетном захтеву пацијента у износу од милион динара, имаћемо неизоставно следеће трошкове. Применом Закона о судским таксама, на име таксе за тужбу и одлуку тужилац–пацијент ће бити дужан да уплати укупно 75.000,00 динара. Када томе додамо суму од најмање 105.000,00 динара на име предујма трошкова вештачења медицинске документације од стране судско-медицинског одбора, без кога не може проћи ни једна парница о утврђивању одговорности медицинских радника, увиђамо изразито тежак положај пацијента. То је и разлог што се оштећени пацијенти уздржавају од тужби, а то редовно чине, у случају потребе наставка лечења о свом трошку.

немарности хирурга који је обављао операцију, дошло до оштећења дела мозга који контролише рад десне ноге. По завршетку захвата пацијент је остао непокретан јер више није у могућности да покреће десну ногу. У другом случају, ради се о истој ситуацији излива крви на мозгу који је последица генетског дефекта артерија. У поступку операције због виталне угрожености пацијента хирург одлучује да оштети део мозга који контролише рад десне ноге у циљу спашавања живота пацијента. Такође, и у другом случају, пацијент је остао непокретан због немогућности покретања десне ноге.[21]

У обе наведене ситуације лечени пацијент је претрпео штету исте врсте – трајна немогућност покретања десне ноге. Такође, штета је наступила у оба случаја као последица предузетог лечења од стране хирурга. Разлика је једино у одговорности лекара за насталу штету. У правним системима који не познају модел одговорности без кривице лекара само би пацијент из првог случаја имао право на обештећење, што би подразумевало релативно скуп и неизвестан судски поступак у коме би се утврђивала одговорност хирурга који је лечио оштећеног пацијента. У системима са имплементираним *no fault* моделом право на обештећење би имала оба пацијента. Пацијент из првог случаја би могао да захтева накнаду штете по општим правилима о одговорности,[22] а пацијент из другог случаја по основу наступања осигураног ризика који је предвиђен уговором о осигурању у корист трећих лица. Систем без одговорности пружа обештећење пацијентима који су претрпели оштећење здравља без кривице лекара, односно и пацијентима за случај незгода које су се могле избећи. Свеједно је да ли се ради о оштећењу здравља које је свесно начињено у циљу очувања живота или веће вредности по здравље пацијента, или је реч о незгодама које су се десиле приликом лечења.

Британским Законом о накнади штете проузроковане вакцинацијом из 1979. године уведен је систем одговорности без кривице који је сличан шведском *no fault* моделу. Одговорност државног органа (секретаријата) надлежног за јавно здравље постоји искључиво у случају оштећења здравља које је проузроковано убризгавањем цепива у случајевима општих, односно масовних вакцинација.[23] Довољно је да је неко од вакцинисаних

---

[21] Видети Thomas Dhouglas: *Medical Injury Compensation: Beyond 'No-fault'*, Medical Law Review, 17, Spring 2009, стр. 30–51.

[22] Пацијент из првог случаја не би могао да буде обештећен по основу *no fault* модела јер систем одговорности без кривице не покрива оштећења здравља која су се могла избећи. Видети стр. 6.

[23] Више о одговорности која се успоставља на основу британског Закона о накнади штете проузроковане вакцинацијом видети Marc Stauch, Kay Wheat, John Tingle: *Sourcebook on*

лица претрпело штету на свом здрављу која је недвосмислено настала као последица примљене вакцине. Кривица не представља квалификаторни услов и оштећено лице или његов правни следбеник има право на обештећење по основу саме чињенице нарушења здравља предметном вакцином. Доказивање се, дакле, своди на утврђивање узрочности између примљене вакцине као узрока, и оштећења здравља као њене последице.

Сарадња између пацијента и лекара више него индикативно указује на предности система одговорности без кривице. Стимулисање заједничког приступа проблему приликом погоршања здравља пацијента доводи, поред свега, и до квалитетније здравствене заштите. Приликом самог попуњавања упитника, пацијент и лекар здружено сагледавају настало нарушење здравља. Самим тим, кроз поступак са упитником постоје многоструко већи изгледи да лекар упути пацијента на лечење или предузме друге одговарајуће мере у складу са насталом последицом погоршања здравља, нарочито када је природа болести таква да захтева брзу интервенцију. Наиме, увек је сврсисходније да се на оштећење здравља указује пред лекаром и здравственом установом него пред судом. Због саме природе пружања правне заштите, суд мора много више пажње да усмери у правцу утврђивања одговорности поступајућег лекара, у односу на саму етимологију изазваног дефекта или начине могућег излечења пацијента–тужиоца. Применом *no fault* модела одговорности, целокупан случај незгоде у медицини остаје између лекара, пацијента и осигуравача. За настало оштећење здравља не сазнају многи други субјекти који су неминовни у системима који захтевају доказивање одговорности лекара за насталу штету.[24] Узевши све у обзир, слободно можемо говорити о систему одговорности без кривице као једном особеном виду вансудског поравнања или, условно, о облику медијације без медијатора.

Позитивни ефекти новог система одговорности медицинских радника примећени и у структурама органа Европске уније. Анализирајући учинак *no fault* система и упоређујући га са општеприхваћеним системом одговорности на основу утврђене кривице, Стални савет европских лекара[25] је, као највиша европска струковна организација,

---

Medical Law, The Nottingham Trent University, London-Sydney, 2007, стр. 595–597. и Jean McHale, Marie Fox, Michael Gunn, Stephen Wilkinson: *Health Care Law: Text and Materials*, London, Sweet & Maxwell, 2007, стр. 221–224.

[24] Ту првенствено спадају судија и судије поротници, чланови судско-медицинских одбора који вештаче у том спору, адвокати, државни органи којима се оштећени пацијент неретко обраћа у току поступка, медији, шира јавност (нарочито у малим местима, што доводи до етикетирања лекара) итд.

[25] Фр. *Comité Permanent des Médicins Européens* (CPME), http://www.cpme.be/index.php

предложио да се на европском нивоу крене са што широм применом система одговорности без кривице. У том смеру је и Хрватска лекарска комора 2005. године основала радну групу за израду предлога који би размотрио оправданост имплементације *no fault* система у правни систем нашег западног суседа.[26]

Значајна карактеристика система одговорности без кривице је у подробном вођењу евиденције и класификације података о свим непожељним догађајима у медицини. Евидентирању несрећа у медицини се веома озбиљно прилази у земљама које примењују систем без кривице. На тај начин се постиже уочавање слабости у ранијем приступу лечењу и тиме се утиче да се будући инциденти сведу на минимум. Евиденцијом података се превентивно делује да будуће лечење буде ослобођено ранијих погрешних метода или, евентуално, заблуда које су владале у медицинским круговима о одређеном дијагностичком или терапијском поступку. Евиденција незгода и њен превентивни замах је можда и најзначајнија предност такозваног скандинавског модела у односу на системе који захтевају доказивање одговорности лекара. Да би се уједначила лекарска пракса, у земљама са *no fault* системом се оснивају одбори за утврђивање ризичних поступака при лечењу (енг. *Clinical Risk Management*).[27] Ови одбори се оснивају при здравственим установама са задатком да систематизују и прикажу прикупљене информације о пријављеним непожељним догађајима, и да на основу тога доносе смернице за пружање здравствене заштите. Те смернице представљају савете и упутства медицинским посленицима у циљу унапређења поступака лечења, уједначавању праксе и избегавања понављања ранијих незгода.

Закључак

Управо податак да је нови систем одговорности без кривице медицинских радника предмет опсежних расправа у правничким круговима великог броја земаља, говори о далекосежности овог модела у будућности. Мишљења смо да би било оправдано да се, у складу са светским и европским тенденцијама, реагује и у нашим лекарским круговима и да би било сврсисходно основати тело које би подробно размотрило могућности увођења система одговорности без кривице. У том циљу би било

[26] Видети Е., Ћепулић: *Осигурање од медицинске погрешке, Скандинавски модел и у Хрватској?*, Лијечничке новине, број 31/2004, наведено према: Татјана Бабић, Сунчана Роксандић: *op. cit.*, стр. 186.

[27] *Ibid.*

потребно подстаћи дијалог о оправданости и начинима имплементирања *no fault* система у коме би требало да се ангажују правници, лекари и стручњаци из области осигурања и фискалне политике.

Друштво треба да пружи подршку идеји успостављања одговорности без кривице лекара. Тиме се грешке и незгоде у медицини посматрају под светлом њихове праве природе, на тај начин се избегава искушење да оне буду категорисане у скривљене поступке медицинских радника. Успостављање равноправности, поверења и сарадње између две стране које се појављују у односу здравствене заштите сигурно је циљ коме сваки правни систем треба да тежи, а имплементација и примена система одговорности без кривице би био један велики корак ка томе.

Како је систем одговорности без кривице потпуно занемарен у нашим научним и стручним круговима, то овим путем изражавамо наду да ће овај напор макар делимично подстаћи широку расправу о недостацима и предностима система одговорности лекара без кривице, а и о начинима успостављања таквог система код нас. Наравно, *no fault* систему и могућностима устоличења таквог модела код нас треба прићи опрезно, с обзиром на специфичан и осетљив положај у коме се налазе односи између лекара и пацијента, и уопште наш систем здравствене заштите. Не треба ни занемарити развојну етапу у којој се налази наше медицинско право, јер је оно у самом повоју. У том процесу не треба да обесхрабре високи износи одштете који су предвиђени у Шведској. Много значајније би било трасирати пут систему осигурања пацијента, па макар и са вишеструко нижим средствима, у сразмери са средствима која се из буџета усмеравају у наше фондове здравственог осигурања. Можда би прави развојни пут био да се првенствено, пратећи шведска искуства, систем одговорности без кривице образује као једна врста добровољног осигурања, да се на основу емпиријског искуства извуку одређени закључци и да се евентуално после таквог „пробног периода“ *no fault* модел регулише императивним законским одредбама и постане свакодневица у регулисању односа између пацијената и медицинских радника.

САЖЕТАК

Одговорност без кривице медицинских радника, односно *no fault* систем представља врсту осигурања пацијената који се успешно примењује у скандинавским земљама последњих деценија. У случају оштећења здравља проузрокованом при лечењу, пацијенти имају право на надокнаду штете, без обзира на кривицу лица које их је лечило. Систем одговорности без кривице не захтева утврђивање одговорности медицинског радника већ се ослања на утврђивање узрочности између медицинског захвата и штетног догађаја. *No fault* систем омогућава добијање накнаде штете за оштећења здравља која се могу назвати не-

згодама или несрећама у медицини. *No fault* модел обезбеђује сарадњу између пацијената и лекара, евиденцију погрешних поступака лечења, представља систем који је много финансијски одрживији, избегава поступак пред судом, а исто тако је и ефикаснији и бржи начин заштите оштећених пацијената него што је то случај са системима који предвиђају одговорност на основу кривице. Будући да се *no fault* систем широко разматра у светској научној и стручној јавности то управо указује на вероватни правац кретања и његову светлу перспективу у будућем регулисању система здравствене заштите у свету и код нас.

ABSTRACT

No fault compensation scheme is a patient insurance system which has succesfully implemented in scandinavian countries for the last decades. The healthcare providers are liable to compensate patients for injuries caused to them, in relation to diagnostic and/or therapeutic interventions, and it is unnecessary to pleading a fault of physician. No fault system is based on the ascertainment of causation between the injury and the medical treatment. Compensations are available for the patients when health harm is caused by accident or misadventure during the medication. No fault model provides cooperation between patients and physician and it is a good evidence of the potential wrong medical practice. Compares it with a traditionally tort or fault system, it is more financially sustainable, more efficiency system with quick payouts and funds are redirected from litigation in the best interest of the harmed patient. As we can see, no fault compensation system is the subject of extensive discussion in sciences and professional field and therefor, it is not difficult to anticipate its bright future in further regulation of health care policy.

UDK: 341.93(497.11)

Мр. Ђорђе Сарапа
адвокат из Београда

ДА ЛИ ЈЕ СТРАНО ПРАВО ПРАВО ИЛИ ЧИЊЕНИЦА КАД СЕ ПРИМЕЊУЈЕ ТЕМЕЉЕМ КОЛИЗИОНЕ НОРМЕ

1. Колизиона норма

1.1. Из државног суверенитета непосредно произлази принцип територијалности, по којем се на државној територији примењују прописи те државе. Они чине правни поредак државе. Развој друштвених и економских односа довео је до тога да чињенични односи често излазе из оквира једне државе. У том случају реч је о чињеничним стањима са међународним обележјем. Везаност чињеничног стања са више од једног правног поретка довела је до одступања од строге примене принципа територијалности, познато у науци као Холандска школа XVII века, чији су главни представници били Паулус Фут, Јохан Фут и Улрик Хубер. Основно учење је садржано у три принципа Улрика Хубера. Иако следи територијални принцип, Хубер сматра да држава може, и треба, да признаје права стечена на темељу закона стране државе. Да би остао веран принципу територијалности, сматра да држава нема обавезу да тако поступа, него то чини из међународне учтивости и опортунитета. У правној теорији ово је познато као *comitas gentium*. Под појмом *comity* ушло је у англосаксонско право, и примењује се и данас.

Колизионе норме представљају вољу законодавца да на међународноправно обележене односе примени правила правног поретка друге државе. Не садрже одредбе по којима би се ти чињенични односи мериторно решили. Оне само упућују на примену страног права, и тиме решавају питање избора меродавног правног поретка[1].

---

[1] Борислав Благојевић: *Међународно приватно право*, Београд, 1950, стр. 119. Натко Катичић: *Међународно приватно право*, Загреб, 1976, стр. 11.

1.2. Не само као доктринарно питање, него је значајно и за конкретну примену страног права, битно је да ли се страно право, кад се примењује темељем колизионе норме, сматра правом или чињеницом.

Одредбе релевантне за ову проблематику садржане су у законима којима се регулише парнични поступак. Међутим, на ово питање позитивни прописи често не дају конкретан и недвосмислен одговор. Зато је нужно да се, поред анализе конкретних правних норми, релевантни одговори за ову материју изнађу у правној науци, посебно у науци о грађанском процесном праву и у науци о међународном приватном праву.

1.3. У наставку овог рада, анализираћемо и одредбе бивших закона који су примењивани на територији Србије, којима је регулисана материја парничног поступка, а које посредно или непосредно дају одговор на постављено питање.

2. Грађански парнични поступак[2] (из 1929. године)

2.1. Грађански парнични поступак од 13. јула 1929. године рађен је по узору на аустријски Грађански парнични поступак[3]. Из њега је преузео многа решења, па тако и решења у вези доказивања страног права.

У Грађанском парничном поступку материја у вези изналажења садржаја страног права регулисана је у параграфу 367. Парагфар 367. је део Општих прописа о доказу и извођењу доказа, а носи поднаслов „Туђе право, обичајно право, привилегије, статути".

Параграф 367. гласи: „*Право, које вреди у туђој држави*, обичајно право, привилегије и статуте потребно је *доказивати* само утолико *уколико нису суду познати*.

При *доказивању* ових правних наређења *суд није везан за доказе, које су странке понудиле*; он може у том циљу наредити по службеној дужности потребне извиђаје, а може се по потреби послужити и посредовањем Министра правде" (нагласио Ђ. С.).

2.2. Ове одредбе полазе од принципа *iura novit curia*. Полази се од пресумпције да суд познаје страно право. Међутим, наведени принцип

---

[2] Пуни службени назив Грађанског парничног поступка је „Законик о судском поступку у грађанским парницама". И у Уводном закону за Законик о судском поступку у грађанским парницама и Закону о измени Уводног закона за Законик о судском поступку у грађанским парницама, наводи се, у загради, и у скраћеном називу као „Грађански парнични поступак". Под тим скраћеним називом наводи се и у правној литератури.

[3] Аустријски Грађански парнични поступак обухвата четири закона: Правилник судске власти (Јурисдикциона норма) од 1. августа 1895. године, Државни закон 111, Закон о судском поступку у грађанским парницама (Грађански парнични ред) од 1. августа 1895. године и Државни закон 113.

треба схватити условно, посебно кад се ради о страном праву. Имајући у виду да суд углавном не познаје страно право, оно се, сходно одредбама параграфа 367, у тим случајевима доказује.

С обзиром на то да је одредбом параграфа 367. страно право предмет доказивања, суд може од странака тражити да понуде доказе о садржају тог права. Пошто се ради о доказима, странке су дужне да суду понуде такав доказ. Без обзира што суд није везан тим доказима, чак и кад су сагласни, тиме се ограничава и релативизује принцип *iura novit curia*.

Суд може по службеној дужности да сазнаје страно право. Формулација из става 1. (*„он може у том циљу наредити по службеној дужности потребне извиђаје“*) не поставља суду никаква ограничења у изналажењу садржаја страног права. Према томе, суд ће моћи да се служи свим средствима, укључујући и правну науку[4]. Сем тога, суду стоји на располагању и могућност да информацију о страном праву тражи и од Министарства правде[5].

2.3. Законодавно решење из параграфа 367. темељи се на начелима и решењима из аустријског Грађанског парничног поступка. Имајући у виду формулацију параграфа 367, страно право могло би се сматрати чињеницом а не правом, јер може бити предмет доказивања.

Овакво законодавно решење у супротности је са схватањем да је постојање права, без обзира да ли је реч о домаћем или страном праву, правно питање и не може бити предмет доказивања, с обзиром на то да се право утврђује а чињенице доказују.

Иако се ради о доказивању, треба имати у виду да се не ради о доказивању чињеница него о доказивању права. На то јасно указује формулација параграфа 367. Предмет доказивања је правна норма страног права коју треба да примени домаћи суд. Она представља правни основ пресуђења. Очигледно је то разлог због чега суд није везан доказима које понуде странке у вези страног права. Из истог разлога, суд може по службеној дужности да сазнаје садржај страног права, и да се у вези с тим обраћа Министарству правде.

---

[4] Фрања Горшић: *Коментар грађанског парничног поступка,* Књига друга, Београд, 1933, стр. 107.

[5] Према одлуци Врховног суда у Бечу од 9. октобра 1923. године, Об I 665/23, Б. врх. с. V 225, суд се не треба обраћати Министарству правде ако је сазнање о страном праву нашао у стручној и научној литератури. Темељем исте одлуке обраћање Министарству правде односи се само на садржај страног права, а не на тумачење и начин примене тог права. Извор: Фрања Горшић, наведено дело, стр. 107.

3. Закон о парничном поступку (ЗПП)[6] *(престао важити 23. фебруара 2005. године)*

3.1. Одредба која се директно односи на страно право јесте одредба члана 222. Садржана је у Глави осамнаестој, у поглављу о доказима и извођењу доказа.

Члан 222. гласи: „Ако суду није познато право које важи у страној држави затражиће обавештење од савезног органа управе надлежног за послове правосуђа.

Суд *може и од странке затражити* да поднесе јавну исправу издату од надлежног иностраног органа којом се потврђује које право важи у страној држави“ (нагласио Ђ. С.).

3.2. Полази се од принципа *iura novit curia*. Међутим, наведени принцип и овде треба схватити условно, као што је то наведено у вези са параграфом 367. Грађанског парничног поступка. Међутим, то не ослобађа суд дужности да изнађе садржај страног права. У ту сврху затражиће обавештење од савезног органа управе надлежног за послове правосуђа, а *може и од странке затражити* да поднесе јавну исправу издату од надлежног иностраног органа којом се потврђује које право важи у страној држави.

Поставља се питање да ли су странке обавезне да у том случају поступе по тражењу суда. Већ се лингвистичким тумачењем става 2. члана 222. на то питање може негативно одговорити. Насупрот томе што суд може „од странке затражити да поднесе јавну исправу издату од надлежног иностраног органа којом се потврђује које право важи у страној држави“, није прописана обавеза странке да тако поступи. То јасно упућује на закључак да странка није обавезна да тако поступи.

Да би се добио утемељен одговор на постављено питање и заузео коначан став о природи страног права у смислу одредаба члана 222, сматрамо да је неопходно да се анализира однос тог члана са одредбама чланова 219. и 220. (који су такође садржани у поглављу о доказима и извођењу доказа), чланом 186. (који одређује садржину тужбе), и чланом 7. (који је део основних одредаба).

---

[6] „Службени лист СФРЈ“ бр. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 и 35/91, и „Службени лист СРЈ“ бр. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 и 3/02. Ступио на снагу 1. јула 1977. године. Престао важити 23. фебруара 2005. године, ступањем на снагу Закона о парничном поступку, објављен у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 125, од 22. новембра 2004. године.

Одредбе релевантне за овај рад исте су и у тексту Закона о парничном поступку, „Службени лист ФНРЈ“ бр. 4/57, 52/61, и „Службени лист СФРЈ“ бр. 12/65, 1/71, 23/72, 6/74.

3.3. У смислу одредбе члана 7. став 1. „суд је дужан да потпуно и истинито утврди спорне чињенице од којих зависи основаност захтева." По одредби става 2. истог члана, *„странке су дужне да изнесу све чињенице на којима оснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се утврђују те чињенице"* (нагласио Ђ. С.).

С обзиром на одредбу става 2, странке износе чињенице и предлажу доказе, а нису обавезне да наводе правни основ постављеног захтева, нити да подносе доказ о праву које треба применити у конкретном случају. Ово је одредба која потврђује принцип *iura novit curia*.

Члан 7. део је општих одредаба. Одредбе става 1. и 2. утврђују принципе поступања суда и странака у поступку. Зато је одредба из става 2. садржана и у члановима који регулишу материју доказа и доказивања, и одредбе у вези садржаја тужбе.

3.4. У сврху утврђивања материјалне истине, сходно одредби члана 219. ЗПП-а, *„свака странка дужна је да изнесе чињенице и предложи доказе* на којима заснива свој захтев или којим побија наводе и доказе противника" (нагласио Ђ. С.).

Насупрот одредби члана 222, која даје суду могућност да од странке затражи да поднесе јавну исправу издату од надлежног иностраног органа којом се потврђује које право важи у страној држави, али без прописане обавезе за странку да по тражењу суда тако и поступи, у члану 219. експлицитно је прописана обавеза странке да изнесе чињенице и предложи доказе. Овакво утврђење у складу је са принципом да у парничном поступку терет доказивања изнесених чињеница сноси странка која их износи[7].

Члан 220. став 1. одређује да *„доказивање обухвата све чињенице* које су важне за доношење одлуке" (нагласио Ђ. С.). Овом одредбом је недвосмислено одређено да су чињенице предмет доказивања у парничном поступку.

3.5. Одредба члана 219. у вези је са одредбом члана 186. ставови 1. и 3.

Члан 186. став 1: „Тужба треба да садржи одређени захтев у погледу главне ствари и споредних тражења, *чињенице* на којима тужилац заснива захтев, *доказе* којима се утврђују ове чињенице, као и друге податке које мора имати сваки поднесак (члан 106)"[8].

---

[7] Одступање од овог принципа садржано је у одредби члана 7. став 4: „Суд је овлашћен да утврди и чињенице које странке нису изнеле ако из резултата расправе и доказивања произлази да странке иду за тим да располажу захтевима којима не могу располагати (члан 3. став 3)".

[8] Члан 106: „Тужба, одговор на тужбу, правни лекови и друге изјаве, предлози и саопштења који се дају ван расправе поднесе се писмено (поднесци).

Члан 186. став 3: „*Суд ће поступити по тужби и кад тужилац није навео правни основ тужбеног захтева, а ако је тужилац навео правни основ, суд није везан за њега*“ (нагласио Ђ. С.).

Тужбом се покреће парнични поступак. Да би суд поступао по тужби, тужилац мора (поред осталих, у суштини формалних података) да истакне тужбени захтев, чињенице на којима заснива захтев и доказе којима се утврђују те чињенице. Дакле, и по одредби члана 186. став 1. предмет доказивања су чињенице.

Сходно одредби члана 186. став 3, тужилац не мора навести правни основ тужбеног захтева. Тужилац може навести правни основ, али ће суд поступати и кад правни основ није наведен (дакако, претпоставка је да су задовољени услови из става 1. члана 186). По истој одредби, ако тужилац и наведе правни основ, суд није везан за њега. Да се ово не односи само на тужиоца, произлази из одредбе члана 297. став 4, који је садржан у делу који се односи на ток главне расправе, а гласи: „Странке могу износити и своја правна схватања која се односе на предмет спора“. Пошто је правно схватање шири појам од правног основа, правни основ је садржан у појму правног схватања. Према томе, пошто је тужени странка у поступку, очигледно је да ово даје и туженом могућност да наводи правни основ.

Као и у случају кад тужилац наведе правни основ, и кад то чини тужени, суд није везан за њега. То произлази из аналогије са одредбом члана 186. став 3.

3.6. Суд је дужан да мериторно одлучи о захтеву странке ако су испуњени формални услови. Да би то учинио, утврђени чињенични супстрат супсумира под општу правну норму – материјално право. С обзиром да странке не морају да наведу правни основ, а и ако га наведу суд није везан за њега, *значи да суд по службеној дужности утврђује право по коме мериторно одлучује.*

Поднесци морају бити разумљиви и морају садржавати све оно што је потребно да би се по њима могло поступити. Они нарочито треба да садрже: означење суда, име, занимање и пребивалиште, односно боравиште странака, њихових законских заступника и пуномоћника ако их имају, предмет спора, садржану изјаву и потпис подносиоца.

Ако изјава садржи какав захтев, странка треба у поднеску да наведе *чињенице* на којима заснива захтев, као и *доказе* кад је то потребно (нагласио Ђ. С.).

Изјава која се даје поднеском може се, уместо поднеском, дати усмено на записник код парничног суда“.

4. Закон о парничном поступку (ЗПП)[9] *(ступио на снагу 23. фебруара 2005. године)*

4.1. Одредбе става 1. и става 2. члана 7, као дела општих одредби, садржане су готово у идентичном тексту као у претходном ЗПП-у[10].

4.2. У погледу садржине тужбе, не разликује се од претходног ЗПП-а.

Став 1. члана 187. готово је идентичан је са ставом 1. члана 186. претходног ЗПП-а. Одређено је да тужба треба да садржи чињенице и доказе којима се утврђују те чињенице.

Став 4. члана 187. идентичан је са ставом 3. члана 186. претходног ЗПП-а. Тужилац не мора да наводи правни основ тужбеног захтева, а ако га и наведе, суд није везан тим правним основом. Одредба члана 298. став 4. по којој „странке могу износити и своја правна схватања која се односе на предмет спора", идентична је одредби члана 297. став 4. претходног ЗПП-а. Имајући у виду идентичност одредбе става 4. члана 187. са одредбом става 3. члана 186. претходног ЗПП-а, и одредбе 4. члана 298. став 4. са одредбом става 4. члана 297. претходног ЗПП-а, из разлога изнетих у претходним наводима (у вези са односом појмова „правни основ" и „правно схватање"), и тужени може да наводи правни основ оспоравања основаности тужбеног захтева.

Мада се посебно не наводи да суд није везан изнетим правним схватањима странака, то произилази из аналогије са одредбом члана 187. став 4.

У вези садржине одговора на тужбу, члан 284, став 2. одређује да „ако тужени оспорава тужбени захтев, одговор на тужбу мора садржати и *чињенице* на којима тужени заснива своје наводе и *доказе* којима се утврђују те чињенице" (нагласио Ђ. С.).

Чланови 220.[11] и 221[12], садржани у делу о доказивању, садржајно су идентични са члановима 219. и 220. претходног ЗПП-а.

4.3. Одредбе члана 223. односе се на терет доказивања.

Члан 223. став 2: „Странка која тврди да има неко право, сноси терет *доказивања чињенице* која је битна за настанак или остваривање права, ако законом није друкчије одређено".

---

[9] „Службени гласник Републике Србије" бр. 125, од 22. новембра 2004. године. Ступио на снагу 23. фебруара 2005. године.

[10] Члан 7, ставови 1. и 2: „Странке су дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се утврђују те чињенице.

Суд утврђује све чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева".

[11] Члан 220: „Свака странка дужна је да изнесе чињенице и предложи доказе на којима заснива свој захтев или којим оспорава наводе и доказе противника".

[12] Члан 221: „Доказивање обухвата све чињенице које су важне за доношење одлуке.

Суд одлучује који ће се докази извести ради утврђивања битних чињеница".

Члан 223. став 3: „Странка која оспорава постојање неког права, сноси терет *доказивања чињенице* која је спречила настанак или остваривање права или услед које је право престало да постоји, ако законом није друкчије одређено“ (нагласио Ђ. С.).

Дакле, као и код претходног ЗПП-а, доказивање се односи на чињенице. У том погледу између претходног и садашњег ЗПП-а нема разлике.

4.4. Кад је реч о страном праву, садашњи ЗПП разликује се од претходног. Претходни ЗПП је у поглављу о доказима и извођењу доказа садржавао одредбу из члана 222[13], која се односила на страно право. Садашњи ЗПП не садржи ниједну одредбу која се односи на страно право. Према томе, не постоји основ по којем би суд могао од странака затражити да га обавесте о страном праву које треба да се примени. Не одређује ни начин на који ће суд утврдити садржај страног права. Очигледно је, дакле, да се у потпуности и без резерве полази од принципа *iura novit curia*.

Принцип *iura novit curia,* по којем суд познаје све правне норме, па тако и норме из правних система страних држава, је пресумпција. Тај принцип не значи да их стварно познаје, него да их мора познавати по службеној дужности [14].

Поставља се питање на који начин ће суд утврђивати садржај страног права које треба да примени. С обзиром на то да ЗПП не садржи одредбе о томе, суд није ограничен у начину утврђивања страног права, сем што не може обавезати странке да га о томе обавесте. Сматрамо да је најједноставнији начин да то утврди да о овоме затражи обавештење од државног органа надлежног за послове правосуђа, као што је било одређено чланом 222. претходног ЗПП-а.

4.5. Да би се олакшало поступање у предметима у којима је потребно да се примени страно право, државе закључују билатералне уговоре којима регулишу ову материју. То знатно олакшава добијање обавештења о садржају права држава уговорница. Овакве билатералне уговоре закључују нарочито државе које имају честе трговинске и остале везе.

У вези са истом материјом закључују се и мултилатералне конвенције. У оквиру Савета Европе донета је Европска конвенција о обавештењима о страном праву[15]. Иако је донета у оквиру Савета Европе, члан 18.

---

[13] Члан 222: „Ако суду није познато право које важи у страној држави затражиће обавештење од савезног органа управе надлежног за послове правосуђа.

Суд може и од странке затражити да поднесе јавну исправу издату од надлежног иностраног органа којом се потврђује које право важи у страној држави“.

[14] Синиша Трива: *Грађанско парнично процесно право,* Загреб, 1980, стр. 139–140.

[15] Сачињена у Лондону, 7. јуна 1968. године. Ратификована од стране СФРЈ. „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“ бр. 7/91.

став 1. Конвенције одређује да након ступања Конвенције на снагу, Комитет министара Савета Европе може да позове било коју државу која није чланица Савета Европе да приступи Конвенцији.

Члан 1. Конвенције одређује да се стране уговорнице обавезују да једна другој обезбеђују, у складу са одредбама Конвенције, обавештења о свом материјалном и процесном праву у грађанско-правној и привредно-правној области, као и организацији правосуђа. Ради остваривања одредаба Конвенције, чланом 2. Конвенције је одређено да се свака страна уговорница обавезује да оснује или именује тело које ће примати захтеве за обавештења од других страна уговорница, и поступати по тим захтевима. То тело мора да буде министарски ресор или неки други државни орган.

5. Закључак

Анализом општих одредаба ЗПП-а из члана 7, те одредаба које се односе на састав тужбе, одговора на тужбу, доказе и доказивање, очигледно је да су предмет доказивања у парничном поступку чињенице. Ниједна одредба ЗПП-а не односи се на доказивање права. У односу на право, вреди принцип *iura novit curia*, при чему се не прави разлика између домаћег и страног права.

Овакво законодавно решење у складу је са ставом правне науке, према којем суд не може да чини разлику између домаћег и страног права кад га примењује темељем колизионих норми међународног приватног права. Садржај правне норме не може бити предмет доказивања, без обзира да ли се ради о домаћем или страном праву.

Страно право, као и домаће, не доказује се него утврђује по службеној дужности[16].

Дакле, кад се страно право примењује темељем колизионе норме, оно је право а не чињеница.

САЖЕТАК

Када домаћи суд примењује страно право темељем колизионе норме, поставља се питање да ли је страно право право или чињеница.

Према одредбама Закона о парничном поступку, странке треба да изнесу чињенице на којима заснивају свој захтев или оспоравају захтев противне странке, и предложе доказе

[16] Боривоје Познић: *Грађанско процесно право*, Београд, 1995, стр. 206. Синиша Трива: *Наведено дело*, стр. 385. Натко Катичић: *Огледи о међународном приватном праву*, Загреб, 1971, стр. 397. Срећко Цуља (*Zuglia*): *Грађански парнични поступак ФНРЈ*, Загреб, 1957, стр. 320.

којима се утврђују те чињенице. Странке могу, али нису обавезне, да наведу и правни основ. Међутим, суд није везан тим правним основом.
Ниједна одредба Закона о парничном поступку не односи се на обавезу странака да доставе суду садржај страног права које треба применити. Према томе, не постоји основ по којем би суд могао од странака тражити обавештења о страном праву. Очигледно је да се полази од принципа *iura novit curia*, при чему се не прави разлика између домаћег и страног права.
Садржај правне норме на основу које суд одлучује о основаности тужбеног захтева не може бити предмет доказивања, без обзира да ли се ради о домаћем или страном праву. Доказују се чињенице, а право се утврђује по службеној дужности. При томе нема разлике да ли се ради о домаћем или страном праву. Из тога следи да кад домаћи суд примењује страно право темељем колизионе норме, да је страно право право а не чињеница.

Summary

In case the domestic court applies a foreign law grounded on collision norms, the question arises whether the foreign law is a right or a fact.
Pursuant to the provision of the Litigation Procedure Law, the parties are obliged to provide facts upon which they base their request or derogate the request of the opposite party and suggest proofs by which the facts are determined. The parties may, but they are not obliged to, provide a legal ground as well. However the court is not bound by the said legal ground.
None of the Litigation Procedure Law provisions relates to the obligation of the parties to provide the contents of the foreign law which is to be applied to the court. Therefore, there is no basis according to which the court could ask for information about the foreign law. It is obvious that the principle *iura novit curia*, is the starting principle and the difference is not made between the domestic and the foreign law.
Contents of the legal form on basis of which the court makes decision related to the soundness of the claim, can not be the subject of proof without taking into account whether the domestic or foreign law is in question. Facts are proved and the law is determined according to the official procedure. There is no difference whether the domestic or foreign law is in question. Therefore, the conclusion is that when the domestic court applies foreign law grounded on the collision norm, the foreign law is a law, not a fact.

РАСПРАВЕ

Мр. Милан С. Јанковић
адвокат из Београда

ПОВОДОМ НАЈНОВИЈИХ ИЗМЕНА И ДОПУНА ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ
(Сл. гл. бр. 111/09 од 29. 12. 2009. год.)
– поступак по ревизији –

Увод

У овом раду жели се указати на неке од уочених недостатака које произлазе из текста новоусвојених измена и допуна важећег Закона о парничном поступку. Недостаци се тичу питања колико се новим законским решењима нарушава правна сигурност грађана, те колико је њихова једнакост пред законом на овај начин доведена у питање.

Постојеће законско решење

Изменама и допунама Закона о парничном поступку, који је ступио на снагу даном објављивања, у члану 38 ст. 2, предвиђено је да се ревизија не би могла изјавити ако вредност предмета спора побијаног дела не прелази динарску противвредност 100.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе.

При том, ако ревизија није изјављена, дакле ако имамо „ситуацију у току“, тј. када је тужба поднета у режиму ранијег закона и у којој је вред-

ност предмета спора означена изнад 500.000 динара (а мање од 100.000 евра), и спор је у току, има се применити овај **измењен текст Закона**, према изричитој одредби члана 55 ст. 1 цитираног Закона. Ставом 2 истог члана предвиђено је међутим, да се у погледу већ изјављених ревизија имају применити одредбе ранијег Закона.

Актуелност проблема – критика законског текста

Адвокати се у пракси често сусрећу са странкама којима чврсто обећавају да ће се њихов спор наћи и пред судом трећег степена (раније Врховни суд Србије), имајући у виду да вредност предмета спора прелази 500 000 динара – члан 394 ст. 2 и 3 ранијег текста ЗПП-а.

У таквим случајевима адвокат, поступајући у складу са својом етиком, саветује странкама да је нужно да одмах плате таксу на вредност предмета спора као за ревизију, гарантујући им при том да ће се њихов спор наћи и пред Врховним судом Србије. Ако су странке имале „срећу“ (што је, наравно, релативан појам са гледишта самих странака у зависности од исхода спора) те је њихов спор правоснажно окончан до дана када су усвојене измене и допуне ЗПП-а, о њиховој евентуално изјављеној ревизији ће се расправљати пред Врховним касационим судом. Но шта је са оним мање „срећним“, где је поступак још у току, тј које су заробљеници својих „ситуација у току дејства“ (facta pendentia)?

Дакле, садашњим законским решењима, пре свега је **правна сигурност** странка озбиљно је доведена у питање. Странке су, наиме, основано очекивале да ће се о њиховом спору расправљати пред судом трећег степена, што је неспорно **већа гаранција** законитости одлуке. Међутим, и **поверење у адвоката** ће бити урушено (јер је и он део тог правног система и, хтео не хтео, дели с њим судбину), ако адвокатура, овим поводом, не подигне свој глас и не супротстави се оваквим законским решењима, бар на овај начин.*

Но како стоји ствар са **начелом једнакости**, јер странке имају право, у смислу члана 2 ст. 1 ЗПП-а, на закониту, једнаку и правичну заштиту својих права.

Одмах на почетку треба приметити да се на овај начин успоставља заправо **ретроактивно** (повратно) дејство закона, тј. примена закона и на раније случајеве, пре његовог доношења.

* При том, треба нарочито нагласити да цела ствар добија и посебно забрињавајућу димензију, ако се имају у виду предстојеће измене Закона о адвокатури, којима се наговештава увођење обавезног осигурања од штетног ризика које странке могу имати од заступања, те да овакви законски захвати, ако поприме особине сталне праксе, могу адвокатури наносити ненадокнадиву штету.

Но како се ради о „ситуацијама у току дејства“ (fakta pendentia), са те стране посматрано, не би имали шта замерити ретроактивном дејству најновијих измена и допуна Закона о парничном поступку (Сл. гл. 111/09 од 29. 12. 2009. год.).

Међутим, по нашем мишљењу, сам појам „ситуација у току“, не може се узети изоловано, већ се мора посматрати у функцији једног **вишег начела**, чије нас поштовање такође обавезује. То је начело тзв. „друштвеног интереса“* чија је примена овде озбиљно доведена у питање.

Поштовање „друштвеног интереса“, по својој садржини представља целокупност битних опредељења друштвене заједнице, којима се обезбеђује, пре свега, поштовање **начела уставности и законитости**.**

Наиме, ако су странке, примера ради, у тужби означиле вредност предмета спора изнад 500.000 динара (али не и читавих 100.000 евра) и платиле таксу, рачунајући при том основано да ће им, према тадашњем законском тексту, бити омогућена правна заштита у трећем степену, изјављивањем ревизије, сада су доведене у ситуацију да, према изменама и допунама ЗПП-а, губе право на изјављивање овог правног средства, с обзиром на то да је вредност предмета спора за ревизију померена на целих 100.000 евра у динарској противвредности.

Овим се, по нашем мишљењу, задире у основно уставно право странака на **једнаку правну заштиту** пред судовима, које је инкорпорирано у законски текст важећег Закона о парничном поступку – чл. 2 ЗПП-а, ако се има у виду да ће се о већ изјављеним ревизијама одлучивати по ранијим одредбама ЗПП-а, те да ће ове странке (које су већ изјавиле ревизију) имати могућност правне заштите пред судом највишег степена (Врховни касациони суд), за разлику од странака које су спор иницирале у режиму старог Закона, означавајући вредност предмета спора изнад 500.000 динара, али који спор још није правоснажно окончан, те оне нису у ситуацији да изјављују овај правни лек. Наравно да се овим задире и у основна начела Европске конвенције о људским правима и отвара се могућност спора пред Европским судом за људска права у Стразбуру.

Закључак

Не оспоравајући право законодавцу да, руководећи се „друштвеним интересом“, омогући тзв. непосредно дејство овог процесног Закона, не

---

* Овај термин користи проф. Слободан Перовић у својој монографији под називом *Ретроактивност закона и других општих аката – теорија сукоба закона у времену,* објављеној 1987. год. у издању Научне књиге, Београд, стр. 157.

** Исто стр. 159.

можемо занемарити све последице оваквог „захвата“, који је иначе карактеристичан за тзв. **„колективистичко“** поимање права (према којем концепту су у другом плану индивидуална права и слободе грађана).

Јер, „само у случају неспорног утврђења чињенице да се конкретним актом ретроактивности адекватније постижу циљеви, него што би то било у хипотези очувања **правне сигурности** (подвукао М. Ј.) у том домену, могуће је применити критеријум друштвеног интереса. Реч је о једној процени и свесном „жртвовању“ **мањег** (подвукао М. Ј.) друштвеног добра, да би се у конкретном случају остварило веће друштвено добро“*

Поента је, дакле, у тој процени **шта је мање важно, а шта више важно**: да ли **убрзати** поступке на овај начин (тиме што би се избегло трећестепено одлучивање) и тако свесно жртвовати нека од основних људских права или, зарад очувања недирнутог корпуса људских права, омогућити свима **правну сигурност** и право на **једнаку судску заштиту** (то је могуће постићи одговарајућом регулативом кроз прелазне и завршне одредбе).

Сматрам да се одговор сам намеће.

* Исто, стр. 159 и 160.

Ђурђе Нинковић
адвокат из Београда

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ЗАТВАРАЊА ЕВРОПСКОГ ВАЗДУШНОГ ПРОСТОРА

Скорашње затварање Европског ваздушног простора због ерупције вулканског дима из вулкана на Исланду чије име нико, осим Исланђана, не уме правилно да изговори, унело је велики поремећај у ваздушни саобраћај, незапамћен у историји цивилног ваздухопловства. Обустава ваздушног саобраћаја имала је и одређене правне последице, како за путнике тако и за ваздухопловне превозиоце. Те правне последице у европском ваздушном саобраћају регулисане су све развијенијим законодавством и подзаконским прописима Европске Уније, а у првом реду Регулативом (EC) No. 261/2004 која одређује компензације у случају ускраћеног укрцавања – укључујући кашњење и отказивање летова.

ЕУ Регулатива 261/2004 важи за летове које врше ЕУ превозиоци или за летове које врши *било који превозилац* са аеродрома у Европској Унији. Она дефинише (1) обавезе превозиоца према путнику и (2) ниво компензације која се плаћа у случају отказивања лета или великог кашњења. Регулатива ЕУ за случај ускраћеног укрцавања (261/2004/EC) ступила је на снагу 17. 02. 2005. године, после дуготрајне политичке кампање за повећање заштите потрошача у Европској Унији за авионске путнике. Значајно је одмах на почетку напоменути да се ова Регулатива односи на све ЈАТ-ове летове који полазе са аеродрома унутар ЕУ.

Ускраћено укрцавање (члан 4)

Први аспект којим се бави Регулатива је *ускраћено укрцавање.* Овај аспект је нарочито релевантан као последица поремећаја комерцијалних летова изазваних вулканским пепелом, јер су многи летови пуни и могу бити пребукирани у периоду успостављања нормалног рада и репатријације непревезених путника. Према Регулативи, уколико прево-

зник са разлогом очекује да ће ускратити укрцавање на лет, он има обавезу да тражи волонтере који би одустали од својих резервација у замену за погодности о којима се договара превозилац са волонтерима.

Ако се не јави довољан број волонтера, тек онда се може путницима ускратити укрцавање против њихове воље. Такви путници имају право на компензацију (према члану 7) у износу од ЕУР 250 за летове од 1500 километара или краће, до ЕУР 600 за летове преко 3500 километара. Смањење компензације од 50% може да постоји уколико се путницима понуди алтернативна рута до крајње дестинације на другом лету, под условом да време доласка алтернативног лета не прелази одређени број сати у поређењу са оригиналним летом, тј. до 2 сата за летове до 1.500 километара или краће, а до 4 сата за летове преко 3.500 километара.

Уколико је путницима ускраћено укрцавање превозник је, такође, обавезан да сваком таквом путнику понуди избор између:

а) Рефундирања у року од седам дана цене плаћене за карту, за део или делове пута који нису обављени, и за део пута који је обављен уколико тај лет није испунио намену према путниковом првобитном плану путовања. Понуда за рефундацију треба да буде у одређеним околностима комбинована са повратним летом до путникове почетне тачке поласка на пут и то најранијом приликом.

б) Обезбеђивање алтернативне руте, под сличним условима путовања, до путниковог крајњег одредишта (према члану 8).

Додатно, уколико је путницима ускраћено укрцавање они имају право на храну (оброке) и освежавајуће напитке и у неким случајевима хотелски смештај, транспорт и телефонске позиве, факсове или e-mail-ове (према члану 9).

Отказивање лета (члан 5)

У току недеље између 15. и 22. априла 2010. године дошло је до отказивања на хиљаде летова широм Европе због облака вулканског пепела који се кретао преко континента и изазивао потенцијалну опасност за авионске моторе и електронску опрему. У случају **отказивања** лета превозилац је обавезан да путницима понуди исте опције за рефундирање или за алтернативне руте, као у случају ускраћеног укрцавања. Додатно, путници имају одређена права на помоћ (према члану 9) коју мора да обезбеди или плати ваздухопловни превозилац, и то:

- Храну (оброке) и освежавајуће напитке у разумном односу на дужину чекања;

- Хотелски смештај у случају када је неопходан останак преко ноћи;
- Превоз од аеродрома до места смештаја; и
- Два бесплатна телефонска позива, телекса, факса или е-маил-а.

Путник чији је лет отказан има иста права на **компензацију** као и путник коме је ускраћено укрцавање (у износу од € 250 за летове од 1500 километара или краће, а од € 600 за летове преко 3500 километара) осим уколико су путници обавештени о отказивању бар две недеље пре планираног времена за пут. Превозилац може да избегне плаћање компензације када је време за обавештење краће, уколико је путнику понуђена алтернативна рута под следећим условима:

- Под сличним условима превоза до путниковог крајњег одредишта или:
  – Најраније што је могуће, или
  – Каснијег датума који путнику одговара, под условом да има слободних места.

У информативном документу Европске комисије о регулативи 261/2004 потврђено је да у случајевима алтернативне руте летови не морају бити обављени од стране ваздушног превозиоца код кога је путник извршио резервацију и да, у ствари, алтернативна рута не мора бити ваздушним превозом. Може бити предложено алтернативно средство транспорта, као што су воз, такси или аутобус уколико је то одговарајуће за раздаљину коју треба прећи. У упутствима се такође каже да, уколико је путнику понуђена алтернативна рута да путује најраније што је могуће, а он изабере да путује каснијег датума, превозилац није у обавези да му даље пружа помоћ.

Изузетне околности (члан 5 /3/)

Ваздушни превозилац **неће** бити обавезан да плати компензацију према члану 7, уколико може да докаже да је отказивање проузроковано изузетним околностима које нису могле бити избегнуте, чак иако су предузете све разумне мере.

Док путници не могу захтевати додатну компензацију када лет много касни или је отказан због „изузетних околности“, они још увек имају право на рефундирање и/или алтернативне руте као и на старање и помоћ (што може обухватити хотелски смештај према члану 9). За време скорашње епизоде са вулканским пепелом када су регулатори поставили строга ограничења за ваздушни саобраћај, Комесар за транспорт ЕУ, Siim Kallas, изјавио је за штампу да се преовлађујуће околности могу сматрати веома изузетним, али да је упркос томе важно подсетити пут-

нике и ваздухопловне компаније да права ЕУ путника на рефундирање или алтернативне руте (члан 8) и право на старање и помоћ (члан 9) још увек важе и у овој ситуацији.

Кашњење (члан 6)

Путници чији летови **касне** немају права на компензацију према члану 7. Регулативе, али им се мора понудити помоћ у виду хране, освежавајућих напитака, смештаја и комуникације, као што је горе наведено, у зависности од дужине кашњења, и то

- два или више сати закашњења код летова од 1500 километара или краћих; или
- три или више сати закашњења свих летова унутар Уније дужих од 1500 километара и свих других летова дужине између 1500 и 3500 километара; или
- четири или више сати закашњења свих летова који не спадају у две горе наведене групе путницима ће авио-превозник понудити помоћ опредељену у Члану 9.

Међутим, Европски суд правде (ECJ) је у својој одлуци у предмету Sturgeon & Condor/Bock v Air France објављеној 19. новембра 2009. године протумачио Регулативу 261. на тај начин што је обавезао ваздухопловног превозиоца да плати накнаду у висини између €250 и €600 за закашњење лета дуже од три сата. При томе је Европски суд правде (ECJ) у суштини „преформулисао“ регулативу 261. у корист путника, на начин који није био замишљен. Пресуда у случају Стургеон је била предмет оштре критике од стране ваздухопловне индустрије која је указивала да Регулатива јасно и недвосмислено предвиђа накнаду само за случајеве отказивања лета и ускраћивања укрцавања.

Међутим, пресуда у случају Стургеон је поставила прецедент у коме је Суд заправо прерадио Регулативу да би је прилагодио околностима посебног случаја. Овај прецедент може бити искоришћен за ваздухопловне превозиоце у контексту прекида саобраћаја због вулканског пепела, да би појам „изванредних околности“ као изузетка потенцијално проширио и на друге обавезе које намеће Регулатива и искључио помоћ и преусмеравање из обавеза ваздухопловног превозиоца.

ЈУБИЛЕЈИ – СВЕЧАНОСТИ

Томислав Ш. Дедић
адвокат из Подгорице

РЕЧ ЗАХВАЛНОСТИ ПРИЛИКОМ УРУЧЕЊА ПЛАКЕТЕ АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ СРБИЈЕ

Указана ми је част и прилично велико задовољство доделом плакете Адвокатске коморе Србије.

Када бих у овом часу захвалности могао да нађем праве речи да искажем своје мисли и осећања онда би Ваше срце, а не Ваше уши, чуло и осјетило срдачан стисак руке и топли пријатељски загрљај. Тиме бих Вам рекао све. Но, ову Повељу у свом срцу делим са уваженим колегама и господом, *са којима сам сарађивао у тежњи за зближавање и успостављање колегијалних и пријатељских односа Комора Црне Горе и Србије и афирмацији наше професије.*

Сјенима оних који више нису међу нама поклањам се са дужним поштовањем.

Званичницима наших Комора и адвокатима, даме и господо, захваљујем се јер је свако од њих на себи својствен начин утиснут уз моје име на овој Повељи.

Додела признања у овом здању, које је симболизовало јединство југославенских народа, оваплоћује се присуством представника адвокатских комора са простора од Триглава, Велебита, преко Авале и Шаре, до Ловћена са сенима Владике Рада. Помињем га уз поклањање, јер је свим људима, а посебно посленицима правде, оставио завет: *„најсветлија људска дужност је привођење зла неправде к познанију права“.*

Као што рекоше стари Римљани, *правда је уметност правичног и доброг.* На друштвеној сцени, у судницама – тим аренама у којима се утврђује правда, бој се бије познавањем права и логике, аргументима,

речитошћу уз културу дијалога и одважношћу. Адвокати су у тој арени врсни уметници чије оштро копље допире до дубине правде подстичући је да нас обасја светлошћу владавине права. Ту улогу адвоката и наше професије, чија је мисија заштита права и слобода човека и грађанина, политичка и државна власт никада нијесу адекватно оцјенили. У прилог тачности мога става је и покушај деградације достојанства професије предлогом за увођење фискалних каса. Прилика је да Вам уз празник, даме и господо адвокати, честитам на јединственом бунту у одбрани достојанства професије.

Задовољство ми је што плакету примам у Београду, граду мојих студентских година, граду у којем се осећам као свој међу својима, пријатељ међу пријатељима, колега међу колегама.

Завршићу ову своју реч захвалности стихом Црњанског из *Ламента над Београдом*:

Ти међутим стојиш над широком реком,
Над равницом плодном, тврд, уздигнут ко штит.
Ти певаш ведро, са грмљавом далеком,
И ткаш у столећа, са мућама и свој мит

Хвала Вам на пажњи.

Београд, 27. фебруар 2010.

ПРИКАЗИ

НАУЧНИ СКУП „ТЕРОРИЗАМ И ЉУДСКЕ СЛОБОДЕ“

У организацији Удружења за међународно кривично право, крајем маја 2010. године на Тари је одржан међународни научни скуп о теми *Тероризам и људске слободе*. Ово је девети по реду тематски међународни научни скуп у организацији овог Удружења. У уредно штампаном, увезаном и квалитетно технички обрађеном материјалу на преко 500 страница, налази се 31 рад наших еминентних правника из домена науке и струке. Поред председника Удружења проф. др Миленка Креће, свој рад је непосредно изложио познати проф. др Владо Камбовски, академик, из Македоније, иначе редовити учесник овог семинара. Поред њих учешће је узео и проф. др Бора Чејовић, који је, такође, свој запажен рад „Тероризам и гранична кривична дела“ непосредно изложио. Осим наведених аутора, не мање значајне, радове су приложили и учествовали у излагању бројни професори и предавачи, којима је предложена тема ужа наставна делатност. Видно су били присутни и млади наставници, на основу онога што су изложили може се рећи да су они обећавајуће снаге у научној области. Сам наслов скупа јасно асоцира, то не треба посебно доказивати, да тероризам угрожава људске слободе. Али, поента је у томе да се сагледавају могући модалитети организовања терориста и терористичких организација, њихова повезаност са појединим државама и моћним појединцима, који дају логистику и финансирају терористичко деловање, затим, улога медија у сузбијању тероризма и др. Након излагања садржајних и квалитетних радова, развијала се дискусија о бројним питањима која су из домене изложене теме, или о питањима која су блиско повезана с њом. При крају рада саветовања донесени су и закључци у вези са овом темом.

На научном скупу, поред поменутих, учествовале су и колеге из држава из окружења, те проф. др Д. В. Солтанович из Руске Федерације. Нажалост, морамо приметити да су недостајали учесници из нашег правосуђа – судије, тужиоци и адвокати, осим ретких изузетака. У сваком случају, када се има у виду да наше правосуђе, посебно Веће за ратне

злочине, има пуне руке посла са најтежим облицима угрожавања живота људи, а тиме и свих слобода, било је корисно чути научне аргументе и идеје како се супротставити том савременом злу, те како се од њега најефикасније заштити.

У оквиру скупа, промовисана је и књига проф. др Срета Нога, *Судско право*, Београд, 2010, која је изазвала веома запажене дискусије, а посебно проф. Камбовског, који је најавио да и сам припрема књигу под истим насловом, али знатно обимнију и да ће то бити наставни предмет, односно један од опционих предмета на Правном факултету. Тема књиге је веома интересантна, па је препоручујемо свима који се баве правом у најширем смислу речи, а посебно радницима из области правосуђа.

Главни и одговорни уредник „Бранича“,
др Недељко Јованчевић

IN MEMORIAM

МИЛОШ МАРКОВИЋ – МИША (1947–2010)

Милош Марковић-Миша (1947–2010) је стекао диплому на Правном факултету у Београду (1970) на којем је његов отац, пок. проф. др. Божидар Марковић (1903–2002) био професор пре Другог светског рата. Миша је наставио породичну традицију која његовим одласком није прекинута.

При крају своје блиставе спортске каријере* дуго и озбиљно је промишљао да ли да напусти висок, удобан и добро награђен положај у тада, а и касније, веома успешном и угледном предузећу „Granexport".

Приклонио се адвокатури, забринут питањем да ли је способан да удовољи њеним захтевима, а не свешћу о њеном скромном материјалном уздарју на почетку каријере.

Захваљујући снази своје воље, брушене вишедеценијским тренингом и такмичарским успесима врхунског спортисте, свом правничком и општем образовању, поштовању општих моралних начела и начела адвокатске етике, веома брзо је прихваћен као врстан адвокат од каријере, како међу колегама, тако и у правосуђу.

Своју завидну интелигенцију, изузетну сналажљивост, радно и спортско искуство ставио је у службу стручном знању, које је унапређивао пратећи и проучавајући прописе, често тешко схватљиве. Једнако ревносно изучавао је теорију и пратио судску праксу. Радо и често је своје знање допуњавао искуством и знањем својих колега, чијим мишљењима је посвећивао пажњу, посебно када су била супротна његовом мишљењу или његовој идеји о томе на који начин треба приступити решавању задатка, а колегама је узвраћао не штедећи ни труд ни време.

Колико год је одбијао да обећа неизвесну помоћ, толико је помагао онда када је био уверен да, саветом или делом, може помоћи не правећи разлику међу онима који су му се за помоћ обраћали.

---

* Као голман Ватерполо клуба Партизан: девет пута је био првак Југославије, вишеструки освајач Купа Југославије и два пута првак Европе; као југословенски репрезентативац био је двоструки учесник Олимпијаде, освајач бронзаних медаља на Првом светском првенству у пливању, ватерполу и скоковима у воду у Београду 1973. године и на Светком првенству 1975. године, освајач бронзаних медаља на првенству Европе 1970. и 1974. и вишеструки учесник Медитеранских и Балканских спортских игара.

За све људе имао је хумано срце, а очинско за своје најближе. Према родитељима се односио са поштовањем, љубављу и пажњом и у позним годинама им био узданица, а мајци Јелени до својих последњих тренутака. Са децом је био дете, са младима млад, па је међу њима био омиљен као и међу одраслима, којима је годила његова ведрина и лепа и топла реч. Чак и када је био скептичан из његовог погледа зрачио је благи оптимизам.

У супрузи Вери имао је верног сапутника. Она је имала потпуно разумевање за Мишу, чак и у тренуцима када то интимно није сасвим одобравала, када се њен, иначе одмерени, умерени и опрезни Миша, у друштву пријатеља препуштао потпуном ужитку достојног врхунском хедонисти. Узајамна привржености их је више од једне деценије, готово сваког викенда, водила до викендице из које се из лепог воћњака пружао поглед на Дунав, који баш на том месту својом ширином оставља утисак морског пространства. Ту се Миша препуштао Вериној одличној кухињи и неговању воћњака и, извесно, својим вољним и невољним мислима.

Никад хвалисав, био је омиљен и хваљен, а изнад свега самосвојно духовит. Озбиљним ситуацијама, па и оним стварима које називамо трагичним, давао је духовиту ноту која је често била јетка, али ни духовитост ни јеткост никада нису вређале достојанство онога на кога су се односиле, ни достојанство слушаоца. То достојанство штитио је својим тананим духом, снажим карактером и пристојношћу, којима је духовитост и јеткост држао у оквиру језгровитог и тачног одсликавања личности, односа или догађаја, чинећи их разумљивијим, љупкијим и надасве ближим људском уму и духу. Само ономе ко није познавао Мишу могла се понека његова духовита досетка учинити „грубом“ или јеткост претераном – Миша је себе често беспоштедно излагао хумору. Рецимо, на пријатељево питање: „Надам се да ћемо се видети пре твог одласка у болницу“, Миша кроз лаган смех одговара: „Надам се – и после“. Након што је, на жалост, лишен могућности да користи свој глас, телефонске поруке пријатељима потписује са: „Мута“ или „Миша с оног света“.

У адвокатури је „подигао за живота себи споменик трајнији од туча“, оставивши у нашим редовима синове Уроша, адвоката и Срђу, адвокатског приправника. Обојица ће, заједно са својим стрицем и учитељем Слободаном Марковићем, млађим Мишиним братом, с којим је заједничку канцеларију водио од 1984. године – још дуго красити наше редове.

Истина је да је „прави гроб умрлих у срцу живих“, где ће Миша почивати окружен љубављу својих ближњих и својих пријатеља, грејан топлином њихових душа.

ЂОРЂЕ В. БОЖОВИЋ (1935–2010)

Дана 14. марта 2010. године у Београду, после краће и тешке болести преминуо је адвокат Ђорђе Божовић.

Адвокат Ђорђе Божовић је рођен 5. маја 1935. године у Суботици. Правни факултет Универзитета у Београду уписао је 1954. године, где је и дипломирао 1959. године.

По дипломирању, своје даље професионално оспособљавање наставља као судијски приправник у Општинском суду у Обреновцу.

Правосудни испит положио је 1963. године пред Министарством правде Републике Србије, а своје даље професионално ангажовање наставља као судијски приправник, а потом као стручни сарадник у Првом општинском суду у Београду. Године 1965. изабран је за судију Првог општинског суда у Београду, где је судио прво у грађанском већу а потом у кривичном већу тога суда. Године 1973. изабран је за судију Окружног суда у Београду, где суди у кривичном већу и специјалном већу за привредни криминал. Судија Окружног суда у Београду остаје све до 1976. године.

Од 1976. године Ђорђе Божовић започиње адвокатску каријеру, као ортак у једној од првих удружених адвокатских канцеларија у Београду и тадашњој СФРЈ, заједно са адвокатима Ђорђем Чоловићем и Љубомиром Трифуновићем. Удружена канцеларија адвоката од 1995. године наставља рад под називом „Трифуновић, Божовић & Ђелић“, а након смрти адвоката и оснивача канцеларије Љубомира Трифуновића крајем 2001. године па до данас, под именом „Удружена адвокатска канцеларија Божовић, Ђелић & Ивковић“.

У овој канцеларији остао је до краја свог радног века, радећи активно на предметима све до краја јануара 2010. године, када је отишао на лечење.

Адвокат Ђорђе Божовић био је врхунски правник, судија и адвокат, са преко 50 година радног стажа и непроцењивог животног и професионалног искуства.

Још као судија у Првом општинском суду у Београду, затим у Окружном суду у Београду, био је познат по чињеници да његове одлуке готово никада нису обаране на вишем суду.

Током своје богате адвокатске каријере заступао је и бранио велики број клијената – како физичких тако и правних лица у грађанским парницама, трговинским споровима а највише у кривично-правним предметима, пред судовима опште надлежности, привредним, односно трговинским судовима и арбитражама широм бивше СФРЈ, касније СРЈ и Републике Србије.

Адвокат „Енергопројекта“ био је преко 30 година. Ову грађевинску фирму, некада једну од највећих, заступао је у великом броју веома комплексних кривичних, грађанских и привредних спорова.

Адвокат Ђорђе Божовић је оставио и велики број својих ученика, приправника који су данас судије, правници и адвокати, који су од њега имали и те како шта да науче као правници, али пре свега као људи.

Наш колега и ортак Ђорђе Божовић оставио нам је лични пример како треба часно живети и радити као правник и адвокат, у земљи у којој ни професија, ни етика нису на високом нивоу, и где на жалост нема институција нити личности које својим примером могу бити светионик и ослонац.

Остаће вечно упамћен по свом беспрекорном интегритету и професионалној етици, по својој радној енергији и непрекидном проучавању закона, прописа и судске праксе, те личној скромности у најлепшем смислу те речи.

Адвокат Ђорђе Божовић оставио је супругу Славијанку Аџић-Божовић, сина Игора и кћерку Мају.

Владимир М. Ђелић
Драган Р. Ивковић
Александар М. Ђелић
Игор С. Стојичић