ISSN 0353-9644

БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година CXXIII • Нова серија • Број 3–4

Београд

2010

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**, адвокат из Подгорице, **др Име РОКСИН (Imme Roxin)**, адвокат из Минхена, **др 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 2.000 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 CXXIII • New series • Number 3–4

Belgrade

2010

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, PhD**, 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: 2000 copies

Printed by public company ”SLUŽBENI GLASNIK“, Belgrade

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Милан Шкулић

Нацрт Законика о кривичном поступку Србије
као израз лоше концепције и погрешних нормативних решења 9

Слободан Стојановић

Парнични и кривични поступак – заједничке основе 43

Вања Бајовић

Право на одбрану ћутањем 52

Тања Кесић

Односи полиције и јавности у области извештавања
у кривичним стварима 66

Вељко Делибашић

Кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет
опојних дрога из члана 246. Кривичног законика 80

RASPRAVE

Ђурђе Нинковић, Марко Нинковић

Одговорност за производе са посебним освртом
на ваздухопловство 97

Марко Миловић

Претресање стана и лица – осврт на поједине одредбе у ЗКП 104

Драган Калаба

Кривично дело насилничко понашање на
спортској приредби или јавном скупу (чл. 344а КЗ) 110

Станиша Ј. Пауновић

Непреносивост права примаоца издржавања 122

ЕВОКАЦИЈЕ

Живојин Шестић
Драгослав Трнинић – живот и рад 127

Илија Радуловић
Краљу адвоката Србије по каријери – Вељку Губерини 139

ПРИКАЗИ

Илија Радуловић
Књига *Одвјетничке године*, адв. Јосипа Муселимовића 145

Недељко Јованчевић
Књига *Транссахарска железница* Радослава Недића 149

Недељко Јованчевић
Расправе о Нацрту Законика о кривичном поступку 151

CONTENTS

ARTICLES

Milan Škulić
Misconception of the Draft of the new Code of Criminal Procedure 9

Slobodan Stojanović
Civil Litigation and Criminal Procedure – The Common Basics 43

Vanja Bajović
Right to Silence 52

Tanja Kesić.
Police and Public Relations in the Field of Reporting in Criminal Matters 66

Veljko Delibašić
Criminal Offence of Unauthorized Production and Circulation of narcotics Pursuant to Article 246 of the Criminal Code 80

DISCUSSIONS

Đurđe Ninković, Marko Ninković
Liability for Products with particular considerations in the Aeronauthics 97

Marko Milović
Search of dwellings and persons – considerations of the specific provisions of Criminal Procedure Code 104

Dragan Kalaba
Criminal Offence of Violent Behaviour during the sport manifestation or public assembly (Art 344a of the Criminal Code) .. 110

Staniša J. Paunović
Untransferability of the rights of maintenance recipient 122

EVOCATIONS

Živojin Šestić
Dragoslav Trninic – his Life and Work 127

Ilija Radulović
To the King of Serbian Lawyers by career – to Veljko Guberina 139

REVIEWS

Nedeljko Jovančević
The book “The Lawyer's years” written by the lawyer Josip Muselimović 145

Nedeljko Jovančević
The book “Trans-Saharan Railway” written by Radoslav Nedić 149

Nedeljko Jovančević
Discussions on Draft Code of Criminal Procedure 151

ЧЛАНЦИ

UDK: 340.13:343.13(497.11)

др Милан Шкулић

редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду

НАЦРТ ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ КАО ИЗРАЗ ЛОШЕ КОНЦЕПЦИЈЕ И ПОГРЕШНИХ НОРМАТИВНИХ РЕШЕЊА

1. Уводна разматрања

Реформисање кривичног поступка Србије све више добија гротескну форму „игара без граница“. У СФРЈ се примењивао веома солидан ЗКП, који је више пута мењан, али без модификације основних концептуалних механизама, а на темељу тог законског текста, који је концептуално утемељен на Законику о судском кривичном поступку Краљевине Југославије, устројен је и Законик о кривичном поступку из 2001. године, који је више пута новелиран, а последњи пут прилично обимно у септембру 2009. године.[1]

Године 2006. у Србији је усвојен и потпуно нови Законик о кривичном поступку, чија је основна одлика била увођење јавно-тужилачке истраге, као и низа процесних механизама усмерених у правцу креирања

[1] Више о томе: С. Бејатовић, *Кривично процесно право*, друго измењено и допуњено издање, „Службени гласник“, Београд, 2010. стр. 86–87.

услова за брже одвијање кривичног поступка, стварање већег броја алтернативна одређивању притвора итд. Након што је у два наврата одлагана примена тог Законика, у погледу којег је његов већ стартни *vacatio legis*, осим у односу на неколико важних одредби, био утврђен на годину дана, тај модерни Законик је потпуно стављен ван снаге, са образложењем да нису створени услови за његову примену.

Није спорно да је Законик о кривичном поступку из 2006. године, поред читавог низа добрих решења, садржавао и нека не сасвим адекватна или недовољно добра нормативна решења,[2] због чега је већ био припремљен и један законски предлог о његовом новелирању, који би га знатно побољшао. Међутим, тај ЗКП је концептуално био веома добар и што је посебно важно, он је постигао одличан баланс између захтева за иновацијом типа истраге и уопште променама у кривичној процедури којима се омогућава брже и ефикасније вођење кривичног поступка и потребе да се очувају већ традиционална и проверено добра решења наше кривичне процедуре, као што је то посебно случај, са организацијом главног претреса, те формулисањем утврђивања истине као циља кривичног поступка.

Законником о кривичном поступку из 2006. године је први пут у Србији уведена јавно-тужилачка истрага и то на један веома разуман начин, без штетних претеривања, каквим се већ *prima facie* одликују наопаки приступи овоме у Нацрту ЗКП-а из 2010. године.[3] Истрага се у Законику

---

[2] Обично се сматра да је велики проблем био у релативно кратком времену израде овог Законика. То време заиста није било довољно дугачко и било би боље да се на законском тексту радило бар још неколико месеци, али оно ни у ком случају, није било тако кратко, као што то понекад малициозно наводе неки површни критичари овог Законика. Наиме, Предлог тог Законика је био коначно израђен у априлу 2006. године, а радна група је са радом на изради нацрта започела у мају 2005. године. Тих годину дана је заиста дупло краће од наводне (фамозне) две године колико је трајала израда Нацрта ЗКП-а из 2010. године, али је велико питање да ли је тај Нацрт заиста и рађен две године (у реферату који цитирамо у следећој фусноти, наводи се да је Нацрт резултат **једноипогодишњег рада**), јер је ноторна чињеница да је Министарство правде сукцесивно формирало неколико радних група, понекад и са опречним задацима, па уопште није јасно ни када је тачно формирана та радна група која стоји иза овог Нацрта. Не треба заборавити ни то да је цела једна година протекла у време трајања општег избора судија и јавних тужилаца, што је свакако била велика препрека за редовне активности ове радне групе. Коначно, број промена у овом Нацрту и његова потпуно другачија концепција у односу на наш позитиван ЗКП, морају се довести и у везу са временом израде Нацрта, па чак и да је он заиста рађен две године, те да једну годину није „појео“ реизбор носилаца правосудних функција, ради се о сувише кратком времену.

[3] Како се то са пуно укуса наводи у нашој стручној литератури: „Председник радне групе која је израдила Нацрт законика о кривичном поступку је госпођа Снежана Маловић, министарка правде Републике Србије, а чланови радне групе су: госпођа Невенка Важић, судија Врховног касационог суда, госпођа Радмила Драгичевић-Дичић, судија

о кривичном поступку из 2006. године одликовала давањем значајних овлашћења и истражном судији у тој истрази коју он, иначе, није водио и која се покретала одлуком јавног тужиоца, а пре свега у односу на могућност одлучивања о жалби против решења о спровођењу истраге које доноси јавни тужилац, те у погледу доношења одлука о мерама процесне принуде као што је притвор, као и у односу на одређене доказне радње (тзв. хитне судске радње, које би се вршиле у случају постојања опасности да доказне радње не би могле да се понове на главном претресу, због, на пример, смрти сведока или оштећеног и сл.), у погледу којих је јавни тужилац могао захтевати ангажман истражног судије. Међутим, ипак не треба много жалити што ЗКП из 2006. године није у целости примењен, јер заиста нису створени сви потребни услови за његову адекватну примену, пре свега зато што јавна тужилаштва нису ни кадровски ни технички била спремна да на себе преузму терет вођења истраге, док је, с друге стране, тај Законик био изложен тешким нападима од стране дела стручне јавности и посебно адвокатуре што је, по правилу, чињено без јаких аргумената и више у виду примитивне пропаганде и паушалних необразложених или веома слабо образложених критика. Таква атмосфера није била погодна за примену овог Законика, па и због тога није лоше што до његове потпуне примене никада није дошло.

Врховног касационог суда и в.ф. председника Апелационог суда у Београду, госпођа Олгица Милорадовић, заменик Републичког јавног тужиоца, господин Миљко Радисављевић, Тужилац за организовани криминал, др Слободан Бељански, адвокат, др Миодраг Мајић, судија Апелационог суда у Београду, господин Ристо Лекић и госпођа Ана Комненовић, представници Министарства унутрашњих послова Републике Србије и, потписник ових редова, др Горан П. Илић. Секретар радне групе је господин Златко Петровић, начелник Одељења за правне и опште послове у Управи за извршење кривичних санкција Министарства правде, а технички секретар госпођица Милица Ђунић, консултант на пројекту у Министарству правде." Састав ове радне групе цитирамо буквално (све и уз неке интерпункцијске и друге грешчице), што чинимо искључиво из едукативних и културолошких разлога, јер ово је редак и веома леп пример отмене примене узвишеног бонтона у нашој литератури и то на један веома одмерен начин, тако да су госпође и господа сви који немају научне титуле, док је докторима наука довољно и то што имају тај високи научни степен, па не морају још приде да буду и господа. Законска и уставна функција *министра* правде се, у складу са свим правилима родно коректног изражавања, правилно и уз дужно поштовање препевава у „министарка", што само може да радује све наше борце и боркиње за људска права. Цитирано из рада: Г. П. Илић, Кривично процесно законодавство Републике Србије и стандарди Европске Уније, Зборник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, септембра 2010. године, стр. 37. *У раду цитираног аутора се на стр. 54 наводи да је рад на изради Нацрта трајао **једну и по годину**, чиме овај аутор убедљиво демантује јавно изречени став једног члана Радне групе* (*Политика*, рубрика: „Србија разговара", од 6. децембра 2010, стр. 6–7), *да је на тексту Нацрта рађено **две године**.*

Интересантно је да се код нас понекад чују и сасвим неаргументоване тврдње да су неке промене у позитивном ЗКП-у, које се, што аргументовано, што неаргументовано критикују, произишле из коришћења решења садржаних у Законику о кривичном поступку из 2006. године. То углавном није тачно. Додуше, нека решења из тог Законика су коришћена, попут оних веома позитивних, као што је могућност проширења одређених ограничења личне слободе, као ефикасне замене за притвор, као свакако најрепресивнију меру процесне принуде, могућност комбиновања таквих мера са јемством итд.

С друге стране, не треба заборавити да су према одредбама Законика из 2006. постојала *три ванредна правна лека*, а да је у ствари и *четврти* некада постојећи ванредни правни лек – захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде, био у највећем делу садржан у оквиру захтева за заштиту законитости, те да је тај, од стране Адвокатске коморе много нападан Законик, што је углавном чињено паушално и без јаких аргумената, омогућавао улагање жалбе против пресуде другостепеног суда у чак *четири случаја*. Таква је жалба била могућа, како из свих оних разлога који су и иначе (пре последњих промена), били основ за жалбу у трећем степену, тако и *увек* када је другостепени суд након два укидања првостепене пресуде, *сам својом пресудом одлучио о предмету кривичног поступка*.[4]

Одређени утицај је ЗКП из 2006. године остварио и на Нацрт ЗКП из 2010. године, на пример попут увођења термина „доказне радње“, односно „посебне доказне радње“, као и у односу на садржај неких од тих радњи, у односу на мере за обезбеђење присуства окривљеног, у погледу неких елемената споразума о признању кривице итд. Али, генерално гледано разлика између ова два текста је веома велика, а нарочито у концептуалном смислу, у погледу којих Нацрт ЗКП-а из 2010. године садржи две капиталне аномалије, које жестоко контаминирају и потпуно упропашћују целокупан законски текст, а то су: 1) девалвација начела истине и 2) потпуно адверзијална конструкција главног претреса уз минимизирање улоге кривичног суда.[5]

[4] Жалба против пресуде другостепеног суда је новелама из 2009. године и драстичним, те суштински углавном неоправданим редуковањем жалбених разлога, практично „осакаћена“, а исто решење садржи и Нацрт ЗКП-а из 2010. године.

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

2. Девалвација начела истине у Нацрту новог Законика о кривичном поступку Србије

Истина је у Нацрту новог Законика о кривичном поступку Србије имплицитно означена као својеврсни непотребни луксуз у кривичном поступку, јер се не само утврђивање истине, већ ни тежња ка њој од стране службених актера кривичне процедуре уопште не означава као циљ кривичног поступка.

Нацртом новог Законика о кривичном поступку промовисана је доказна пасивност суда. Доказе би изводиле странке, а улога суда би се свела на контролу исправности доказног поступка. Странке су формално равноправне. Дакле, насупрот јавном тужиоцу, који може рачунати на комплетну логистичку подршку државног апарата чији је део, биће окривљени коме може помагати бранилац. Наравно, ако окривљени има финансијска средства да плати његове услуге, или уколико се ради о случајевима обавезне стручне одбране, када окривљеном који нема браниоца, њега поставља суд. Обавезна одбрана је прописана само за тежа кривична дела, тако да већина окривљених може, али не мора имати браниоца. Међутим, богате окривљене, на пример, попут оних који се терете да су „нарко-босови“, бранiће „адвокатске звезде“. Они ће моћи да имају правне тимове, те ангажују приватне детективе за прикупљање доказа.

Какве су шансе окривљеног који нема браниоца да буде успешан у доказном „двобоју“ са јавним тужиоцем? И када Бразил игра против Конга, оба фудбалска тима чине по 11 играча. Да ли то значи да су им једнаке шансе за победу? Па у Србији је свега 6,5% становништва факултетски образовано. Када знамо да је код нас већ деценијама криминална политика „рибарска мрежа којом се хватају мале рибе, а која пропушта велике рибе“, зна се и какав је образовни ниво просечног окривљеног. Како ствари стоје, ипак ће ако, не дај Боже, овај Нацрт постане позитивно кривично процесно право, неке странке бити мало равноправније од других.

Типичан адверзијални кривични поступак какав постоји у САД, подразумева пороту која одлучује ко је победник доказног двобоја.[6] Тек када

[6] Кривични поступак је у САД устројен као једна врста „доказног страначког двобоја“. Тужилац и окривљени се сопственим аргументима „туку“ пред поротом састављеном од обичних грађана, која цени ко је био убедљивији. Сам судија је релативно пасиван. Тек ако порота одлучи да је окривљени крив, судија ступа на сцену изрицањем одговарајуће казне. Ако порота одлучи да нема кривице, посао судије је завршен. Ово је и правним лаицима познато из белетристике и филмова. Оно што многи не знају јесте да је овакво „школско“ суђење у САД de facto прави *изузетак*. Одвија се у мање од 10% свих случајева. Скоро 90% случајева се окончава на темељу признања окривљеног, када изостаје

порота састављена од обичних грађана, оптуженог огласи кривим, судија га кажњава. Ако га порота ослободи, посао судије је завршен. Али оптужени у том поступку увек има право да му, ако сам нема средства, држава о свом трошку обезбеди браниоца. То у Србији није случај. С друге стране, ни у САД није спорно да квалитет одбране, коју реализују браниоци постављени по службеној дужности, често није на високом нивоу. Обрнуто, веома богати окривљени „купују“ врхунске адвокатске услуге. Сетимо се случаја О`Џеј Симпсона, који је скоро „крвавих“ руку оптужен за убиство супруге и њеног љубавника,[7] али је вештим адвокатским маневрисањем избегао осуду, да би недавно објавио књигу под насловом *Шта ако сам убио*, којом фактички признаје кривицу. Поред тога, поротно суђење у САД је прави изузетак, јер се више од 90% случајева сумарно решава признањем кривице, које је у највећем броју случајева „погођено“ између тужиоца и одбране.[8]

У континенталној Европи, суд је по правилу, суверени „господар“ доказног поступка. То је најтипичније у Немачкој и у другим државама чији су нам правни системи традиционално служили као узор. Адверзијални кривични поступци сада постоје и у неким континенталним европским државама, као на пример, у Републици Српској и уопште у нама суседној БиХ. Такав систем постоји и у Италији, али тамо окривљени увек мора имати адвоката. Претварање судија у „стручни жири“ који ће „бодовати“ успешност у доказивању тужиоца и одбране суштински предста-

---

поротно суђење, а суд само изриче казну, узимајући признање као озбиљну олакшавајућу околност и руководећи се споразумом тужиоца и окривљеног, али без формалне обавезе да изрекне казну коју су странке предложиле. Када би било нешто више суђења пред поротом, правосудни систем САД би свакако доживео колапс.

[7] Z. Erzincliogly, *Forensic – the Crime Scene Investigations*, “Barnes&Nobles”, New York, 2004, стр. 19.

[8] Онда када се амерички тужилац споразумева са окривљеним, често је врло битна „ставка“ спремност окривљеног да се појави као сведок против других „озбиљнијих“ играча. Кад је пре неколико година једна делегација из Србије била у посети ФБИ-ају у Сан Франциску обавештена је да је велики проблем у том граду албанска мафија, за коју је речено да је врло тврд орах јер се ради о новој веома затвореној групацији, у коју је скоро немогуће продрети. Потом је амерички детектив утешно објаснио да се то увек дешава када се појаве нови имигранти, те да временом делује melting pot, неко од дошљака постане полицајац и створи се прилика да ФБИ добије инсајдера у криминалној организацији. Писац овог текста се нашалио и рекао да је то можда и прилика да криминалци стекну инсајдера у полицији. Амерички детектив је одговорио да је то свакако могуће, али не и сувише вероватно, јер се већина полицајаца као куге плаши такве сарадње са криминалцима, знајући да ће криминалац ако „падне“, имати приликом преговора са тужиоцем податак о корумпираном полицајцу као јаку карту у рукаву. Спасавајући своју кожу, он би врло радо сведочио против таквог полицајца.

вља потенцијално веома незгодан експеримент. Можда се неке судије томе радују, резонујући по систему „муко моја пређи на другога“. Они сада себе виде као „неутралне посматраче“ страначке „утакмице. Али суђење није утакмица, или бар то не би требало да буде. Судије не треба да буду ни гледаоци, нити навијачи. Пасивизација суда може бити и веома скупо решење. Ако би суд био тако драстично растерећен, јер се и истрага поверава јавном тужиоцу, онда се може појавити проблем вишка судија, а мањка јавних тужилаца и све то непосредно након спроведеног општег избора, тј. реизбора.

Истина, сходно Нацрту новог Законика о кривичном поступку Србије, више није циљ будућег кривичног поступка, већ би у том поступку, као и у свакој класичној грађанској парници, „побеђивала“ странка која је успешнија у доказном „дуелу“. Истина ни иначе није некаква „света крава“ у савременом кривичном поступку. Њој се у типичном европском кривичном поступку тежи, али не по сваку цену. Онда када се истина не може утврдити, доноси се одлука у корист окривљеног. Сада се истини неће чак ни тежити. Суд ће једноставно „вагати“ да ли су вероватнији наводи оптужбе или аргументи одбране, а да ли је права истина на једној или другој страни; „па ко ће га знати“. Свевишњи можда...

3. Основи упоредног кривичног процесног права и нека компаративна решења у односу на кривичну истрагу

Питање истраге се, с правом или не, наметнуло као централно питање реформе нашег кривичног поступка и оно се углавном своди на дилему судска или тужилачка истрага, односно „судска истрага против тужилачке истраге“. Нови Законик о кривичном поступку из 2006. године, којим је битно промењен карактер истраге као фазе кривичног поступка, примењивао се само делимично (нека правила о заштити сведока, о одлагању и прекиду главног претреса, те паузи током главног претреса), тако да до његове целовите примене, па ни у погледу истраге у њему конципираној, никада није дошло, што је већ објашњено у претходном тексту.

Нацрт ЗКП из 2010. године уводи јавно-тужилачку истрагу, али то чини на један веома чудан начин, уз увођење неких елемената тзв. страначке истраге, што не само да је суштински нелогично и неправично, већ је у садашњем облику изразито неефикасно, што ће се подробније објаснити у даљим излагањима.

Чини се да су творци Нацрта ЗКП-а из 2010. били суочени са проблемом који су сами себи непотребно створили, а који се своди на неразуме-

вање да, с једне стране, питање типа истраге уопште није повезано са проблематиком организовања главног претреса, тако да кривични поступак који се одликује тужилачком истрагом уопште не мора да има адверзијалну конструкцију главног претреса,[9] док, с друге стране, када је главни претрес организован адверзијално, то не подразумева да елементи адверзијаторности морају постојати и у истрази, а нарочито не на начин на који су они садржани у овом Нацрту.

У два велика позитивноправна кривичнопроцесна система спадају: 1) континентално-европски кривичнопроцесни систем и 2) англосаксонски или адверзијални кривичнопроцесни систем.

Понекад се упрошћено, а што је посебно карактеристично за ауторе из англосаксонских правних подручја, континентално-европски систем означава као инквизиторски, а англосаксонски као акузаторски. Али, такво терминолошко одређење у основи није коректно јер, иако континентално-европски систем садржи одређене инквизиторске елементе, он у ствари представља један мешовити систем, као што ни бројни англосаксонски системи више нису чисто акузаторског типа. Већина држава континенталне Европе има мешовите кривичне поступка, са изузетком Италије која је, након последње реформе свог кривичног процесног законодавства, кривични поступак уредила претежно на адверзијалним основама. Обрнуто, већина држава које припадају тзв. енглеском говорном подручју, где су најкарактеристичнији Велика Британија, односно пре свега Енглеска и Велс, као и САД, имају типичне адверзијалне кривичне поступке.[10]

За континентално-европске кривичне поступке је карактеристично да у истрази постоје јаки инквизиторски елементи, али уз доследно поштовање права на одбрану и у тој фази кривичног поступка. У овом типу поступка су основне кривичнопроцесне функције строго одвојене, али јавни (државни) тужилац ипак није права, односно типична странка, јер је он, као државни орган, дужан да осим страначких интереса утеме-

[9] Обрнуто, у најтипичнијим адверзијалним кривичнопроцесним системима, истрага је *полицијска*, а већина радњи које се у њој предузму нема никакав посебан доказни значај, већ су истоветне радњама које се код нас сматрају оперативним активностима полиције у преткривичном поступку. Изузетак је саслушање осумњиченог, када његова изјава, ако је узетак под строгим законским условима, има доказни значај, а такође то важи и за претресање када се оно врши по наредби суда, односно под одређеним условима и без наредбе, што је све веома слично ономе што је у садашњем кривичном поступку Србије карактеристично не за истрагу, већ за преткривични поступак.

[10] Више о томе: Милан Шкулић, *Кривично процесно право – општи део*, Правни факултет и „Службени гласник“, Београд, 2009., стр. 8–9.

љених на функцији оптужбе, штити и опште интересе, а пре свега интерес који произлази из начела истине, па сходно томе, на пример, он мора осим доказа који терете окривљеног, прикупљати и доказе у прилог његовој одбрани, односно мора их имати у виду. Поред тога, сам суд је доказно изузетно активан, он по правилу сам изводи све доказе током суђења, уз давање мање или веће доказне улоге и самим странкама, а није ограничен доказним предлозима странака, већ има право и дужност сопствене доказне иницијативе. Наш кривични поступак, слично као и кривични поступци Немачке и Француске, али и низа других европских држава, припада овом типу поступка.

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

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

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

Код нас се понекад, *сасвим погрешно закључује* да је једно од битних обележја англосаксонских кривичних поступака тужилачки карактер истраге, јер се (државно)тужилачка истрага потпуно погрешно поистовећује са несудском истрагом.

Истрага је у већини англосаксонских поступака, поверена полицији. Наиме, у адверзијалним системима истрага није судског карактера али она, по правилу, није ни у надлежности државног тужиоца, већ њу води полицији и сасвим је неформална, осим што, изузетно, неке радње (на пример, саслушање осумњиченог од стране полиције, посебне доказне радње), имају и одређену форму. Целовитим кривичним поступком се у САД практично сматра једино суђење, било да се ради о поротном суђењу које је у пракси сада већ веома ретко, било да је у питању само поступак сведен на изрицање казне, када постоји признање окривљеног, до кога може доћи како на основу споразума, односно „нагодбе“ са државним тужиоцем, тако и без споразума. Све радње које претходе кривичном суђењу се не сматрају саставним делом кривичног поступка, иако је велики број тих радњи законски регулисан или у односу на њих постоје прецедентне одлуке судова, а ту је од највећег значаја регулатива која се односи на: хапшење, багателна кривична дела, случај када жртва не жели кривични прогон, учешће и саме жртве у извршењу кривичног дела, појављивање пред судом, учешће велике пороте у прелиминарном саслушању итд.[11]

Криминалистичка истрага је у већини држава англосаксонског правног система *неформалног карактера* и углавном се своди на прикупљање материјалних доказа, првенствено на месту догађаја, што врши полиција, односно форензички стручњаци.[12] Државни тужилац нема скоро никакву улогу у таквој полицијској истрази, а једино у неким ситуацијама може да даје одређене савете полицији. Такође, државни тужилац може

[11] G. Clack (Edt.), *Outline of the U.S. Legal System, Bureau of International Information Programs*, Washington, 2004, стр. 96–99, стр. 96–99.

[12] J. Bennet (Edt.), *Crime Investigation*, Parragon, London, 2007, стр. 9.

одлучити да се примене одређене специјалне истражне технике, а у неким ситуацијама је за то потребна одлука судије. У ствари, у САД, а посебно у Канади, се сматра да ако би државни тужилац узео било какво активно учешће у истрази, то би га дезавуисало када је у питању његова улога у евентуално касније покренутом кривичном поступку пред судом, тј. онда када државни тужилац има својство странке и активно изводи доказе пред судом, односно поротом. Улога суда пре самог суђења је такође минимална, осим што једино суд може издати налог за претрес, а када се ради о одлучивању у вези јемства, тада је истрага практично, по правилу, већ завршена или је већ увелико прикупљен расположиви доказни материјал.

Поред овога, заговорници претходно објашњеног погрешног става да је државно-тужилачка истрага обележје адверзијалних кривичнопроцесних система, превиђају да и многи европски кривични поступци, односно кривичнопроцесни извори права, с једне стране, регулишу истрагу која није судског карактера, док с друге стране, уопште немају адверзијалну конструкцију кривичног поступка,[13] већ је организација главног претреса у принципу слична оној коју установљава наш позитивни ЗКП. То значи да у тим кривичним поступцима, иако је истрага поверена државном тужиоцу, главну улогу у самом суђењу до којег долази након што је истрага завршена, има суд, који се при том, у вођењу кривичног поступка традиционално руководи начелом истине, као основним циљем кривичне процедуре, који је нужно повезан са потребом правичног решавања кривичног предмета поводом којег се води кривичних поступак. Типичан је пример Немачка.[14]

Истражни поступак у Немачкој треба да омогући одлучивање државног тужиоца о томе да ли ће подићи оптужницу, а његова је сврха да се избегне вођење главног претреса онда када се ради о недовољно утемељеној сумњи.[15] У поступку истраге „господари" државни тужилац, а

[13] То значи да у тим кривичним поступцима (као на пример, у Немачкој), извођење доказа није страначка, или није само страначка активност.

[14] Код нас се током неких јавних расправа о новом Законику о кривичном поступку, чак понекад потпуно погрешно износило да је истрага у Немачкој била до релативно скоријег датума (друга половина 20. века) судска (водио је наводно истражни судија), а да је потом постала државно-тужилачка, те се чак на неким скуповима наводило да у Немачкој постоје истраживања која доводе у питање ефикасност државно-тужилачке истраге у односу на судску. Такве констатације *никако не могу бити тачне*, јер у Немачкој истрагу води државни тужилац од последњих деценија 19. века.

[15] C. Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, „Verlag C. H. Beck", München, 1998, стр. 305–306.

полиција има „право првог захвата“, али и поред тога, државни тужилац остаје „господар поступка“.[16]

Судија за истрагу у Немачкој има у истрази следеће надлежности:[17] 1) одлучује о притвору и неким посебним истражним мерама, као што је, на пример, ангажовање прикривеног иследника итд.; 2) државни тужилац може ангажовати судију за истрагу када он то сматра потребним, при чему је независност судије овде ограничена, тако да он једино може проверити да ли је државни тужилац овлашћен да га ангажује, али не и да ли је то сврсисходно, што значи да је у таквом случају (хитне судске радње),[18] судија за истрагу везан сопственом компетенцијом државног тужиоца;[19] 3) надлежност судије за истрагу се завршава са подизањем оптужнице, када о кривичној ствари одлучује стварно надлежни суд.[20]

Када је реч о тзв. радњама првог захвата у немачком кривичном поступку, односно у истрази, према одредбама § 161a StPO, полиција не само да може предузети такве радње, већ је дужна да увек када постоји одређена већ „почетна сумња“ да је учињено кривично дело, самостално,

---

[16] K.Volk, Grundkurs StPO, 4. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2005, стр. 33.

[17] Израз „судија за истрагу“ је превод немачке речи „Ermittlungsrichter“, док би термин „Untersuchungsrichter“, могао да се преведе као „истражни судија“, јер тај судија заиста нешто истражује, тј. води истрагу. Међутим, у чисто језичком смислу (а пре свега са становишта нашег језика), потпуно је свеједно да ли се каже „судија за истрагу“ или „истражни судија“, што је уосталом, уз разлоге поштовања наше кривичнопроцесне традиције и био основни разлог да се у ЗКП-у из 2006. године користи израз „истражни судија“, иако истрага по том Законику спада у надлежност јавног тужиоца.

[18] Цитирани аутор (K. Volk), наводи следећи пример: „Државни тужилац захтева да судија саслуша одређеног сведока, а судија не може то одбити са образложењем да је за такво саслушање и сам судија надлежан (§ 161a StPO). Често је сврсисходно имати у рукама на главном претресу записник о саслушању сведока које је обавио судија, јер је теже да се у складу са § 251 став 1 читају записници састављени од „других“ државних органа, што значи и од стране самог државног тужиоца.»

[19] Овде треба подсетити да се понекад у критикама Законика о кривичном поступку из 2006. године, истицало да концепција истраге која је у њему заступљена није довољно „тужилачка“, не само зато што се његовим одредбама омогућавало подношење жалбе против решења о спровођењу истраге које је донео јавни тужилац, а о којој би решавао истражни судија, већ и стога што је било омогућено да и истражни судија на захтев јавног тужиоца, врши одређене доказне радње у истрази коју води јавни тужилац. Међутим, према одредбама ЗКП-а из 2006. године, истражни судија није био дужан да априорно поступи по захтеву јавног тужиоца, већ је имао могућност да изрази своје неслагање, што би онда довело до одлучивања ванрасправног већа. С друге стране, никоме у Немачкој не пада на памет да истрагу која се води у тој држави означава као мешовиту, само зато што судија за истрагу не може да одбије захтев државног тужиоца у погледу саслушања одређених сведока, већ је *дужан* да поступи по њему.

[20] K. Volk, op. cit., стр, 33.

дакле без захтева државног тужиоца истражи ствари и предузме све одговарајуће мере које су потребне да се кривично дело разјасни.[21] Ово овлашћење и дужност криминалистичке полиције се у немачкој теорији доводи у везу са начелом легалитета, сходно коме сви државни органи, као полицијски службеници, нису само помоћни службеници државног тужилаштва, па тако криминалистичка полиција има задатак да самостално и на своју иницијативу предузима мере у односу на кривично гоњење.[22] Дакле, истрага у Немачкој је поверена државном тужиоцу, а главни претрес није адверзијалног карактера, већ он у великој мери личи на главни претрес какав у Србији постоји већ деценијама и како је он устројен и према позитивном Законику о кривичном поступку Србије. Слично је и у Аустрији у складу са новим Законником о кривичном поступку ове државе. Из свега изложеног јасно произлази да нема никаквих објективних разлога да се концепција истраге, априорно доводи у везу са нормативном организацијом главног претреса, тако да поверавање истраге државном тужиоцу, ни у ком случају не подразумева да се тада главни претрес мора конструисати на адверзијалним основама.

4. Концепт истраге у Нацрту Законика о кривичном поступку из 2010.

Ако „тврдокорним европским континенталцима“, или свима коју макар мало верују у устаљену правну традицију континенталне Европе, без обзира што није спорно да треба прихватати и одређене прикладне моделе који потичу из англосаксонског права (попут одређене варијанте споразума о признању кривице, неких елемената организације главног претреса итд.), могућа будућа адверзијална конструкција главног претреса делује не само прилично непривлачно и веома егзотично или помало „екстравагантно“, онда степен „егзотике“ или, можда боље речено, својеврсне *бизарности,* достиже свој врхунац са пласираном идејом о могућој будућој „паралелној“ истрази. Шта би ту и чему било и могло бити паралелно?

Истрази коју би водио јавни тужилац би била паралелна истрага окривљеног, односно његовог браниоца. Понекад се наводи да тзв. паралелна истрага постоји у САД и у другим државама англосаксонског правног подручја, али то једноставно *није тачно*. Тамо конкретно уопште и нема било какве званичне истраге, већ истрагу у облику онога што је код

[21] G. Pfeiffer (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, „Verlag C. H. Beck“, München, 2003, стр. 998.

[22] Ibidem.

нас преткривични поступак сасвим неформално води полиција, а окривљеном, ако уопште и сазна да је под истрагом (јер истрага тамо није јавна) и када сазна (а то ће, по правилу, бити случај тек када га саслушају као осумњиченог), нико не брани да ако то може и уме, или има финансијских средстава за ангажовање приватног детектива, сам води неку сопствену „истрагу". Међутим, ништа из те „истраге" не може да се користи као доказ на суђењу, исто као што уосталом ни било шта друго из полицијске истраге, осим материјалних доказа, као и исказа осумњиченог, може да се користи на поротном суђењу. И сад код нас нема никаквих законских препрека да се ангажује приватни детектив, али све што он учини нема никакву формалну вредност.

У нашим би условима оваква концепција истраге, односно формализовање тзв. паралелне истраге, захтевало врло компликовану процесну регулативу. На пример, било би веома тешко решити питање јавности у истрази, а како лица у функцији одбране могу водити своју („паралелну") истрагу, када не знају да се истрага уопште и води од стране јавног тужиоца или ако то већ знају, не знају које радње врши јавни тужилац. Каквим би се механизмима могло обезбедити да окривљени може саслушавати сведоке и каквим би их мерама он могао „принудити" да испуне своје процесне дужности. Теоријски би се могао конструисати механизам посредне судске принуде, где би се окривљени обраћао суду, који би сведоку упућивао позив и евентуално предузимао потребне мере процесне принуде, али уопште није тешко замислити, колико би то било неефикасно, а често би такав начин предузимања радњи, тј. прикупљања „доказа" у „истрази" био сасвим апсурдан. Такав тип „истраге" би, поред тога, тешко могао да буде допринос ефикаснијем кривичном поступку, већ би он, вероватно, веома брзо довео до потпуног колапса наше кривичне процедуре а то, ваљда, никоме није циљ. Таква би истрага била у пракси и *изразито неправична*, јер би само једна изразита мањина веома богатих окривљених, била у стању да води „истрагу" ангажовањем приватних истражитеља, а остали би имали само „голо право", што би представљало врхунски цинизам.

Иако, као што смо претходно објаснили, не може бити говора о било каквој званичној паралелној истрази у САД и у другим државама англосаксонског правног система, одређени елементи такве истраге постоје у Италији, али то не би требало да буде узор нашем предлагачу и законодавцу, јер је систем у тој земљи изразито неефикасан, препун озбиљних контрадикција,[23] а не треба ни заборавити (што је код нас већ на први по-

[23] Просечан кривични поступак у Италији спада међу најдуже кривичне поступке у свету.

глед немогуће), да у Италији окривљени у сваком случају мора имати браниоца, тј. увек и без обзира на запрећену казну за кривично дело које је предмет поступка (дакле, чак и за најлакша кривична дела).

Јавни тужилац је странка у кривичном поступку и уколико се он сходно Нацрту ЗКП-а, као државни орган више не усмерава на официјелно утврђивање истине (садашњи члан 17 ЗКП),[24] нема никаквих гаранција да ће истрага коју он води, бити ни иоле непристрасна, јер зашто би јавни тужилац обраћао било какву пажњу на доказе који иду у прилог одбрани. У Нацрту Законика о кривичном поступку прописано је да осумњичени и његов бранилац (ако га има), могу током истраге коју води јавни тужилац самостално прикупљати доказе. Реално је да ово „могу", у пракси буде схваћено као „требају" или чак „морају", а то ће свакако, довести до огромних проблема и изразитих неправичности.

Осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе у корист одбране (члан 307. Нацрта). Какве су шансе осумњиченог без браниоца, па и онда када има браниоца да самостално обезбеђује доказе? Како би, на пример, осумњичени саслушавао сведоке? Ради се о потпуно нереалној и поприлично бесмисленој норми. Даље се ово разрађује у Нацрту тако што је прописано да ако осумњичени, или његов бранилац, сматра да је потребно предузети одређену доказну радњу, предложиће јавном тужиоцу да је предузме.

Дакле, странка се обраћа противној странци која би требало да у њену корист предузме одређене доказне радње. Не звучи баш реално и остварљиво, а да не говоримо о правичности.

Ако јавни тужилац одбије предлог осумњиченог, односно његовог браниоца или о предлогу не одлучи у року од тридесет дана од дана подношења предлога, осумњичени, или његов бранилац, може поднети предлог судији за претходни поступак који одлуку о томе доноси у року од осам дана. Ако судија за претходни поступак усвоји такав предлог наложиће јавном тужиоцу да предузме доказну радњу и одредити му за то рок, а ако јавни тужилац и поред тога не предузме доказну радњу у остављеном року, ту радњу ће, на предлог осумњиченог или његовог браниоца,

[24] Различито је у другим европским континенталним кривичним поступцима, где је истрага такође сврстана у надлежност државног тужиоца, али је државни тужилац (дакле, не ни само суд), дужан да утврђује истину и да с једнаком пажњом прикупља како доказе који иду у прилог оптужби, тако и оне који користе одбрани. То је и разлог (што је објашњено у претходном тексту, када је цитиран и угледни немачки аутор prof. Dr. Claus Roxin), да се државни тужилац у немачком кривичном поступку (слично као и у другим типичним европско-континенталним кривичним процедурама), уопште и не сматра класичном процесном странком.

предузети судија за претходни поступак или ће наложити органу полиције да то уради. О непоступању јавног тужиоца по налогу за предузимање доказне радње судија за претходни поступак ће обавестити непосредно вишег јавног тужиоца. Овакав механизам је *веома неефикасан* (јер зашто би, на пример, јавни тужилац поступио по налогу судије за претходни поступак, када судија и иначе мора предузети предложену радњу, ако то одбије јавни тужилац) и он ће сасвим очигледно довести до одуговлачења у извођењу доказа који иду у прилог одбрани током истраге.

Коначно, уколико јавни тужилац и поступи по захтеву судије за претходни поступак, колико је реално очекивати да ће он захтевану радњу у прилог одбране, обавити објективно на коректан начин? Наиме, не заборавимо, ради се о радњи на чије је вршење јавни тужилац „приморан", у питању је радња коју он не врши вољно и у погледу које је првобитно изразио неслагање, а у људској је природи да се у таквим ситуацијама, по правилу, не поступа баш на квалитетан начин. Није ни најмање логично и реално да странка у кривичном поступку (која сада ни формално нема дужност да као објективни државни орган с једнаком пажњом утврђује како чињенице које терете окривљеног, тако и оне које му иду у прилог), са ентузијазмом врши радње у корист противне странке.

Онда када се јавни тужилац оглуши о захтев судије за претходни поступак, тј. када у року, који му је судија одредио за предузимање доказне радње у корист одбране,[25] такву радњу не предузме, судија за претходни поступак може алтернативно, такву радњу: 1) сам предузети, или 2) издати налог полицији да она такву радњу предузме у корист одбране. Ово је заиста *невероватно решење*, јер то значи да ће *полиција која је поднела кривичну пријаву, вршити радње у корист одбране у истрази* чије је вођење она сама иницирала својом кривичном пријавом!!!

Осумњичени који је саслушан и његов бранилац су дужни да одмах по свом самосталном прибављању доказа обавесте јавног тужиоца о томе, те да му пре завршетка истраге омогуће разматрање списа и разгледање предмета који служе као доказ (члан 308. став 3. Нацрта). Ово значи да осумњичени (који може бити и неписмен), односно његов бранилац (који уопште не мора бити адвокат-кривичар), морају, односно могу во-

[25] Овде постоји **неколико рокова** који се односе на такву радњу, а њиховим сабирањем се може добити и прилично дугачак временски период, а *истрага је наводно хитна*, исто као што се нови ЗКП, начелно доноси да бисмо, коначно, добили бржи и ефикаснији кривични поступак. Лепо је чувени криминалиста Локар рекао да је „време које пролази, истина која нам измиче", а како сада (према Нацрту ЗКП-а), истина више ни формално није циљ кривичног поступка, спорост у прикупљању доказа у прилог одбране у истрази очигледно не представља неки посебан проблем.

дити неку врсту своје „истраге“, у виду прикупљања доказа у прилог одбране, те о њеним резултатима обавестити противну странку, тј. јавног тужиоца. Овим се у форми наводне потпуне страначке равноправности, те уз покушај да се и сама истрага, противно њеној процесној логици, адверзијално тј. страначки устрои, практично уводи категорија одговарајуће „кооперативности“ одбране, у односу на јавног тужиоца током истраге коју он формално води. Ипак је у питању празна норма, јер какве би консеквенце сносила одбрана, ако не би у истрази на овакав начин *сарађивала* са јавним тужиоцем.

Како ли ће осумњичени, на пример, саслушавати сведоке, да ли ће они полагати заклетву и сл., све су то питања која овде остају без одговора, али се при том, без већих дилема може констатовати да су у питању екстремно лоша нормативна решења садржана у Нацрту Законика о кривичном поступку.

5. Потпуно адверзијална организација главног претреса уз промовисање изразите доказне пасивности суда у Нацрту новог Законика о кривичном поступку Србије

Према члану 15. Нацрта Законика о кривичном поступку, терет доказивања оптужбе је на тужиоцу,[26] а суд изводи доказе на предлог странака. Суд може дати налог странци да предложи допунске доказе, или изузетно сам одредити да се такви докази изведу, уколико оцени да је то неопходно да би се о важним чињеницама отклониле противречности или нејасноће у доказима који су изведени. Суд може изводити доказе и онда када њих нису предложиле странке, али зашто би суд то чинио, када нема дужност утврђивања истине?

У члану 15. став 3, се чак ни не одређује да ће суд, онда када се ради о битном допунском доказу, у погледу којег је он странци дао налог да га

[26] У досадашњој јавној расправи о Нацрту ЗКП-а, неки чланови радне групе која је учествовала у писању тог текста су у више наврата истицали да се решењима из Нацрта превазилази некакав садашњи „**проблем**“, који се своди на **дужност суда да „подржава“ или „подупире“, оптужницу**, јер се сада то коначно, „пребацује“ на тужиоца. Заиста, *невероватна констатација*. Ван памети је да било који судија у кривичном поступку „подржава“ или „подупире“ оптужницу, јер би се таквим поступањем судија грубо оглушио о своју дужност непристрасног поступања. Тиме што судија према садашњем Законику о кривичном поступку има дужност утврђивања истине, он не само да нема дужност било каквог „стајања на страну тужиоца“, већ судија то никако не би ни смео чинити, а онај судија који у јавној расправи признаје да је до сада „подржавао“ оптужницу у кривичном поступку, тиме практично, сам себе оптужује за озбиљно кршење закона, односно то чак признаје.

предложи, а странка то није учинила, сам суд тада извести такав доказ, већ се наводи да суд тада „изузетно“ може одредити да се такви докази изведу, што значи да би и тада те доказе у ствари, по правилу, изводиле саме странке, што је поприлично бесмислено, јер зашто би странка изводила доказ који уопште није намеравала да предложи, те се чак и оглушила о „налог“ суда да предложи његово извођење?!

Чудно је да суд примарно може дати налог странци да предложи допунске доказе, уместо да увек када сматра да су такви докази потребни, такве доказе сам суд изведе, што би било брже, једноставније и процесно знатно логичније, али би истовремено такво логично и разумно решење било дубоко противно извитопереној концепцији по којој суд мора бити максимално доказно пасивизиран. Ради се о бесмисленом решењу, јер се у истом том Нацрту у којем се форсира слобода странака у доказивању и главни претрес конструише адверзијално, сада суду даје улога неке врсте „саветника“ странке, јер он странци „налаже“ да она изведе допунске доказе иако се та странка „тврдоглаво“ оглуши о *налоī* суда,[27] онда суд *може, али не мора* такве доказе сам извести. Ради се о бесмисленом нормативном решењу.

Сам законодавац не само да као правило уводи страначко извођење доказа, већ суд начелно битно ограничава и онда када он сам изводи одређене доказе које странке нису предложиле, да то чини само када је потребно отклонити противречности или нејасноће у доказима који су изведени, а не и ради утврђивања других чињеница, односно покушаја бољег разјашњења предмета кривичног поступка или, у крајњој линији, у циљу трагања за истином. Ово је кључна одредба Нацрта Законика о кривичном поступку,[28] којом се, практично, крајње лимитира активна улога суда на главном претресу. Ова одредба на један малиган начин тешко „инфицира“ цео текст Нацрта, а нарочито доказни поступак на главном претресу. Тиме се такође потпуно *девалвира формално ūостōојећа моīућ-*

[27] Какав је то налог који није обавезујући. Ради се у ствари, о *ūредлоīу суда*, јер странка такав судски „налог“ може али не мора услишити, па је стога то што је формално означено као „налог“, односно „налагање“, у ствари само *ūредлоī,* тј. *ūредлаīање,* што је потпуно бесмислено, јер тако суд странци само предлаже да она предложи допунске доказе, а ако странка то одбије, суд може изузетно сам одредити да се такви докази изведу.

[28] Из овога се и види суштински проблем садржан у Нацрту ЗКП-а, а то је његово утемељење на погрешној концепцији, која не само да је потпуно страна нашој кривичнопроцесној традицији и схватањима овог питања у класичној континенталној Европи, већ је суштински изразито нехумана и дубоко неправична. Када је сама концепција Законика суштински погрешна, онда таква *дубинска īрешка* подмукло квари и остало „ткиво“ законског текста, које и када само по себи није лоше, или је чак сасвим адекватно, објективно не може остварити позитиван ефекат.

ност побијања пресуде жалбом због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, јер како странка може нападати чињенично стање, када је, с једне стране, у првој линији баш она одговорна за његово утврђивање, пошто је доказивање примарно у рукама самих странака, док, с друге стране, суд уопште и нема дужност, не само утврђивања истине, већ чак ни тежњу да се истини макар приближи. Зар се странка може жалити због сопствене доказне неактивности?

Према члану 399. став 2. Нацрта ЗКП-а, у доказном поступку се изводе докази о чињеницама, које су важне за правилно и законито пресуђење. Ради се о *невероватно празној и голој фрази*. Како суд уопште нема дужност утврђивања истинитог и потпуног чињеничног стања, он не располаже ни било каквим реалним параметром у односу на чињенице које се утврђују доказима, па тако, суд нема ни на основу чега да одређене чињенице сматра важним за „правилно и законито пресуђење".

Иако суд може изводити одређене доказе и без предлога странака, он нема никакав посебан мотив да то чини, јер уопште нема дужност утврђивања истине у кривичном поступку и тиме је фактички цео доказни поступак на главном претресу у његовом садржинском смислу, тј. у односу на само извођење доказа, у основи поверен странкама, а улога суда је у том поступку до крајњих граница бесмислено формализована. Као што је већ објашњено, већина окривљених без браниоца неће, по логици ствари, бити способна за успешно доказивање и биће сасвим очигледно у наглашено инфериорној позицији у односу на јавног тужиоца, а суд при том нема никакав посебан мотив да остварује активнију доказну улогу, нити суд за то располаже адекватним процесним механизмима.

Доказивање за које би првенствено биле надлежне странке на главном претресу донекле би имало смисла једино ако би окривљени увек, без обзира на тежину кривичног дела, морао имати браниоца (као што је то, на пример, случај у Италији), али би се и онда поставило питање да ли је бранилац у конкретном случају адвокат кривичар, каквим искуством располаже и сл.[29]

[29] Ово се не решава потенцијално неуставном одредбом Нацрта (члан 73. став 2), по којој бранилац у првостепеном поступку пред вишим судом и у поступку пред апелационим судом који решава о правном леку против одлуке вишег суда, може бити само адвокат са најмање пет година адвокатске праксе или праксе у тужилаштву на изборној функцији, док бранилац у поступку пред Врховним касационим судом може бити само адвокат са најмање седам година адвокатске праксе или праксе у суду или тужилаштву на изборној функцији. Када се ради о изабраном браниоцу, онда је проблематично да се на овакав начин окривљеном ограничава право избора, док је, с друге стране, цела концепција овакве „селекције" адвоката веома дубиозна, јер године праксе саме по себи нису гаранција квалитета конкретног адвоката или некадашњег судије, односно јавног тужиоца.

Као што су у Орвеловој *Животињској фарми*, „све животиње равноправне, а неке мало равноправније“, и према Нацрту Законика о кривичном поступку Србије, *обе странке су равноправне, а једна мало равноправнија*.[30] То се може уочити у читавом низу законских одредби, а нарочито у правилима која се односе на конструкцију главног претреса.

Пажњу заслужује и члан 293. став 2. Нацрта ЗКП-а (који на први поглед није повезан са главним претресом), а сходно којем докази које је полиција прибавила предузимањем доказних радњи у предистражном поступку могу бити коришћени у даљем току кривичног поступка (што значи и на главном претресу), ако су доказне радње спроведене у складу са Закоником о кривичном поступку. Иако би било бесмислено, чини се да практично свака доказна радња полиције из предистражног поступка (некадашњи преткривични поступак), може без посебних условљавања остварити доказни кредибилитет, чак и на самом главном претресу.

6. Друге значајне аномалије садржане у Нацрту Законика о кривичном поступку

Поред претходно већ објашњених крупних концепцијских грешака Нацрта Законика о кривичном поступку, овај текст обилује и другим озбиљним аномалијама, што га у целини прилично девалвира.

6.1. Елементи „претпоставке кривице“ у Нацрту Законика о кривичном поступку, погрешно и непотребно дефинисање различитих степена сумње

Према члану 2. тачка 17. Нацрта, основ сумње је претпоставка да је одређено лице, учинилац кривичног дела, заснована на околностима

На пример, адвокат може имати и више деценија праксе, али *не у кривичним предметима*, па је онда таква његова вишедеценијска пракa потпуно ирелевантна у смислу његове оспособљености да буде бранилац у кривичном поступку, што исто важи и за бившег судију који се искључиво бавио парницом, односно није уопште поступао у кривичним предметима. Па ни сама пракса у кривичним предметима, није сама по себи гаранција било чега, јер та пракса може бити и изразито неуспешна...

[30] Овде треба имати у виду да ни јавни тужилац није „прошао“ добро у Нацрту Законика о кривичном поступку, јер он сада има страховито повећане надлежности и знатно увећан број активности у кривичном поступку. Јавном тужиоцу је сходно Нацрту ЗКП-а, поверен читав низ радњи у предистражном поступку (некадашњи преткривични поступак), а број тих радњи и скуп овлашћења и дужности јавног тужиоца, далеко превазилази његову улогу у садашњем преткривичном поступку. Поред тога, јавни тужилац, сходно Нацрту ЗКП-а, *води истрагу* (која се покреће закључком, без могућности побијања правним леком), подноси оптужницу и *мора сам изводити доказе на главном претресу*. Творци Нацрта ЗКП-а су заиста жестоко оптеретили јавног тужиоца, па је скоро *чудно да му нису поверили и писање „концепта“ пресуде...*

догађаја и посредним закључцима о чињеницама (индицијама).[31] Према члану 2. тачка 18. Нацрта, основана сумња је претпоставка, да је одређено лице учинилац кривичног дела, заснована на околностима догађаја и непосредним закључцима о чињеницама (доказима). Према члану 2. тачка 19. Нацрта, оправдана сумња је поткрепљеност основане сумње доказима који чине вероватном претпоставку да је одређено лице учинилац кривичног дела и оправдавају подизање оптужбе. Ове кратке одредбе су изузетно проблематичне и представљају сјајан пример неукости њених писаца.

Такве дефиниције степена основа сумње су у контрадикцији са претпоставком невиности садржаном у члану 3. став 1. Нацрта, сходно којој се свако сматра невиним све док се његова кривица за кривично дело не утврди правноснажном одлуком суда. Ако се *претпоставља да је одређено лице учинило кривично дело* (члан 2. тач. 17–19 Нацрта), онда то значи да се *претпоставља да је он крив*, чиме се дерогира претпоставка невиности, која није садржана само у Законику о кривичном поступку, већ и у Уставу и важним међународноправним документима. Када се каже да *основ сумње*, *основана сумња*, односно *оправдана сумња* представљају претпоставку да је одређено лице учинило кривично дело, то значи да се тиме *претпоставља кривица*, јер је кривично дело оно дело које је законом одређено као кривично дело, које је противправно и скривљено,[32] па ако се *претпоставља да је неко учинио кривично дело*[33] то значи да се претпоставља његова *кривица*. Било би нешто боље да су се творци Нацрта макар ограничили на посредно елиминисање претпоставке *кривице* у својим дефиницијама различитих степена сумње, па да је речено да се радио о претпоставци да је одређено лице учинилац дела које је „законом одређено као кривично дело и које је противправно“, што би онда, барем у формалном смислу, могло донекле отклонити проблем улажења у колизију са дејством претпоставке невиности.

Поред тога, *ако су већ желели да се „играју“ дефиницијама у законском тексту, аутори ових проблематичних одредби су могли да уместо „тер-*

[31] Иначе, у даљем тексту Нацрта се говори о „основима сумње“, а не о „основу сумње“. На пример, према члану 301. став 1. тачка 1, истрага се покреће против одређеног лица за које постоје основи сумње да је учинило кривично дело.

[32] Више о томе: З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, „Службени гласник“, Београд, 2006, стр. 52–53.

[33] Поред овога, ако се сваки степен сумње везује за претпоставку да је одређено лице учинило кривично дело (као што се то чини у члану 2. ст. 17–19 Нацрта), то би значило и да ниједан од тих степена сумње не може да се односи на неурачунљива лица, јер њихова дела нису кривична дела, већ су у питању кривична дела која су законом одређена као кривична дела и која су противправна, али су учињена без кривице.

*мина“ **претпоставка** користе израз **могућност** и да тако, макар на формалан начин, избегну врло озбиљну конфронтацију са претпоставком невиности.*

Тиме што се за сваки степен сумње, од најблажег до најтежег, одређује на темељу претпоставке да је одређено лице учинило кривично дело (практично се ради о претпоставци кривице), тако што се захтева постојање одређених „околности“, односно „чињеница“ или „доказа“, на којима се таква претпоставка заснива, се тек непотребно ушло у веома сложен проблем. Врло је неуобичајено за савремене закон(ик)е о кривичном поступку да уводе поделу на *индиције* и *непосредне доказе*. То је претежно била одлика старих инквизиторских законика о кривичном поступку, устројених на *формалној оцени доказа*. У савременом кривичном процесном праву је подела на индиције и доказе, односно посредне и непосредне доказе, само теоријског значаја, док се у самим законима и у пракси то препушта слободној оцени суда, односно службених актера поступка и њиховом слободном уверењу.[34] Ово представља пример поприличног анахронизма у тексту Нацрта, који није ни од какве практичне важности, у ствари, у пракси може да делује искључиво збуњујуће.

Први пут се у наш кривични поступак уводи и трећи степен сумње, а то је *оправдана сумња,* која не само да је такође (као и претходно дефинисана два блажа степена сумње – основ сумње и основана сумња) вид кршења претпоставке невиности, већ је веома нејасно дефинисана, једном врло компликованом формулацијом – да се ту ради о „поткрепљености основане сумње доказима који чине вероватном претпоставку да је одређено лице учинило кривично дело и оправдавају подизање оптужбе.“ Ова дефиниција је контрадикторна претходној дефиницији основане сумње и из ње би скоро могло произићи да се сада прави разлика у квалитету доказа који поткрепљују основану сумњу и оних из којих произлази оправдана сумња, што у пракси може бити веома проблематично.

Да су овакве дефиниције степена сумња изложене у неком теоријском раду, оне би могле имати одређеног резона и могле би послужити као извесни оријентир пракси, као што је то уобичајено када се ради о доказним појмовима у кривичном процесном праву, мада би се и тада радило о веома неквалитетним дефиницијама, али када се оне (па чак и у драстичном виду кршења претпоставке невиности) уведу у потенцијални законски текст онда је то грубо поигравање са једним изузетно важним извором права у правној држави.

---

[34] Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, друго издање, Правни факултет у Београду, Београд, 2010.

6.2. Пренормираност Нацрта Законика и други примери непотребног и погрешног дефинисања, уз честу употребу неадекватних термина

Текст Законика је претрпан нормама, он је сувише обиман, што понекад може имати и збуњујући ефекат. Додуше, то би можда донекле могао бити и квалитет текста, када би се радило о ваљаним одредбама, јер би се онда могло сматрати да је тако остало мање простора за правне празнине, нејасноће и сл. Међутим, овде се ради о потпуно супротном ефекту, јер када постоји више лоших норми, односно када се ради о законском тексту који садржи много веома слабих нормативних решења, онда је то знатно горе него да неке норме уопште не постоје, тј. да нека питања уопште нису ни уређена у закону. Нарочито је проблематично уношење одредби које су нејасне и противречне, а често и непотребне.

Каква је сврха дефинисања „организоване криминалне групе" у члану 2. тачка 32. Нацрта, када потпуно истоветну дефиницију садржи Кривични законик у члану 112,[35] а у Нацрту има и других сличних примера.

Потпуно је бесмислено дефинисање израза „извесност" (члан 2. тачка 20), што не само да представља (попут објашњених примера са степенима сумње), пример даљег грубог поигравања са законским текстом који се непотребно оптерећује чисто теоријским појмовима, већ је то и очигледан пример погрешног дефинисања, јер када се извесност објасни као „закључак о несумњивом постојању или непостојању чињеница, који је заснован на објективним мерилима расуђивања", тиме ништа значајно није речено, односно оно што је речено погрешно је. Ако је извесност истина (а реч истина се максимално избегава у тексту Нацрта), онда она не може, сама по себи, бити закључак, већ се само може радити о закључку да извесност постоји или не постоји, односно да је нешто истина или да није, али у сваком случају и то је чисто теоријско питање. Ради се о веома слабо утемељеној теоријској флоскули, која не заслужује да се нађе у законском тексту.

Лишење слободе се дефинише као *хапшење,* задржавање, забрана напуштања стана, притвор итд. Чему служи оваква дефиниција, па као да без ње до сада није било савршено јасно да је притвор облик лишења слободе?! Коришћење израза „хапшење", како овде, тако и у другим закон-

[35] Дефиниција из Кривичног законика: „Организована криминална група је група од три или више лица, која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи." Можда би сада питање у неком квизу могло да буде: „Кажите која је разлика између дефинисања организоване криминалне групе Кривичном законику и у Нацрту Законика о кривичном поступку".

ским одредбама је потпуно бесмислено. Чудно је да у иновативном Нацрту затвор није означен као „апсана“.

У члану 2. тачка 34, дефинише се да је кривични закон „Кривични законик и други закон Републике Србије у којем су садржане кривичноправне одредбе.“ Ово је просто генијално. Човек занеми пред таквом генијалношћу. Да овде није објашњено шта је кривични закон, ко зна који би се све закони у пракси сматрали кривичним законима, или би можда – да нам није лепо речено да се ту ради само о Кривичном закону Републике Србије, односно другом релевантном закону наше отаџбине – неко необавештен ту сврставао и кривичне законе других држава.

Веома је необична и заиста до крајњих граница иновативна одредба члана 2. став 2, по којој „сви изрази који се користе у граматичком мушком роду подразумевају природни мушки и женски род.“.[36] Дакле, овде се ради о баш *свим изразима*,[37] па тако када се користи „мушка“ реч „поступак“, то би значило да постоји и таква „женска“ реч, а да не говоримо о терминима као што су: „орган“, „језик“, „закон“, „законик“, „акт“, „устав“ итд. Све ове речи, подразумева се по творцима Нацрта, морају бити и у женском роду!!!

6.3. Институција браниоца у приправности као вид потенцијалног кршења права на одбрану

Према члану 77. став 1. Нацрта, ако окривљени изјави органу поступка у писаном облику или усмено на записник да одбија браниоца постављеног по службеној дужности и да жели да се брани искључиво сам, председник суда може посебним решењем одлучити да, у зависности од тежине кривичног дела, сложености случаја и својстава окривљеног, постављени бранилац остане бранилац у приправности, са општим и посебним дужностима, које су прописане у Законику. Ова одредба је вероватно унета по узору на неке ситуације настале у поступку пред Хашким трибуналом,[38] али њој није место у Законику о кривичном поступку и од

[36] Занимљиво је да овде нема (додуше, хвала Богу да нема, јер је цела одредба потпуно бесмислена) и логичког реципроцитета, тако што би се навело и да сви изрази који се користе у граматичком женском роду, подразумевају природни мушки и женски род.

[37] Ово би донекле имало смисла само када се ради о *лицима,* као што су, на пример, судија, тужилац, окривљени, оштећени итд., али то ни тада не треба да буде ствар регулативе Законика о кривичном поступку, те овакво нормирање очигледно представља пример оне активности коју народ објашњава пословицом по којој „беспослени поп и јариће крсти“.

[38] Потпуно је бесмислено да се у односу на ову установу користе искуства из Хашког трибунала, јер се пред њим воде кривични поступци за веома тешка кривична дела из категорије кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним

ње у пракси тешко да може бити неке користи, док би, с друге стране, она могла имати и веома негативни ефекат.

Слично као и до сада, у члану 75. Нацрта, прописују се случајеви обавезне стручне одбране где се, као што је уобичајено, утврђује да ако окривљени (односно друга лица која имају то право), браниоца не изабере, њега поставља председник суда по службеној дужности. Међутим, одредбама члана 77. се практично елиминише одбрана по службеној дужности, јер ако окривљени одбије браниоца који му је постављен, онда председник суда *може* посебним решењем одлучити да му буде постављен бранилац у приправности, тј. тада претходно постављени бранилац „остаје у приправности". Дакле, то се *може, али не мора учинити*, тако да је сасвим могуће да окривљени и за најтежа кривична дела буде без браниоца у кривичном поступку, уколико одбије онога који му је постављен, а председник суда му не одреди браниоца у приправности, јер он то може, али не мора да учини.

Посебно је незгодно што бранилац у приправности може бити искључиво претходни бранилац по службеној дужности, а кога је окривљени већ „одбио" што, у ствари, подразумева да није задовољан начином на који га је бранио, није с њим остварио неопходну комуникацију, налази се у одређеној колизији са браниоцем у односу на правац одбране и сл. И сада такав бранилац треба том истом окривљеном да буде бранилац у приправности, или је алтернатива да окривљени уопште нема браниоца, па и за најтежа кривична дела, односно чак ако је нем, глув, неспособан да се сам брани итд.

правом, за која је према правилима нашег кривичног законодавства углавном прописана казна од тридесет до четрдесет година затвора. Како правилима Статута тог Трибунала, није прописана обавезна стручна одбрана већ је, обрнуто, окривљеном дато неопозиво право да се брани сам и лично, у неким од поступака пред тим трибуналом користио се у пракси механизам сличан ономе који се сада предвиђа у члану 77. Нацрта, али је то било прилично контроверзно. Како је у нашем кривичном поступку, обавезна стручна одбрана прописана, између осталог, увек када је предмет кривичног поступка кривично дело за које је прописана казна од преко десет година затвора (исто је и у члану 75. став 1. тачка 2. Нацрта), какав је значај да онда када се не ради о случају обавезне одбране постоји бранилац у приправности, јер уколико је у питању неки од разлога за обавезну стручну одбрану онда актуелни бранилац свакако мора да постоји и то би, већ само по себи, искључивало могућност постављања браниоца у приправности. Међутим, чини се, што је веома проблематично, да бранилац у приправности *елиминише обавезну стручну одбрану* у оном конкретном случају у којем је одређен, за шта не постоји ваљан *ratio legis*. Такво решење у пракси може довести до одређених злоупотреба и повреде права на одбрану. Види више о браниоцу у поступку пред Хашким трибуналом: М. Шкулић, *Међународни кривични суд – надлежност и поступак*, Правни факултет у Београду и „Досије", Београд, 2005, стр. 110–115.

Ради се о веома лошем решењу, које озбиљно нарушава право на одбрану окривљеног. У Нацрту се уређују одређене посебне дужности браниоца у приправности, попут упознавања са садржајем изведених доказних радњи и током којих се одвија главни претрес итд. Дакле, окривљени је одбио постављеног браниоца јер је с њим, на пример, у озбиљном сукобу или чак сматра да он шкоди интересима његове одбране, а онда га председник суда ипак „задржава“, тако што доноси решење којим овај остаје бранилац у приправности, који потом може и даље бити инволвиран у кривични поступак, те фактички и даље утицати на процесну судбину кривичног предмета, без обзира на сукоб са окривљеним, односно на интенцију окривљеног да нема контакт са тим браниоцем.

И у погледу „браниоца у приправности“ постоје и друге контрадикције. Како је објашњено, окривљени и за најтежа кривична дела може остати без браниоца, а тада су могући и неки посебни проблеми. Ако председник суда постављеног браниоца није „задржао“ као браниоца у приправности, а окривљени сам не жели да уложи жалбу против пресуде којом му је изречена казна од тридесет до четрдесет година затвора, таква пресуда неће бити побијана жалбом, што није правично, јер се ради о својеврсној капиталној кривичној санкцији. Још је горе, ако такав окривљени (што би, с обзиром на тежину кривичног дела, било реално, али није и обавезно), има браниоца у приправности, јер такав бранилац жалбу против пресуде може изјавити само *уз изричиту сагласност окривљеног* (члан 78. став 1. тачка 5), што значи да ако нема такве сагласности, жалба не може бити уложена, што је онда у контрадикцији са чланом 438. став 6, по којем бранилац жалбу може изјавити и без посебног овлашћења оптуженог, али не и против његове воље, осим ако је оптуженом изречена казна затвора од 30 до 40 година.

6.4. Достављање писмена

Иако није спорно да је потребно увести ефикасније начине позивања и достављања, чини се да се у Нацрту озбиљно претерало.

Ако се ради о лицу којем се писмено непосредно доставља, а лице се не затекне тамо где се достављање има извршити, писмено се може предати члану његовог домаћинства старијем од шеснаест година, који је дужан да га прими (члан 249. став 2). Како ће се утврђивати године члана домаћинства је посебан проблем који се овде не решава, а бесмислено је уводити обавезу члана домаћинства да прими писмено, када истовремено не постоји било каква консеквенца за одбијање члана домаћинства да писмено прими. Да ли ће му се тада писмено „гурати у руке“ или ће се можда применити физичка сила?

Ако се члан породичног домаћинства не затекне, писмено ће се предати *портиру, суседу* или *председнику кућног савета,* ако они на то пристану и тиме се сматра да је достављање извршено (члан 249. став 2). Ово је невероватна одредба. Када се зна које су процесне консеквенце обављеног уредног достављања, онда је заиста невероватно да се и на овакав начин писмено може уредно доставити. Па, српски комшијски односи су понекад поприлично поремећени и лако је замислити суседа који ће радо примити писмено које се, иначе, лично доставља, а онда га хладнокрвно уништити, те свог злосрећног суседа изложити одређеним процесним последицама.

И наравно, ту је „коначно решење", па ако лице које није дужно да прими писмено (портир, сусед, председник кућног савета, колега са радног места), одбије да то учини, достављач оставља обавештење да ће се писмено истаћи на огласној табли и по могућству, интернет страници органа поступка, а по протеку рока од осам дана од дана истицања писмена, сматра се да је достављање извршено (члан 249. став 4). Ефикасно, нема шта, али је то истовремено и толико низак стандард за уредно достављање да више приличи некаквом сумарном дисциплинском поступку, него озбиљној кривичној процедури.

С обзиром на разраду читавог низа нових начина достављања писмена, добро је да у Нацрти није предвиђено достављање писмена и „голубијом поштом", или на неки други „иновативни" начин.

6.5. Непотребно раздвајање предистражног поступка и истраге

Предистражни поступак је заменио садашњи претквивични поступак, али је то учињено на суштински погрешан начин. Наиме, и предистражни поступак, као и истрага се воде када постоји исти релативно низак степен сумње, а то су основи сумње, који је иначе веома лоше дефинисан у члану 2. тачка 17, а при томе се истрага на том нивоу степена сумње може водити како против одређеног лица, тј. онда када постоји осумњичени, тако и против непознатог учиниоца.

Како се и предистражни поступак води на нивоу постојања основа сумње и како се он, по правилу, а посебно у неким ранијим фазама и док се кривично дело тек разјашњава, води у односу на непознатог учиниоца, јер његова сврха између осталог и јесте откривање осумњиченог, која је онда сврха омогућавања да се истрага такође може водити против непознатог учиниоца кривичног дела, онда када постоје основи сумње да је учињено кривично дело. Овде је такође грешка, што се не означава да се мора радити о кривичном делу за које се гони по службеној дужности.

Било би најцелисходније, ако се већ жели чист концепт јавно-тужилачке истраге, да уопште не постоје посебне одвојене фазе предистражног поступка, као неке врсте супститута садашњег претКривичног поступка и истраге коју би уместо садашњег истражног судије водио јавни тужилац. Таква раздвојеност постоји и у неким другим кривичним поступцима који се одликују тужилачком истрагом. Ту је на пример, карактеристична Црна Гора, у којој постоји извиђај, који замењује некадашњи претКривични поступак и истрага која се води по наредби државног тужиоца. Иако ни ово није идеално решење, оно је ипак боље него оно у Нацрту, јер се у Црној Гори извиђај води на нивоу *основа сумње,* док се истрага покреће онда када већ постоји *основана сумња,* као озбиљнији степен сумње, па то онда представља одговарајуће оправдање за разликовање ових фаза, које ипак, ако не формално када се ради о извиђају, суштински, односно садржински, обе заједно представљају сегмент својеврсног истражног поступка.[39]

И Законик о кривичном поступку из 2006. године је познавао две истражне фазе – а) претходну истрагу, као неку врсту супститута садашњем претКривичном поступку и б) истрагу поверену јавном тужиоцу, што је у том Законику било оправдано из два разлога: 1) с обзиром на степен сумње као материјални услов за вођење ових истражних стадијума, који се разликовао и који је за претходну истрагу био основи сумње, а за истрагу се морао радити о основаној сумњи, те 2) с обзиром на то да се истрага покретала решењем јавног тужиоца, против којег је била дозвољена жалба о којој је одлучивао истражни судија.[40]

Истрага се покреће закључком надлежног јавног тужиоца (члан 302. став 1. Нацрта). Против таквог закључка жалба није дозвољена. Чему уопште доношење било које одлуке о спровођењу истраге, ако се већ ради о одлуци против које жалба није дозвољена. Истрага би се могла сматрати покренутом већ првом радњом која има истражни карактер. Није лоше, само по себи, што се ради о закључку (мада до сад није било уобичајено да се у кривичном поступку доносе *закључци*, али је то онда контрадикторно правилима која се, на пример, односе на финансијску истрагу, која се води по наредби јавног тужиоца, када је у питању тзв. проширено одузимање имовинске користи.

---

[39] Види више о томе: М. Шкулић, *Коментар Законника о кривичном поступку Црне Горе*, „Мисија ОЕБС-а у Црној Гори“ и Министарство правде Црне Горе, Подгорица, 2009, стр. 723–724.

[40] Више о томе: М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, „Службени гласник“, Београд, 2007, стр. 759–760.

Било би целисходније да у нашем будућем кривичном поступку постоји само једна истражна фаза, слично као што је то, на пример, у Немачкој или у Аустрији, а где је истрага у основи спој елемената нашег садашњег преткривичног поступка, за који је карактеристично да „претходи кривичном поступку и омогућава га“[41] и формалне истраге, коју код нас још увек води истражни судија, а коју у тим европским државама води државни тужилац.

6.6. Индиректно коришћење несудских доказа на главном претресу и могућност заснивања пресуде на таквим доказима

Слично као што је то уређено и у позитивном Законику о кривичном поступку и у Нацрту се прописује неколико ситуација када се на главном претресу могу читати записници о раније датим исказима (члан 411). Међутим, сада је то веома проблематично, јер се више по правилу, не ради о судским доказима, већ о доказима које је у истрази прикупио јавни тужилац.

Донекле је оправдано да се читају записници када се ради о објективној немогућности да се већ испитана лица поново испитају, јер су умрла или душевно оболела, али је потпуно погрешно да се остави могућност читања записника и онда када *сведок или вештак без законског разлога неће да исказује на главном претресу*.

Тужилачка истрага има низ предности у односу на судску, али она има и одређене потенцијалне мане, а основна мана је да се веома рестриктивно докази из истраге могу користити на главном претресу, већ је њихова основна функција да послуже као утемељење оптужнице, а онда се касније сви докази, по правилу, морају понови изводити на главном претресу,[42] што је посебно изражено у адверзијално конструисаним кривичним поступцима, какав је и овај из Нацрта. Када се уведе неки нови

---

[41] Више о томе: С. Бркић, *Кривично процесо право II*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2010, стр. 9–10.

[42] У вези са овим, погрешно је што се као циљ истраге у Нацрту (члан 301. став 3), одређује не само прикупљање доказа и података који су потребни за одлучивање о томе да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак итд., већ и *доказа за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано*… Овакав циљ истрага може имати једино када је води истражни судија, или макар онда када се ради о тужилачкој истрази, али уз могућност да се у погледу одређених доказних радњи (тзв. хитне судске радње), ангажује судија (било судија за истрагу, као што је то случај у Црној Гори, односно у Немачкој, где се он означава као „Ermittlungsrichter“, за разлику од истражног судије који би био „Untersuchungsrichter“, било судија за претходни поступак и сл.), што није случај са одредбама Нацрта.

законски механизам и уопште ново законско решење (попут тужилачке истраге), онда се истовремено морају, како искористити све предности новине, тако и поднети неке мане новог решења. Међутим, у Нацрту се сада покушава остварење „немогуће мисије", тако да истрага буде тужилачка, али да истовремено сви докази, које је јавни тужилац као несудски државни органи прикупио, могу да се путем читања записника о датим изјавама користе на главном претресу, исто или слично као што је то чињено и са исказима који се дају истражном судији, када он у судској истрази испитује сведоке или вештаке. Тако нешто начелно није могуће, односно није оправдано.

7. Закључак

Нацрт Законика о кривичном поступку Србије представља прилично лош и недотеран текст, за који се треба искрено надати да никада неће у овом облику постати извор права. Нацрт је препун веома лоших решења, почев од оних најкрупнијих која су концепцијске природе, до правнотехничких омашки и грешака, озбиљних нејасноћа и неусаглашености. Њиме се, поред овога, у наш кривичнопроцесни систем уводе неки процесни механизми који су потпуно атипични за највећи број земаља континенталне Европе, што у пракси, ако би таква нормативна решења добила снагу закона, може имати веома негативне консеквенце, како по уређеност правног система, тако и по права и слободе грађана.

Покушај садржан у Нацрту новог Законика о кривичном поступку Србије да се у кривичној процедури испоље елементи начела правичног вођења кривичног поступка, а да се истовремено, потпуно елиминише начело истине из нашег кривичног поступка, представља изразито штетан експеримент, који је унапред осуђен на неуспех, али цену таквог експериментисања би могли платити како држава, тако и грађани.

Концепт тзв. паралелне истраге је суштински погрешан и он би у пракси или потпуно паралисао већину кривичних поступака, или би се, што је можда вероватније, свео на голу форму, где би практични значај имала истрага јавног тужиоца, док би „истрага" лица у функцији одбране била сведена на „празну фасаду".[43] Тај концепт је *суштински противан и функцији одбране* у кривичном поступку, те елементарном дејству

[43] Као што је претходно објашњено, механизам „прикупљања доказа у прилог одбране" током истраге је веома неадекватно решен у Нацрту ЗКП-а, а посебно је апсурдна могућност да полиција буде ангажована у циљу предузимања радњи у прилог одбране у истрази.

претпоставке невиности (која се као што је то објашњено у претходном тексту и формално крши у тексту Нацрта), јер какву би то истрагу окривљени могао водити и против кога, када се окривљени већ по законској дефиницији сматра невиним, све док се евентуално, супротно не утврди правноснажном одлуком суда. Стога је потребно из Нацрта новог Законика о кривичном поступку Србије елиминисати елементе такве наказне творевине као што је „паралелна истрага".

Потпуно адверзијална конструкција главног претреса, односно суђења, није адекватна за наш кривични поступак и она би у пракси могла довести до огромних проблема. У таквом поступку би странке само формално биле равноправне, док би у пракси то, по правилу, било веома неповољно по окривљеног, нарочито онда када нема браниоца, а у нашем кривичном поступку је само за релативно ограничени круг кривичних дела прописана обавезна стручна одбрана.

Елиминисање начела истине у кривичном поступку је изразито штетно. Није спорно да истина није никаква „света крава" ни у нашем садашњем кривичном поступку, као ни у кривичним поступцима већине држава континенталне Европе чије кривичне процедуре познају ово начело и где се оно сматра врхунским принципом. Истина се не достиже по сваку цену, али истини се свакако тежи, а онда када се истина објективно не може утврдити примењује се начело *in dubio pro reo*.

Елиминисање начела истине у кривичном поступку је контрадикторно и у односу на бројна друга кривичнопроцесна правила. Небулозно је да се у Нацрту новог Законика о кривичном поступку, као и раније, омогућава подношење жалбе против пресуде и због *погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања*, другим речима, *услед заснованости пресуде на неистини* а да при том *суд уопште и нема дужност утврђивања истине,* а да је извођење доказа, што значи и стварање подлоге за утврђивање чињеничног стања, примарно поверено странкама. Какве су шансе странке да побија пресуду због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, када је она сама, у првом реду процесно одговорна за утврђивање чињеничног стања?

Елиминисање начела истине у кривичном поступку је суштински изразито *неморално*, јер се циљ кривичног поступка не може механички и вештачки одвојити од опште повезаности кривичног права и морала. Ако начелно сматрамо да је вршење кривичних дела неморално, а да се само у кривичном поступку може утврдити да је учињено кривично дело, онда се такво питање не сме препуштати чисто правно-техничком конструисању некаквог „доказног двобоја", где би странке износиле своје аргументе и контрааргументе, а суд лишен „баласта" утврђивања исти-

не, или бар тежње ка истини, једноставно арбитрирао која је странке била успешнија у доказном дуелу.

Већина грађана од кривичног суда очекује истину а не некакво доказно бодовање страначког извођења доказа. Истина утврђена у кривичном поступку често има и историјско значење. ***Замислимо само како би грађанима звучало када би им се јавно рекло да се суд који је, на пример, судио за убиство премијера Ђинђића није бавио утврђивањем истине?*** Да је у односу на то не само правно, већ и историјски значајно суђење, у примени био ЗКП који не познаје начело истине, суд заиста не би ни имао дужност утврђивања истине, али да ли би то било правично? Да ли би то задовољило грађане? Коначно, какве би, у таквом хипотетичком случају, биле политиче и историјске импликације?!

Осим што је заснован на овим основним и веома крупним концепцијским грешкама и промашајима, Нацрт Законика о кривичном поступку из 2010. године се одликује и *читавим низом других битних аномалија*, почев од бројних правно-техничких грешака, па до нејасних и врло сумњивих нормативних решења, што *све заједно овај текст чини веома лошим*, па се треба искрено надати да он у садашњем облику никада неће постати део позитивних прописа нашег правног система.

Ако већ нисмо сигурни да ће одређена будућа законска решења користити, а врло је вероватно да могу озбиљно да штете, онда се треба разумно уздржати од њиховог увођења у наш нормативни кривичнопроцесни амбијент. Нацрт новог Законика о кривичном поступку Србије је заснован на суштински погрешној концепцији и садржи читав низ веома лоших нормативних решења и ако би он у садашњем облику постао позитивно право, то би неминовно произвело изразито негативне консеквенце, како по квалитет наших будућих кривичних поступака, тако и по права и слободе грађана.

Кажу да је *основно медицинско правило, да лекар пацијенту не сме одмоћи, ако му већ не може помоћи*. Слично би правило могло, или чак морало, важити и за реформу нашег кривичног поступка. Лако је уочити да Нацрт Законика о кривичном поступку Србије представља изразито погрешан *лек*.

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

Misconception of the draft new Code of Criminal Procedure

Summary
Traditionally, in European countries, which are the part of classical continental-European criminal procedure law system, the court and state bodies participating in the criminal procedure have the obligation to establish the facts essential for truth and delivering a lawful judgment. The court and the state bodies are also obliged to examine and establish with equal attention both the facts burdening the defendant, as well as those to the benefit of the defendant. It is also in advanced with the Article of 17 Criminal Procedure Code of Serbia.
The principles of fair procedure in criminal procedure and the principle of truth in criminal procedure are the basic principles which are in fact the goal of criminal procedure. The main idea is that the Criminal Procedure Code should contain rules aimed at enabling fair conducting of the criminal procedure, in order to avoid any innocent persons being convicted, and to enable a perpetrator of a crime to be sanctioned in accordance with the envisaged Criminal Code and on the basis of a lawfully conducted criminal procedure.
Author explains the basic characteristics of the principles of fair procedure in criminal procedure and the principle of truth in criminal procedure and different meaning of these principles (especially the principle of the truth), in both large world criminal procedural systems: a) in continental Europe and b) in the USA and other so called Anglo-Saxon states. In the article are also explained the most significant characteristics of these comparative criminal procedural system.
Author especially explains some very negative examples in the new Draft Code of Criminal Procedure Code of Serbia. Completely adversatorial construction of the main trial is not adequate for Serbian criminal procedure and that could be in the practice the cause of many serious problems. In this type of procedure the parties would be equal only in formal point of view. In the practice that could be very inconvenient and bad for the defendant, especially when he/she has not a defense counsel and in Serbian criminal procedure is mandatory defense counsel provides only for limited number of criminal offences.
Elimination of the principle of the truth in criminal procedure, i.e. in the Draft version of the Criminal Procedure Code of Serbia, is very negative solution. It is without doubt that the truth is not a "holly cow" in Serbian valid criminal procedure and also in criminal procedures in other states in continental Europe which legal systems know this vital principle. The truth is not achieving at any price and when it is objectively not possible, the principle *in dubio pro reo* has to be applied. It is not more the case in the Draft of the new Criminal Procedure Code of Serbia, which is very bad solution that must be seriously criticized.
Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is in a contradiction to many other vital criminal procedural rules. It is completely senseless and nonsense, that

in the Draft of the new Code of Criminal Procedure (the same rule as today, i.e. in now days CPC), provides appeal against the verdict because erroneous or incomplete finding of fact, i.e., when the judgement is ground on the incorrect or incomplete finding of fact or when the court has determined a relevant fact incorrectly and besides, the court officially does not have a duty to determine a truth.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is essentially unmoral, because the truth in criminal procedure can not be divided from general connectivity criminal law and moral. The majority of citizens expect the truth in and from criminal procedure. This truth has often historical significance too. If the fact is, that criminal offence principally is unmoral and if only in criminal procedure can be determined if the crime was committed, then this kind of question can not be only the mater of so called evidential duel between prosecutor and defendant with no active role of independent and impartial court.

UDK: 347.9

Др Слободан Стојановић
адвокат из Београда

ПАРНИЧНИ И КРИВИЧНИ ПОСТУПАК – ЗАЈЕДНИЧКЕ ОСНОВЕ

Уводна разматрања

Мислим да је већини наших адвоката недоступан тај луксуз да се баве искључиво парницом или искључиво кривицом, нарочито у већем делу своје каријере. Неки би то могли сматрати хендикепом и одсуством могућности за специјализацију. Уз претходну напомену да у овом чланку није реч о предмету тих поступака, тј. о материјалном праву, него само о поступку, наше је уверење да таква размишљања немају јачу аргументацију. Пре би се могло говорити о аргументима по којима онај који добро познаје и парнични и кривични поступак има потпуније знање и искуство једног процесуалисте. И то се може манифестовати како у парничном, тако и у кривичном поступку. Посебно што квалитет појединих институција тих поступака које су у бити исте, често код нас варира, како у законодавству тако и у погледу практичне примене. А ради се у основним поставкама о истој ствари.

Но, у практичном раду, тешко је бавити се једним и другим, сигурно не због различитости процедура него због онога што стоји иза тих процедура – различитом материјалном праву па и чињеничном супстрату, тј. због различитости предмета тих поступака.

Чини се да је ова тема код нас запостављена иако је веома и увек актуелна, у практичном смислу највише у адвокатури. Није нам познато да је још од Томе Живановића[1] у неком раду већа пажња посвећена зајед-

[1] О томе, Т. Живановић: *Основни проблеми Кривичног и грађанског процесног права (поступка)*, I Одељак, Београд, 1940. и II Одељак, Београд, 1941.

ничким и идентичним основама парничног и кривичног поступка. Стога ћемо у овом раду, у најкраћем, дати повод за нека основна размишљања о односу ове две врсте поступака. Иоле потпунији закључци захтевали би неупоредиво више времена и простора.

Развој

Тек у релативно новије доба развоја права долази до диференцијације норми грађанског[2] и кривичног судског поступка. Штавише, до краја 18. века се кривични поступак сматрао делом грађанског[3]. Но та диференцијација, по нашем мишљењу, још нигде није доведена до крајности. Напротив, данас су присутније тенденције ка приближавању ових двају поступака.

Основно што чини потребу да се ове две процесне дисциплине у мањим или већим детаљима разликују то су карактеристике њихових предмета (*causa civilis* и *causa criminalis*). Ипак, ни ту увек нема разлике: у кривичним поступцима се решава и о имовинскоправним захтевима, а у грађанским поступцима се може одлучивати чак и о кривичној одговорности. Наравно, на нивоу националних судова, предње је ипак само изузетак.

Међународноправни аспект

Диференцијација ових поступака на нивоу међународних правосудних институција, а још мање неких основних међународних конвенција и других аката је још мање изражена.

Типичан пример за ову тврдњу је Европски суд за људска права у Стразбуру. Иако се у суштини ради о парничном поступку и грађанској одговорности држава, предмет поступака пред тим судом су у највећем делу кривични поступци[4] у државама чланицама Савета Европе, па је чак присутно и упуштање у саму кривичну одговорност (кривицу)[5] појединa-

[2] Да нагласимо, у раду се говори о грађанском судском поступку у најужем смислу – парници, а не и о ванпарници и извршном поступку.

[3] Т. Живановић: *Основни проблеми Кривичног и грађанског процесног права (поступка)*, I Одељак, Београд, 1940, стр. 10.

[4] Види о томе St. Trechsel: *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2006, где аутор са безброј примера поткрепљује ставове Европског суда о људским правима о поштовању људских права у кривичним поступцима.

[5] Дађемо само пример одлука Европског суда о арбитрерности пресуда националних судова када је у питању кривица, тј. изостанак ваљаних и видљивих разлога осуде. Овом питању тај суд иначе приступа са много опреза због чињенице да код поротног

ца, иако ово последње, само по себи, није у надлежности тога суда. У сваком случају, „захтев за правичним суђењем претпоставља да ће суд дати разлоге за своју пресуду, како у кривичним тако и у не-кривичним предметима“[6], што значи да се тај суд, бар у неким основним поставкама упушта у квалитет разлога пресуда националних судова.

Па и Међународни суд правде у Хагу, као принципални судски орган Уједињених нација[7] се може и те како бавити кривичноправном материјом. Тај суд у принципу одлучује о међународној грађанској одговорности појединe државе[8], али треба се само сетити тужбе Босне и Херцеговине против Србије и Црне Горе због геноцида[9]. Тај суд је у овом поступку расправљао и одлучивао о типично кривичноправној материји, чак о нечем што у највећој мери удаљује парницу од кривице, као што је утврђивање постојања геноцидне намере.

Овај последњи спор је за импликацију имао и чињеницу да два судска органа у оквиру Уједињених нација истовремено расправљају неколико истоветних чињеничних и правних питања. Међународни суд правде, као принципални судски орган Уједињених нација који одлучује о одговорности држава и Међународни кривични Трибунал у Хагу који одлучује о кривичној одговорности појединаца, истовремено су одлучивали о постојању геноцида, као и о питању карактера сукоба у БиХ (међународни или немеђународни) које се своди на питање умешаности Србије у тај сукоб[10]. Иначе, у поступку који примењује тај суд[11], изузев

суђења која постоје у више држава Европе, образложења пресуде не мора ни бити. Арбитрерност у конкретном случају значи да је Европски суд оценио да дати разлози о кривици појединаца у кривичном поступку не доказују кривицу. Оцена о кривици, сама по себи није у надлежности тога суда, али јесте поставка која се односи на фер суђење у коме суд мора дати иоле озбиљне разлоге о постојању кривице, тиме и уверити јавност о њеном постојању, коначно и омогућити право жалбе и одлуку по жалби. У том смислу посебно је значајна пресуда Великог већа Европског суда од 16. 11. 2010. у случају Taxquet v. Belgium.

[6] Harris, O'Boyle&Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*,Second Ediyion, Oxford University Press, 2009, p.268.

[7] Члан 7.1. и 92. Повеље УН.

[8] Присутни су и ставови о кривичној одговорности државе, посебно у светлу све присутније кривичне одговорности правних лица, али, чини нам се да ови ставови још нису искристалисани и дефинисани.

[9] *Case concerning the Application of the Convention of Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, General list 91. Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*. Поступак је трајао од 1993. г. до 2007. г.

[10] В. о томе: С. Стојановић: *Однос Међународног суда правде и ad hoc Трибунала у Хагу – приказ једног поступка пред Трибуналом,* реферат на међународном скупу, Тара, 2005. Интересантно је напоменути да о овом поступку који је аутор рада лично водио

једностепеног суђења, не видимо ниједну одредбу која би била инкомпатибилна са поступком пред било којим кривичним судом.

Основни међународни акти такође не инсистирају на разлици у поступању судова у парничном и кривичном поступку. Заправо, ти принципи су потпуно исти, а разлика постоји у регулативи ограничења која су везана за лишење слободе и неких других права којих, за разлику од предмета парничних поступака, има пред судом који одлучује у кривичном поступку[12].

У том смислу поменућемо Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода из 1950. која је за нас од великог значаја[13] и нарочито одредбу члана 6. ст. 1. где се под насловом „Право на правично суђење“ одређује:

„Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се изриче јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или с дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде.“

Са аспекта овог рада, то мора бити минимум идентитета парничног и кривичног поступка. Наравно да је тај минимум идентитета проширен и другим нормама, а нарочито изузетно богатом и развијеном праксом њихове примене пред већ поменутим Европским судом за људска права.

пред Трибуналом 2000. и 2001. године у Србији није показана баш никаква заинтересованост, посебно од представника те државе који је заступају пред Међународним судом правде због геноцида, док је у САД испољена озбиљна заинтересованост – в. о томе С. Meier: *ICTY Practice Review*, *Human Rights Brief*, Vol. 9, Issue I, Washington College of Law, 2001.

[11] Статут Међународног суда правде који чини интегрални део Повеље УН (чл. 92. Повеље) садржи низ процедуралних одредби, али, како и сам у члану 30. упућује, процедуру разрађују судије тога суда својим Правилником. Правилник суда је, након првог усвојеног 1946. године, донет 14. 4. 1978.

[12] Депривација слободе није потпуно искључена ни у парничном поступку. Тако на пример чак и наш сада важећи Закон о парничном поступку (Службени гласник РС бр. 125/04) у чл. 247. предвиђа могућност затварања сведока који одбија да сведочи.

[13] Сагласно одредби чл. 16. Устава Републике Србије иста је део правног поретка Србије и непосредно се примењује, с тим што, сагласно одредби чл. 194. ст. 5. истог Устава има јачу снагу од закона и других општих аката.

Сличну одредбу о овом идентитету, овог пута на глобалном нивоу, има Међународни пакт о грађанским и политичким правима од 1966. године, који у члану 14. ст. 1. каже:

„Сви су пред судовима једнаки. Свако има право да његова ствар буде правично и јавно саслушана од стране надлежног, независног и непристрасног суда, установљеног законом, који ће одлучивати било о основаности макакве оптужбе кривичноправне природе уперене против њега, било у споровима о његовим правима и обавезама грађанске природе...", чему следе одредбе о јавности поступка формулисане на начин сличан ономе у Европској конвенцији о људским правима.

На овом месту ћемо поменути и једну глобалну појаву, а то је све веће прожимање основних правних система у свету нарочито европско-континенталног и англоамеричког. Из овог последњег све више долази до изражаја тзв. адверсаријални поступак у кривичним предметима, који у односу на европско-континентални, подразумева јачу улогу странака, а нешто мању суда. Такав поступак, заправо, више подсећа на парницу него на кривичну процедуру класичног европско-континенталног система. У прилог томе говоре и поједине институције као, на пример, поступак споразумевања о кривици[14], који је коначно преузет и у наш кривични поступак[15]. За њега бисмо рекли да више припада парничном него кривичном поступку, као својеврсно поравнање странака које располажу спором. Све је више диспозиције странака и у кривичном поступку. Чак постоји тенденција да се нека кривична дела, као што је на пример клевета[16], пребаце искључиво у зону грађанскоправне одговорности, што је, наравно, питање материјалног права али тога има и у обрнутом смеру.

Стање у нашој држави

Наравно, и наш правни систем је део глобалног, без неких иоле запажених оригиналности, па је због тога у свему обухваћен трендовима о којима је претходно било речи у овом раду. Стога је и у нашој науци присутан став да грађанско и кривично процесно право испољавају читав низ изразитих сличности испољених у оквиру одређеног поступка пред

[14] Опште је позната чињеница да се на пример, у САД много већи број кривичних поступка оконча таквим споразумом, него у редовном току поступка. Пред Трибуналом у Хагу је на овај начин окончано неколико десетина случајева.

[15] Ту су од посебног значаја измене Законика о кривичном поступку које су ступиле на снагу 11. 9. 2009. (Службени гласник РС бр. 76/09).

[16] Тако на пример, усмена клевета је у енглеском праву искључиво грађанскоправни деликт, в. о томе *The New Oxford Companion to Law* edited by P. Cane and J. Conaghan, Oxford University Press, 2008, p. 1086.

судом од стране процесних субјеката путем њихових радњи[17]. А задатак грађанског судског поступка је у крајњој линији остварење материјалноправне правичности[18], што несумњиво важи и за кривични поступак.

Значајне основе за овакво стање поставља Устав Републике Србије од 2006. г. који је преузео одређења ратификованих међународних аката, као и стандарда постављених у развијеним правним системима. Читав низ одредби је заједнички како за парнични, тако и за кривични поступак. То су, на пример, одредбе о праву на правично суђење[19], право грађана на једнаку заштиту и право на правно средство[20], начела судства и положај судија[21] и др. Посебно указујемо на одредбу чл. 145. Устава Србије која поставља основна начела у погледу сваке судске одлуке и одређује њену физиономију без обзира да ли се ради о парници или кривици. Те поставке су у целини заједничке, уз једини мали изузетак који се односи на могућност опроста казне без судске одлуке путем помиловања или амнестије, што је карактеристично само за кривични поступак.

Те уставне поставке разрађене су законима који регулишу парнични и кривични поступак. Низ процесних начела и принципа је ту на једнак начин постављен у оба поступка. Ваља нагласити да основни принцип, а то је право на правично (фер) суђење у ствари у себи садржи велики корпус права странака и обавеза суда о чему нарочито говори богата пракса Европског суда за људска права.

Сем тога, веома је уочљиво да ти закони на истоветан или принципијелно истоветан начин регулишу и оне области које нису обухваћене поменутим уставним одредбама. За нас су ту посебно интересантне институције доказног поступка, уз напомену да се и ту у основи мора применити начело правичног суђења.

У овом раду се говори о заједничким основама парничног и кривичног поступка, што наравно, не говори о бројним и значајним разликама када се пређе на конкретнији ниво у практичном вођењу ових поступака, те такве разлике и нису предмет овог рада. Међутим, и на том конкретнијем нивоу постоји заиста безброј института и примера истоветности или велике сличности[22]. То је на пример случај са већином норми о

[17] Тако, М. Шкулић: *Кривично процесно право, Општи део*, Београд, 2007, стр. 39.

[18] А. Јакшић: *Грађанско процесно право*, Београд, 2007, стр. 53.

[19] Члан 32. ст. 1. и ст. 2. Устава Србије.

[20] Члан 36. Устава Србије.

[21] Одељак 7. Петог дела (чланови 142–152) Устава Србије.

[22] Сама сличност за практичара може бити од помоћи, али понекад упућује и на повећан опрез од мешања ових детаља, на пример, код рокова, правних лекова и др. где сличност никако није довољна за практични рад.

управљању током поступка, о извођењу појединих доказа као што је саслушање сведока, о начину пресуђивања и др.

Чак је и композиција и уопште форма пресуда (увод, изрека, образложење, правна поука) у оба поступка код нас иста[23].

Разлика је понекад и само терминолошка, на пример, главни претрес или главна расправа.

Основни институти парничног и кривичног поступка.

У теорији и нема неког спора да парнични и кривични поступак полазе од истих основних института. Процесни субјекти и њихове процесне радње су основни институти у обе врсте поступака[24]. При том се као главни процесни субјекти одређују суд и странке, а њихове радње се на најопштији начин могу дефинисати као радње расправљања и доказивања. У сваком случају, то је један динамичан правни однос процесних субјеката јавноправног карактера[25].

Мислимо да на овом месту ваља разликовати и правила процедуре у неком ужем смислу од правила доказивања са напоменом да је и та дистинкција на исти начин карактеристична како за парнични, тако и за кривични поступак. Ово је посебно наглашено у англосаксонском правном систему и код неких међународних судских институција[26]. Доказни поступак[27] је нешто што је посебно наглашено и чему се придаје посебан значај, док се у осталом процедура своди на једно фер понашање у којем ће сваком од процесних субјеката бити омогућено да изнесе своје ставове.[28]

---

[23] У многим државама, а нарочито у међународном правосуђу, је уобичајено да се изрека даје на крају писменог отправка пресуде, а правна поука често изостаје, како у парничним тако и у кривичним поступцима. Својевремено, код нас је такав распоред у писменим отправцима постојао код судова удруженог рада, с тим што је назив мериторне одлуке био „одлука", а не „пресуда".

[24] Тако још, Т. Живановић: *op. cit*, стр. 61.

[25] *Ibid.,* стр. 38.

[26] Тако на пример, назив основног акта који регулише поступак пред Трибуналом у Хагу и Трибуналом за Руанду (овај акт је преузео и Специјални суд за Сијеру Леоне) је Правилник о поступку и доказивању.

[27] Мислимо да је доказни поступак као термин који се код нас и у закону употребљава овде недовољно адекватан и да треба говорити о правилима доказивања. Наиме, доказни поступак је само једна фаза у поступку у којој се изводе докази, обично након уводних излагања странака, док се правила доказивања односе не само на ту фазу, него још више на фазу доношења одлуке и пресуђивања.

[28] У том делу процедуре не видимо битнију разлику између председавајућег судије и председника парламента (скупштине) као законодавног тела. За процедуру коју води овај последњи довољан је и пословник, иако парламент доноси, у принципу, важније одлуке од пресуда.

Правила доказивања

Основна тежња сваког правног система и нечег што се зове владавина права је да се исте ствари третирају на једнак начин. Правда тежи једној истини[29] у погледу истих чињеница и јединственом утврђивању појединих правних односа. То се односи и на оно што је предмет расправа и парничних и кривичних судова, где исте чињенице и исти правни односи могу бити предмет разматрања и са становишта постојања кривичног дела и са становишта постојања неког грађанскоправног односа. Ту оба суда имају велику слободу[30]. Међутим, да узмемо екстремне примере, не могу исти људи у исто време, у кривичном поступку бити у браку, а у парничном не бити, без обзира што први има за предмет одлучивање о индивидуалној кривичној одговорности а други о одређеној грађанскоправној санкцији. Или, да је једно лице власник једне куће у парничном поступку а да је друго у кривичном поступку и то је још од битног утицаја на кривичну одговорност. Елементарна правичност захтева да иста чињенична питања и исте правне односе треба на једнак начин утврдити како у кривичном, тако и у парничном поступку.

У практичном смислу, а код нас нисмо приметили да је такве праксе било, сасвим је могуће и да се тужбама за утврђење у парничном поступку утврђује нешто што је било или ће бити од битног утицаја у неком кривичном поступку.

Ово упућује и да, у принципу, доказна правила у оба поступка морају бити иста, без обзира какве ће конкретне последице који поступак проузроковати.

У том смислу најдоследније су биле Сједињене Америчке Државе које су 1975. год. донеле Федерална правила доказивања са законском снагом која на јединствен начин уређују питање доказивања у парничном и у кривичном поступку[31]. Аргумент да су посебна и јединствена правила неопходнија код наглашенијег присуства пороте не слаби аргумент да су неопходна и код искључиво професионалног састава суда а, оно што је овде посебно битно, нема никаквог утицаја на изражену потребу да се правила доказивања парничног и кривичног поступка јединствено одреде.

---

[29] Овде нећемо улазити у стандарде као што је степен вероватноће или истиности као основу за доношење конкретних одлука, нити у филозофски појам истине, али тежња ка истини у сваком поступку свакако постоји.

[30] Ту слободу не ограничавају ни одредбе закона у оба поступка које се односе на решавање претходних питања, а ванредни правни лекови су веома слаба помоћ у решавању евентуалних несклада.

[31] Federal Rules of Evidence USA, Rule 1101(b).

Но, очигледно је да и у нашем систему, без обзира што је то регулисано различитим законима, постоји изузетно велика сличност, рекли бисмо претежно истоветност, у правилима доказивања парничног и кривичног поступка. Ово се нарочито односи на доказна средства (увиђај, исправе, сведоци, вештаци, па донекле и исказ странке), али и оцену доказа по слободном судијском уверењу.

Закључне напомене

Расправа процесних субјеката о постојању одређених чињеница, стања и односа, како фактичких тако и правних, о чему коначну оцену даје суд, је предмет рада како пред парничним тако и пред кривичним судом. Оба поступка деривирају из потребе за владавином права и права човека на правну заштиту које му обезбеђује држава.

Разлике између парничног и кривичног поступка јесу бројне, али не и у темељним поставкама и принципима.

Slobodan Stojanović, PhD,
lawyer from Belgrade

Civil Litigation and Criminal Procedure – The Common Basics

Summary

This article is pointing out that civil litigation and criminal procedure have the same basic principles and institutions. They appeared together in history of law and differentiated as late as from the end of 18th century. Nevertheless, the both in fact have the same general purposes and very similar construction, in many aspects the same. Especially, this is the case in adversarial procedure that is gradually entering even the countries of civil law tradition. For instance, plea-bargaining in criminal proceedings is institution that is in most of the aspects typical for the civil litigation. Being that need for truth and justice request the same results in identical matters, it is desirable that rules of evidence must be fundamentally same whatever procedure is in question.

UDK: 343.131.5

Вања Бајовић

Асистент Правног факултета
Универзитета у Београду

ПРАВО НА ОДБРАНУ ЋУТАЊЕМ[1]

Увод

Према Уставу Републике Србије, лице које је окривљено или коме се суди за кривично дело није дужно да даје исказе против себе или против лица блиских себи, нити да призна кривицу (чл. 33. став 7). Окривљени је увек слободан у избору да ли ће се бранити активно, или ће се пак определити за потпуну процесну неактивност, која се жаргонски означава као „одбрана ћутањем"[2]. Законик о кривичном поступку такође гарантује ово право у свим фазама поступка. Лице лишено слободе мора бити одмах обавештено да није дужно ништа да изјави и да све што изјави може бити употребљено као доказ против њега (чл. 5. ст. 1. тач. 1), окривљени није дужан да изнесе своју одбрану, нити да одговара на постављена питања (чл. 89. ст. 2), оптужени није дужан да се изјасни о оптужби нити да износи своју одбрану (чл. 320. ст. 3)

Право на одбрану ћутањем (*right to silence*) често се поистовећује са привилегијом против самооптуживања (*privilege against self-incrimination*). Упркос бројним сличностима, нераскидивој повезаности и истом развојном путу наведених гаранција, неопходно је на самом почетку указати на разлике које онемогућавају њихово поистовећивање. Право на одбрану ћутањем је право окривљеног да се вербално не изјашњава пред судом и другим државним органима, да не износи своју одбрану и

[1] Првобитна верзија овог рада објављена је у часопису *Правни живот бр. 10,* том II, књига 520, година LVII, Удружење правника Србије, Београд, 2008, стр. 5–17

[2] Шкулић М., *Кривично процесно право- општи део*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 142–143

не одговара на постављена питања. С обзиром да право на одбрану припада искључиво окривљеном, он је самим тим и једини титулар права на одбрану ћутањем. Привилегија против самооптуживања је право појединца да у кривичном поступку не износи чињенице и доказе који иду на његову штету. Док право на одбрану ћутањем има искључиво окривљени, привилегија против самооптуживања обухвата и сведоке који нису дужни да одговарају на поједина питања ако је вероватно да би тиме изложили себе или блиска лица тешкој срамоти, знатној материјалној штети, или кривичном гоњењу (чл. 100 ЗКП). И у погледу окривљеног привилегија против самооптуживања има шири домашај, с обзиром н то да поред права окривљеног да се уздржи од вербалног давања исказа, обухвата и његово право да се уздржи од давања било каквих доказа у кривичном поступку против своје воље. По мишљењу Европског суда за људска права, привилегија против самооптуживања између осталог подразумева да се докази који су прибављени од окривљеног принудом, преваром, претњом, обећањем или на други недозвољен начин не смеју користити у кривичном поступку.[3] Сходно томе, право на одбрану ћутањем је елемент привилегије против самооптуживања, али се ова привилегија не своди искључиво на то право.

Право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања воде порекло из англосаксонског права а и данас у различитим кривичнопроцесним системима имају различиту примену. Док је, примера ради, у домаћој пракси као и у другим државама континенталне Европе права реткост да се окривљени на главном претресу брани ћутањем, у државама англосаксонске правне традиције права је реткост да се окривљени уопште изјашњавају на сопственом суђењу. Упоредна анализа нашег кривичног поступка и кривичног поступка у Сједињеним Америчким Државама послужиће као пример различите имплементације и практичног значаја права на одбрану ћутањем.

Историјски приказ

Право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања настали су у Енглеској као реакција на злоупотребе које су се јављале пред црквеним судовима и судом „Звездане коморе"[4]. Обавезно испитивање окривљеног под заклетвом било је основна карактеристика тадашњег поступка, а неретко су се користила и најбруталнија мучења

[3] *Sanders v. United Kingdom* (1997) 23 E.H.R.R. 313 (ECHR)

[4] Јекић З., Данић Р., *Кривично процесно право*, Београд, 2005, стр. 126–127.

како би се издејствовало његово признање[5]. Након укидања наведених судова 1641. године, успостављено је правило да нико није дужан да пружа доказе против себе (*nemo tenetur accusare se ipsum),* и укинуто је обавезно стављање окривљеног под заклетву. Међутим у времену у коме су настали, право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања и нису имали претерано велики практични значај. Све до средине осамнаестог века окривљени није имао право да испитује и унакрсно испитује сведоке, право да се непосредно обраћа пороти добија тек почетком 19-ог века, док је право на браниоца свим категоријама окривљених у Енглеској дозвољено тек 1836. године![6] Сходно томе, једини ефикасан начин одбране пред поротом била је активна лична одбрана. Право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања добиле су на значају тек након усвајања осталих гаранција окривљеног, попут права на браниоца, претпоставке невиности, доказивања „ван разумне сумње" и сл. Наведене гаранције, иако настале у Енглеској, првобитно су почели да се примењују у Сједињеним Америчким Државама. По завршетку Рата за независност, привилегија против самооптуживања је 1789. године прокламована V амандманом америчког Устава, а свим окривљенима је уједно дозвољено и право на браниоца у кривичном поступку, чиме им је фактички и омогућено да се бране ћутањем.

У континенталним европским државама, наследницама инквизиторског система, наведене гаранције су се укориниле нешто касније. Интересантно је да право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања уопште нису изричито предвиђени Европском конвенцијом за заштиту људских права (ЕКЉП). Упркос томе Европски суд за заштиту људских права (ЕСЉП) се у својој пракси често бавио поштовањем наведених гаранција[7], истакавши да је реч о „општеприхваћеним

---

[5] У време снажног црквеног утицаја заклетва је имала далеко већи значај него данас, сматрана је врстом принуде која је окривљеног обавезивала да говори истину. Као што данас сведоке страх од кривичне одговорности за давање лажног исказа приморава да говоре истину, окривљеног који би давао исказ под заклетвом на истину је обавезивао страх од „божијег суда". Види: Marty M. D. and Spencer J. R., *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002,

[6] Landsman, S., *The rise of the contentious spirit- Adversary procedure in eighteenth century England*, Cornell Law Review, 1990

[7] *Sander v. United Kingdom* no. 34129/96, 9. Maj, (2000), *John Murrey v. United Kingdom* (1996) 22 E.H.R.R. 29 (ECHR), *Serves v. France* (1999) 28 EHHR 265, *Quinn v. Ireland* (2000) no.36887/97, *Heaney and McGuinness v. Ireland* (2001) 33 EHHR 12, *Allan v. United Kingdom* (2003) 36 EHHR 12, *JB v. Switzerland* (2001) no. 31827/96, *Condorn v. United Kingdom* (2001) 31 EHRR 1, *Averill v. United Kingdom* (2001) 31 EHRR 36, итд. Сви случајеви доступни на: www.echr.coe.int

стандардима који чине неизоставни део права на правично суђење, гарантованог чланом 6. Конвенције"[8]. Према тумачењу Европског суда, правично суђење подразумева право окривљеног да се брани ћутањем и не одговара на постављена питања[9], суд не сме да извлачи било какве доказне закључке из одбијања окривљеног да да исказ полицији, или да се изјасни пред судом[10], привилегија протов самооптуживања и право на одбрану ћутањем су нераскидиво повезани са претпоставком невиности која подразумева да је терет доказивања у кривичном поступку на тужиоцу, а окривљени ни на који начин не сме бити приморан да призна кривицу нити да одговара на постављена питања[11].

Данас су право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања универзално прихваћена начела која представљају неизоставни елемент права на правично суђење. За разлику од ЕКЉП, касније донети Статут међународног кривичног суда (Римски статут) изричито предвиђа да окривљени има право да се брани ћутањем и да се не сме присиљавати да износи своју одбрану нити да призна кривицу. Одбрана ћутањем не сме се узимати у обзир приликом одлучивања о његовој кривици (чл. 67. Римског Статута).

Право на одбрану ћутањем одувек је било предмет оштрих критика и дебата. Примера ради, Џереми Бентам је сматрао да ово право никада не иде у прилог невинима. „Када би се сви злочинци, криминалци и делинквенти састали са жељом да направе систем по њиховој жељи, није ли ово прво право које би захтевали у своју корист? Кривци знају да су извршили кривично дело и у интересу им је да сакрију истину, док невини ни у ком случају немају погодности од права на одбрану ћутањем. У њиховом је интересу да се изјасне пред судом како би се открила права истина, као што је кривцима у интересу да се бране ћутањем" писао је Бентам.[12] Критике по сличном основу изношене су и касније[13] а на њих је углавном

[8] *Murray v UK* (1996) 22 E.H.R.R. 29 (ECHR)

[9] *Funke v France* (1993) 16 E.H.R.R. 297 (ECHR)

[10] *Condron v UK* (2000) 8 B.H.R.C. 290 (ECHR)

[11] *Saunders v UK* (1997) 23 E.H.R.R. 313 (ECHR)

[12] Menlowe, M. A., *Bentham, Self-Incrimination and the Law of Evidence,* 104 Law Quarterly Review 104, 1988, str. 286–307

[13] Види: McNaughton J, The Privilege Against Self-incrimination: Its Constitutional Affectation, Raison d'Etre and Miscellaneous Implications, 51 Journal of Criminal Law, Criminology & Police Science 138, 1960, Dennis I, Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege against Self-incrimination, 54 Cambridge Law Journal 342, 1995, Cassell P.G, The Statute that Time Forgot: 18 U.S.C.A. §3501 and the Overhauling of Miranda, Iowa Law Review, n. 175, 1999., Stephen J. Johnson, Miranda Should be Reconsidered, The Indiana Lawyer, December 22, 1999.

одговарано позивањем на претпоставку невиности. Претпоставка невиности налаже да је терет доказивања на тужиоцу, док окривљени никада није дужан да доказује своју невиност. Сходно томе, окривљени има могућност да износи своју одбрану и доказе који му иду у прилог, али никада није дужан да то чини. Но поставља се питање да ли је невином лицу у интересу да се током главног претреса уопште вербално не изјашњава, и не износи доказе који му иду у прилог, уверен да тужилац неће бити у стању да докаже његову кривицу? Историјски посматрано, *ratio legis* настанка права на одбрану ћутањем био је заштита појединца од тираније власти, усмерене на давање његове изјаве и признања. Са модернизацијом кривичног поступка, забраном тортуре и јачањем осталих права окривљених, право на одбрану ћутањем изгубило је на свом првобитном значају, те се поставља питање да ли су Бентамове критике биле основане, тј. да ли ово право заиста нема никакав значај у заштити невиних? Одговор је негативан, имајући у виду да се ово право не реализује само на главном претресу већ и у фазама поступка које му претходе.

Испитивање осумњиченог од стране полиције

Главна сврха полицијског испитивања није у томе да осумњичени изнесе своју одбрану, већ пре свега да сумња против њега буде потврђена како би се покренуо кривични поступак и обезбедили докази[14]. Привилегија против самооптуживања омогућава осумњиченом да не износи доказе против себе, а један од начина за реализацију тог права је одбрана ћутањем током полицијског испитивања. Право осумњиченог да се брани ћутањем, тј. да се уздржи од давања исказа пред полицијом, не би му осигурало заштиту ако не би знао да га има. Стога је полиција дужна да осумњиченог, пре сваког испитивања упозна са његовим правима.

Најзначајнији амерички преседан у погледу поступања полиције са осумњиченим је случај Миранда из 1966 године,[15] којим је Врховни Суд

[14] Herrmann J., *Policijsko ispitivanje okrivljenika – igra moći: Njemačka, Sjedinjene Američke Države, Hrvatska*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu br. 1, 2004, str. 259–276

[15] Ернесто Миранда је, након лишења слободе полицији признао да је извршио отмицу и силовање, иако га полиција претходно није упозорила на његова права. Тужилац је на суђењу као доказ изнео признање окривљеног дато полицији које је пороти било сасвим довољан доказ да га огласи кривим. Међутим Врховни Суд је поништио пресуду стакавши да се радило о незаконитом доказу који није смео да се износи пред пороту, са обзиром да осумњичени пре давања исказа није био упознат са својим правима. У поновљеном поступку Миранда је осуђен на 11 година затвора, али захваљујући исказима сведока и другим валидним доказима презентованим пороти. Види: *Миранда в. Аризона,* 384 У.С. 436 (1966)

САД успоставио правило да је свака изјава дата полицији неприхватљива, ако је окривљеном дата без упозорења о његовим правима. Поука о правима или тзв „Миранда упозорење" подразумева да полиција пре сваког испитивања мора упозорити осумњиченог коме је одузета слобода да: а) није дужан ништа да изјави, б) да све што изјави може да се користи као доказ у поступку ц) да бранилац присуствује саслушању д) да захтева да му се постави бранилац по службеној дужности.

Конгрес САД је у неколико наврата покушао да ограничи правило Миранда доношењем закона који омогућавају да се као доказ у поступку користе изјаве које је окривљени добровољно дао полицији, без обзира што претходно није био упознат са својим правима. Међутим, у случају *Dickerson v. United States*[16] Врховни суд је истакао да је одлука у предмету Миранда заправо представљала тумачење привилегије против самооптуживање која је прокламована Уставом САД-а, те да Конгрес није овлашћен да било каквом законодавном активношћу поништава или мења одлуке Врховног Суда. Временом је Врховни Суд САД прихватио неке изузетке од стриктног тумачења правила Миранда. Примера ради, када агент провокатор дође до информација о кривичном делу, то представља прихватљив доказ, без обзира што осумњичени нису били упозорени да разговарају са полицијским службеником[17].

Попут свих савремених, демократских законика и наш Законик о кривичном поступку такође обавезује полицију да осумњиченог пре саслушања упозна са његовим правима. Но детаљнија анализа законских одредби показује да се права осумњиченог који је лишен слободе или задржан од стране полиције разликују од права осумњиченог који се саслушава „на слободи". Стриктно језичко тумачење указује да осумњичени има право на одбрану ћутањем једино у случају задржавања или лишења слободе од стране полиције.

Разлика се, наиме прави у погледу полицијског испитивања које захтева упозорење и оног које се може водити без упозорења. Грађанима од којих прикупља обавештења полиција није дужна да даје било каква упозорења. Како полиција нема право да саслушава грађане у својству сведока, вештака или окривљених (чл. 226. ст. 2), ни грађани немају дужност сведочења, тј. давања исказа пред полицијом[18]. Ако се међу тим лицима налази и осумњичени, његово прво испитивање фактички тече

[16] *Dickerson v. United States* No. 99-5525 (2000)

[17] *Illinois v. Perkins* 496 U.S. 292 (1990)

[18] Опширније: Грубач М., *Коментар законика о кривичном поступку,* Јустинијан, Београд, 2005, стр.399

без било каквих претходних упозорења од стране полиције, као и без обавезе да да било какав исказ. Међутим, ако то лице, током испитивања стекне својство осумњиченог, полиција је дужна да га одмах обавести о: а) делу за које се терети и основама сумње, б) праву да узме браниоца који ће присуствовати његовом даљем саслушању и ц) да није дужан да без браниоца одговара на постављена питања (чл. 227. ст. 8). Право на одбрану ћутањем није поменуто. Једино у случају да полиција донесе решење о задржавању осумњиченог, њему припадају права која има лице лишено слободе, међу којима је и право да се брани ћутањем (чл. 227. ст. 8. упућује на члан 5. који међу правима лица лишеног слободе предвиђа и право да оно није дужно ништа да изјави и да све што изјави може бити употребљено као доказ против њега). Иако је овакво решење аналогно америчком, мора се имати у виду чињеница да се стандард „лишења слободе" неупоредиво шире тумачи у америчкој пракси. Примера ради, Врховни суд САД је нашао да је осумњиченом одузета слобода у случају када је седео на сопственом кревету у четири сата ујутру док су га окруживала четири полицајца која су га испитивала.[19]

Искази дати полицији не могу се користити као доказ у поступку.[20] Изузетак је предвиђен у случају да осумњичени, у присуству адвоката, пристане да да исказ, када ће га полиција саслушати по одредбама о саслушању окривљеног (чл. 226. ст. 9). Акценат је на пристанку осумњиченог, што значи да он ни у ком случају није дужан да се изјашњава пред полицијом и његово право на одбрану ћутањем не доводи се у питање. Велика је разлика у положају осумњиченог током испитивања у полицији и положају оптуженог приликом испитивања на главном претресу. За разлику од главног претреса који је јаван, полицијска испитивања се одвијају иза затворених врата што неретко доводи у питање поштовање права осумњичених, те је и разумљива њихова одлука да се бране ћутањем. Но, поставља се питање који је мотив оптужених да се на главном претресу бране ћутањем? Одговор на ово питање најбоље одсликава разлику између адверзијалног система, карактеристичног за државе англосаксонског правног подручја и мешовитог система заступљеног у државама континенталне Европе.

---

[19] *Orozco v. Texas,* 394 U.S. 324 (1969).

[20] Информативни разговор „има само тзв. оперативни значај, тј. таквом радњом само се у одређеној мери указује на друге могуће доказе и начине прибављања доказа, али сам његов исказ дат у својству грађанина нема значај доказа у кривичном поступку." Види: Шкулић М., *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2007, стр. 783.

Одбрана ћутањем на главном претресу

У англосаксонском праву окривљени се ретко изјашњавају пред поротом и одбрана ћутањем најчешћи је начин одбране на суђењу. Разлози за то налазе се у другачијем положају одбране и другачијем концепту самог главног претреса, односно суђења.

Стручна одбрана у Америци никада није обавезна, али је увек могућа. Окривљени увек има могућност да се сам брани, независно од тежине кривичног дела или других околности које би у нашем праву захтевале обавезну одбрану, а исто тако окривљени увек има могућност да захтева од суда да му се постави бранилац по службеној дужности, без испуњења било каквих додатних услова. У пракси се окривљени ретко одлучују на самосталну одбрану, имајући у виду много значајнију и активнију улогу браниоца која је последица саме природе адверзијалног суђења.

Америчка суђења карактерише изразита пасивност судије и доминација тужиоца и браниоца. Питања кривице и санкције разматрају се на два одвојена рочишта, те одлуку о кривици самостално доносе обични грађани у виду пороте, док судија самостално, на посебном рочишту, одлучује о врсти и мери кривичне санкције. Порота броји дванаест чланова који се бирају компјутерски, по принципу случајног узорка, са бирачког или неког другог општег списка[21]. Грађани су дужни да се одазову позиву суда и прихвате учешће у одлучивању. Док се у мешовитом поступку поротници бирају на одређени временски период и за одређени суд, у англосаксонском праву порота се бира за сваки конкретан случај[22]. Поротници пре одлучивања немају право увида у истражне списе нити у казнену евиденцију, и одлучују искључиво на основу доказа непосредно изведених на суђењу. Начело објективне непосредности доследно је спроведено, тако да не постоји могућност читања раније датих исказа сведока, нити постоји могућност саслушања сведока ван главног претреса. Извођење доказа искључиво је у рукама странака. Тужилац и одбрана одлучују које ће доказе презентовати пороти и којим редом,

---

[21] Види: *The Federal Jury Selection and Service Act*, доступно на: www.law.cornell.edu/uscode/28/usc_sec_28_00001865——000-.html - 12k .

[22] У Америци се неретко дешава да избор поротника траје дуже од самог суђења. Примера ради, у поступку *People v. McDonald, Robinson and Evin,* суђење је трајало нешто мање од два месеца, док је избор поротника трајао више од осам месеци, с обзиром да је испитано више од 1000 потенцијалних поротника! Види: Maximo Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, Harvard International Law Journal, Vol. 45, Number 1, Winter 2004.

начело доказне аквизиције не важи, докази су странački, те сведоци и вештаци[23] сведоче у корист једне од странака[24].

Имајући виду да пороту не чине правници већ обични грађани различитог образовања, економског и друштвеног положаја, странке су дужне да им доказе презентују на разумљив начин, како би их уверили у своје тврдње. Отуда и тако велики значај алибија у америчком праву, јер ако бранилац успе да убеди пороту да се окривљени у време извршења кривичног дела налазио на другом месту и нађе сведоке који би то потврдили, добио је случај! Због тога се верује да исход суђења у Америци првенствено зависи од способности и вештина тужиоца и браниоца. Они су динамични и активни, шетају судницом, приближавају се и обраћају пороти, излагања друге стране прекидају честим приговорима, што све доприноси читавом тоналитету суђења.[25]

Какав је положај окривљеног у том доказном надметању? Најкраће речено, окривљени је само пасивни посматрач сопственог суђења. Док је у нашем праву, као и у осталим континентално-европским државама наследницама инквизиторског модела, саслушање окривљеног предвиђено не само као посебна доказна радња већ и прва која се предузима на главном претресу, у англосаксонском праву саслушање окривљеног уопште није предвиђено као доказна радња. Сходно томе, правило је да се окривљени уопште не саслушава на суђењу. У случају да окривљени инсистира да се изјасни, саслушава се као сведок у сопственом предмету. Саслушање окривљеног као сведока повлачи следеће процесне последице:

1. Окривљени се, као и сваки други сведок саслушава под заклетвом.
2. Окривљени, као и сваки други сведок може кривично одговарати за давање лажног исказа, што значи да се лаж не прихвата као легитимно средство одбране.

---

[23] Вештаци се не могу окарактерисати као помоћници суда у разјашњавању ванправних питања, с обзиром на то да их не ангажује суд, већ странке и налаз и мишљење им обично иде у прилог странке која их је ангажовала. Види: Pizzi W., *The Search for the whole trutha about American and European Criminal Justice,* New York University Press, January 1999.

[24] Сведока најпре саслушава странка која га је позвала (*examination-in-chief*), затим га испитује друга страна (*cross-examination*) те на крају поново странка која га је позвала (*re-examination*).

[25] Задатак тужиоца и браниоца је да пороту убеде у своје тврдње, те поред правног знања морају и да баратају вештинама говорништва, јавног наступа и сл. Зато се и истиче да је сваки добар адвокат уједно и добар глумац, који мора да зна да изабере праве речи и изговори их на прави начин, уз одговарајућу гестикулацију, како би пороту убедио да је у праву. Види: Gordon Van Kessel, *Adversory Excesses in the American Criminal Trial*, Notre Dame Law Review, Vol. 67, 1992.

3. Тужилац је, једино у том случају, овлашћен да пороту упозна са ранијим осудама окривљеног. Порота пре одлучивања нема право увида у казнену евиденцију, а тужиоцу је забрањено да поротницима износи податке о ранијој осуђиваности окривљеног. Његова ранија осуђиваност редовно се узима у обзир у следећој фази поступка, при одређивању санкције, али се полази од тога да је ирелевантна за одлучивање о кривици јер може да наведе поротнике на погрешан закључак да је лице које је раније вршило кривична дела извршило кривично дело и у конкретном случају. Међутим, ако окривљени одлучи да сведочи у сопственом поступку има статус обичног сведока и тужилац је овлашћен да пороту упозна са његовим ранијим осудама, што је легитиман начин за дискредитацију сваког „супарничког" сведока у очима поротника.

Имајући то у виду, окривљени се обично уопште не изјашњавају на сопственом суђењу већ тек у следећој фази поступка, на рочишту за одређивање и изрицање санкције. Мотиви окривљеног да се брани ћутањем су јасни: У случају да је окривљени раније осуђиван, његово изјашњавање би уједно значило и упознавање пороте са његовим ранијим осудама, па како не би ризиковао да на основу тога порота прејудицира одлуку о његовој кривици у конкретном случају, окривљени се обично одлучује на одбрану ћутањем. Поред тога, ако окривљени одлучи да се изјасни има статус сведока, што значи да мора говорити истину како не би ризиковао да буде оптужен за давање лажног исказа.

За разлику од тога, у нашем праву, као и у осталим државама мешовитог система, саслушање окривљеног предвиђено је као посебна доказна радња, што повлачи следеће процесне последице:

– оптужени се на главном претресу први саслушава, а његов исказ цени се као сваки други доказ у складу са слободним судијским уверењем.
– Окривљени се не саслушава под заклетвом и не може кривично одговарати за давање лажног исказа, што фактички значи да га ништа не обавезује да говори истину. Чињеница да је окривљени лагао не сме се третирати као отежавајућа околност, нити може имати било какав утицај на избор врсте и мере кривичне санкције.[26]
– За разлику од сведока који је дужан да сведочи, окривљени има право да одбије да да исказ, односно да се брани ћутањем.
– Ћутање окривљеног не може се тумачити као признање, већ се мора третирати као комплетно порицање.

[26] Шкулић М., *Кривично процесно право – општи део*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 217.

– Одбрана ћутањем не сме се третирати као отежавајућа околност при одмеравању санкције.
– Из одбране ћутањем суд не сме изводити било какве доказне закључке.

Право на одбрану ћутањем на главном претресу је у нашем праву релативизовано одредбом чл. 321. ст. 2. ЗКП која предвиђа да „Ако окривљени на главном претресу одлучи да се брани ћутањем, а у ранијим фазама поступка је дао исказ, прочитаће се његов ранији исказ". Недостатак активне вербалне одбране на главном претресу може се компензовати ранијом активном одбраном, ако је постојала. Судија ће тај исказ ценити као и сваки други доказ, у складу са слободним судијским уверењем. Дакле, одбрана ћутањем на главном претресу и нема велики практични значај ако је окривљени већ дао исказ полицији или истражном судији, с обзиром на то да ће се тај исказ доказно вредновати. За разлику од тога, у акузаторском поступку је начело објективне непосредности доследно спроведено, те пред поротом није дозвољено читање раније датих исказа, како сведока, тако ни окривљених. Како порота нема право увида у истражне списе, нема начина да се упозна са раније датим исказима окривљеног, те одбрана ћутањем на главном претресу има далеко већи практични значај.

У домаћој пракси су случајеви коришћења права на одбрану ћутањем на главном претресу изузетно ретки, а намеће се и питање мотива окривљених да се бране на овај начин. Како окривљени никада не може одговарати за давање лажног исказа, нити му се „лаж" може третирати као отежавајућа околност, радије ће се одлучити за активну вербалну одбрану изношењем неистинитих чињеница, него на одбрану ћутањем. Судија се, пре суђења увек упознаје са истражним списима као и са евентуалном ранијом осуђиваношћу окривљеног, тако да ни други мотив окривљених пред америчким судовима да се бране ћутањем, тј. да порота не би прејудицирала кривицу на основу њихове раније осуђиваности, у нашем систему не важи. У нашој пракси окривљени се углавном бране активно, најчешће изричитим признањем кривице које им се цени као олакшавајућа околност при одмеравању казне, или пак изричитим негирањем навода оптужнице које не може имати никакве штетне последице ако се установи да је њихов исказ био неистинит. Искуство показује да су основни (и једини) мотиви окривљеног да се на главном претресу брани ћутањем жеља за одуговлачењем поступка[27] или пак тежња ка доказном опструкцијом[28].

[27] Окривљени је, примера ради, своју одбрану излагао тек у жалби на пресуду, што је доводило до укидања пресуде и поновног суђења. Види: Грубач М., *Коментар законика о кривичном поступку,* Јустинијан, Београд, 2005, стр. 175.

Закључна разматрања

Историјски посматрано, право на одбрану ћутањем и привилегија против самооптуживања настали су у циљу заштите појединца од свемоћи и самовоље државних власти. Првобитно настале у англосаксонском праву, наведене гаранције и данас имају различити значај у адверзијалном кривичном поступку карактеристичном за државе англосаксонског правног подручја и мешовитом кривичном поступку, заступљеном у државама континенталне Европе. У нашој пракси, право на одбрану ћутањем далеко се чешће користи приликом испитивања у полицији него на главном претресу. За разлику од главног претреса који је јаван, полицијска испитивања се одвијају иза затворених врата, што неретко доводи у питање поштовање права осумњичених, те је и разумљива њихова одлука да се бране ћутањем. Но поставља се који је *ratio legis* коришћења овог права на главном претресу? Иако се одбрана ћутањем не сме доказно ценити приликом одлучивања о кривици, несумњиво је да утиче како на уверење судије, тако и на став јавности у погледу кривице оптуженог, јер се полази од логичне претпоставке да је невином лицу у интересу да изнесе своју одбрану. Активна одбрана у интересу је не само невинима већ и оптуженима који су извршили кривично дело, јер ако оптужени призна кривицу признање му се узима као олакшавајућа околност при одмеравању казне. Чак и ако оптужени који је извршио кривично дело негира кривицу, фактички ништа не ризикује активном одбраном имајући у виду да не може одговарати за давање лажног исказа. Стога не изненађује чињеница да су у нашој пракси одбране ћутањем на главном претресу изузетно ретке а и када се користе, користе се у циљу одуговлачења поступка или доказне опструкције.

Међутим у англосаксонском праву, у коме је и настала, одбрана ћутањем има другачији значај. Како саслушање окривљеног није предвиђено као посебна доказна радња, окривљени који жели да се изјасни пред поротом има статус сведока у сопственом поступку. Саслушање окривље-

[28] Вероватно најпознатији случај одбране ћутањем у нашој пракси је суђење Макиној групи оптуженој за убиство полицијског генерала Бошка Бухе. Како окривљени током читавог главног претреса нису проговорили ни једну једину реч, транскрипти разговора којима је забележено планирање операције нису могли да се користе као доказ, са обзиром да је било немогуће утврдити да ли снимљени гласови припадају окривљенима. Интересантно је да су окривљени понудили суду да своје одбране изнесу писмено, што указује да се у конкретном случају није радило о одбијању активне одбране, већ искључиво о одбијању вербалне одбране. Случај је окончан доношењем ослобађајуће пресуде услед недостатка доказа.

ног као сведока значи да се окривљени саслушава под заклетвом и може одговарати за давање лажног исказа, што значи да се лаж не прихвата као легитимно средство одбране. Порота, која самостално одлучује о кривици, нема право увида у казнену евиденцију, те ранију осуђиваност окривљеног не може ни имати „у подсвести" приликом одлучивања о његовој кривици. Међутим, ако окривљени одлучи да сведочи у сопственом поступку, тужилац је овлашћен да пороту упозна са његовим ранијим осудама, као што је овлашћен да помене ранију осуђиваност сваког сведока одбране кога жели да дискредитује у очима поротника. Имајући то у виду и невино лице ће се тешко одлучити за изјашњавање пред поротом ако је икада раније осуђивано, како не би ризиковало да буде жртва предрасуде „једном лопов – увек лопов". Када се узме у обзир и чињеница да сваки окривљени, без испуњења било каквих додатних услова може захтевати да му се постави бранилац по службеној дужности, као и далеко активнија улога браниоца у кривичном поступку, јасни су и мотиви за процесну неактивност окривљеног, те одбрана ћутањем као најчешћи начин одбране на суђењу, оправдава пун смисао свога постојања.

Vanja Bajović
Assistant
University of Belgrade Law School

Right to Silence

Summary
Right to silence and privilege against self-incrimination are generally accepted principles that lie at the heart of the notion of a fair procedure. In spite of the fact that this guaranties are often considered as „one and the same thing", they must be seen as a two partly overlapping circles. The right to silence is narrower and it refers to verbal communication alone, the right of accused not to speak. The privilege goes further and means protection of any person not to present evidence at the own expense. Both privileges originated from the common-law system, and even today they have various meaning and implementation in accusatorial system typical for the common law countries, and mixed procedural model, characteristic for the countries of continental Europe. Illustrative example is the fact that in the mixed system, accused rarely used his right to silence during the main hearing, while in the common law countries the accused rarely used his right to speak on the own trial. Practical application of right to silence in Serbian and American criminal procedure is given as an illustration of differences between two opposite models.

First part of the Article deal with the historical development of the guarantees, their regulation in international documents and interpretation in the practice of European Court of Human Rights. In the second part is explained right to silence during the police interrogation and Miranda warnings, while the third part copes with the using of this right during the trial. At the same time are clarified the differences between common law trial and European main hearing, as well as diverse role of the defense counsel, what all together contribute (and explain) various practical application of the right to silence.

UDK: 32.019.5:351.74/.75 ; 351.74/.76:659.3/.4

Мр Тања Кесић

Дипл. правник, предавач
Криминалистичко-полицијска академија у Београду

ОДНОСИ ПОЛИЦИЈЕ И ЈАВНОСТИ У ОБЛАСТИ ИЗВЕШТАВАЊА У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА

Сажетак

у раду је обрађена проблематика односа полиције и јавности у области извештавања у кривичним стварима. Представљени су међународни стандарди у овој области и указано је на националну позитивноправну регулативу предметне проблематике. Нарочити значај у разматрању односа полиције и јавности огледа се у потреби очувања интегритета два права – права јавности да буде обавештена о полицијским активностима и праву полиције да очува тајност својих истрага и заштити интересе одређених лица према којима поступа. Успостављање баланса између уживања ових права, с једне стране права на слободу изражавања, а с друге стране права на правично суђење и права на приватност, задатак је позитивне међународне и националне правне регулативе.

Уводне напомене

Полицијско поступање привлачи велику пажњу јавности, много више него друге теме. Потврду оваквог става проналазимо у чињеници да се у свим врстама медија[1] (штампаним, електронским), полицијске теме интензивно прате, те да се раду полиције посвећује више времена и простора него другим видовима владиних активности. То значи да је сваки полицајац под директним рефлекторима јавности и да се на основу његовог понашања формира јавно мишљење о полицијској служби, што повратно утиче на полицијски морал и ефикасност полиције. Нема сумње

[1] Израз медији долази од глагола *mediare*, што значи посредовати. Медијско средство посредује између оног чију информацију одашиље (комуникатор) и оног који информацију прима (прималац, реципијент). Под медијима се, за потребе права, подразумевају: новине, радио и ТВ програми, телетекст и интернет издања новина, радија, ТВ и других програма. Водинелић, В. В., *Право масмедија*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2003, стр. 7–8.

да ће законито, објективно и недискриминаторско понашање полиције имати утицаја на формирање позитивног става о овој служби.

Поред тога, значајан је и позитиван однос који полиција има према представницима медија, па се у циљу развијања таквог односа успостављају посебне јединице у оквиру полиције са задатком да комуницирају са медијима. Правилници о полицијској етици садрже посебне одредбе у којима се прецизира потреба изградње позитивног става према обавештавању јавности о полицијским активностима. У последње време много је учињено и на пољу дефинисања правила о односу полиције према медијима, која обухватају обавезу сарадње са њима, уз истовремено вођење рачуна да се том сарадњом не угрозе интереси полицијских акција и права лица према којима се поступа. Кршење поменутих правила може довести до дисциплинске одговорности припадника полиције, а у одређеним случајевима и до кривичних и грађанскоправних санкција.

Међу свим полицијским активностима вероватно највећу пажњу јавности привлачи поступање у кривичним стварима, које представља поље где се нарочита пажња мора посветити интересима истраге одређених кривичних дела и заштити права осумњиченог лица и жртве кривичног дела. Успостављање баланса између права јавности да буде информисана и заштите одређених људских права, која могу бити угрожена оваквим поступањем, спада у основна питања која ћемо обрадити у овом раду.[2]

Право на слободу изражавања

Право јавности на информацију спада у основно право на слободу изражавања које представља део корпуса традиционалних политичких и грађанских права посебно утврђених и уобличених током грађанских револуција крајем XVIII века. Она је данас потврђена и најважнијим међународним документима универзалног карактера, донетим под окриљем Уједињених нација и документима Савета Европе, као једне од најзначајнијих европских регионалних организација. Слобода мишљења и изражавања заштићена је чланом 19. Опште декларације о правима човека (*The Universal Declaration of Human Rights)*[3] на начин да свако има

[2] Важно је нагласити да полиција има и одређена очекивања од јавности, односно медија, у које спада обавештавање јавности о ванредним ситуацијама и опасностима, пружање помоћи полицији у проналаску несталих или тражених особа и решавању кривичних дела и упознавању јавности са полицијским активностима, којима се изграђује поштовање за полицију и послове које обавља. *Media Policy*, 2004, p. 4. www.mediapolice.org доступан 3. 7. 2009.

[3] Општа декларација о људским правима, усвојена и проглашена резолуцијом Уједињених нација 217 A (III) од 10. децембра 1948. године.

право на слободу мишљења и изражавања, што обухвата и право да не буде узнемираван због свог мишљења, као и право да тражи, прима и шири обавештења и идеје било којим средствима и без обзира на границе. Сличну формулацију садржи и члан 19. Међународног пакта о грађанским и политичким правима (*International Covenant on Civil and Political Rights)*[4]. Слобода изражавања предвиђена је и најзначајнијим документом регионалног карактера, Европском конвенцијом о људским правима (*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*)[5], а суштина права одређена је тако да оно укључује слободу сопственог мишљења, примања и саопштавања информација и идеја без мешања јавне власти и без обзира на границе. С обзиром на то да коришћење ових слобода повлачи за собом дужности и одговорности, слобода изражавања се може подвргнути формалностима, условима, ограничењима или казнама прописаним законом и неопходним у демократском друштву у интересу националне безбедности, територијалног интегритета или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, заштите угледа или права других, спречавања откривања обавештења добијених у поверењу, или ради очувања ауторитета и непристрасности судова (чл. 10).[6]

У другој половини XX века из слободе изражавања проистичу две нове слободе – слобода јавног информисања и слобода приступа информацијама. Слобода јавног информисања, као изведено људско право, обухвата право на истиниту, благовремену и објективну информацију, као и право да се јавно критикују објашњења у односу на конкретне поступке и акте власти и других јавних субјеката. Друга слобода настаје крајем шездесетих година прошлог века, када су САД, 1966. године први пут законом уредиле слободу приступа информацијама, након чега се ово право уређује и у другим националним законодавствима широм света.[7] Слобо-

[4] Међународни пакт о грађанским и политичким правима, усвојен и отворен за потпис и ратификацију или приступањем резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200 A (XXI) од 16. децембра 1966. године са Факултативним протоколом I (1966) и Факултативним протоколом II (1989), Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/71 и Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 4/01.

[5] Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, са Протоколима од 1–13, „Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/03, 5/05 и 7/05. Протокол 14 је отворен за потписивање чланицама Савета Европе.

[6] *The Article 19 Freedom of Expression Handbook, International and Comparative Law, Standards and Procedures*, op. cit., p. 17.

[7] Миленковић, Д., (2) *Уклопивост домаћег права и праксе у области слободе изражавања у Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода*, стр. 1, www.yucom.org.rs доступан, 3. 2. 2009.

да приступа информацијама је право свакога да од носиоца власти, односно јавних овлашћења, тражи и добије релевантне информације од јавног интереса како би се на делотворан начин омогућио увид у рад и поступање оних субјеката којима су грађани на слободним и демократским изборима поклонили поверење да у њихово име и за њихов рачун врше функцију власти и, у вези с тим, да управљају другим јавним пословима.[8]

Право на слободу изражавања, у својој комплексности, било је и предмет интересовања Савета Европе, који је кроз одређене инструменте уређивао различита питања која се односе на медије, однос медија и парламената, новинарску етику,[9] улогу медија у промовисању културе толеранције, улогу медија у изборним процесима, говор мржње и друге области које се односе на поменуто право.[10] Ми ћемо на овом месту представити најважније инструменте Савета Европе који се односе на медијско извештавање о кривичним поступцима и заштиту права приватности.[11]

Међународни стандарди у односима полиције и јавности

Један од најзначајнијих докумената у овој области, који је усвојен под окриљем Савета Европе је Препорука о медијском извештавању о кривичним поступцима. У уводном делу овог акта указује се на потребу поштовања права на претпоставку невиности, правично суђење и поштовање приватног и породичног живота, који представљају суштинске захтеве који се морају поштовати у сваком демократском друштву. Ме-

[8] Више о томе: Јелић, З., *У сусрет законском регулисању слободног приступа информацијама*, Економика, бр. 3/02, Београд.

[9] Више о медијској етици, види: Бертран, Ж. К., *Медијска етика и системи медијске одговорности*, Transaction Publishers, New Brunswick (USA) and London (UK), Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2007.

[10] У питању су следећи акти: Препорука Парламентарне Скупштине Савета Европе о медијима и демократској култури, бр. 1407 (1999), Резолуција Парламентарне Скупштине Савета Европе о парламентима и медијима, бр. 1142 (1997), Резолуција Парламентарне Скупштине Савета Европе о новинарској етици, бр. 1003 (1993), Препорука Комитета министара Савета Европе о медијима и промовисању културе толеранције, Р(97)21, Препорука Комитета министара Савета Европе о мерама у вези са извештавањем медија о предизборним кампањама, Препорука Комитета министара Савета Европе о „говору мржње", Р(97)20 и други. Наведено према: Никшић, С., Давичо, А., (приређивачи), *Етика новинарства, Приручник за професионалне новинаре*, Центар за професионализацију медија, Београд, 2005.

[11] Препорука Комитета министара Савета Европе Р(2003)13 о медијској дистрибуцији информација у вези са кривичним поступцима и Резолуција Парламентарне скупштине Савета Европе 1165(1998) о праву на приватност. *Ibid.*, стр. 236–251.

дијско извештавање о кривичним поступцима сматра се значајним због тога што превентивну функцију кривичног права чини видљивом и због пружања увида јавности у функционисање правосудног кривичног система. Истовремено истиче се могућност сукоба интереса између најважнијих права, међу која се убраја право на правично суђење, право на приватност и слободу изражавања. Стога се залаже за успостављање равнотеже између ових права према околностима сваког конкретног случаја и подсећа на контролну улогу Европског суда за људска права у гарантовању поштовања обавеза уговорених Европском конвенцијом о људским правима. Комитет министара Савета Европе препоручује владама држава чланица, уз уважавање различитости националних правних система у погледу кривичног поступка да: предузму или ојачају све мере које сматрају неопходним за спровођење принципа у овој Препоруци у оквиру својих уставних правила; обаве најширу расподелу Препоруке и њој придодатих принципа и да их у случају потребе преведу и да се њима посебно упознају судске власти и полицијске службе, да их ставе на располагање репрезентативним организацијама правника и медијских професионалаца.

Анекс Препоруке утврђује осамнаест начела везаних за медијску дистрибуцију информација о кривичним поступцима. Међу њима је начело информисања јавности путем медија, у којем се констатује потреба обавештавања јавности путем медија о активностима судских власти и полицијских служби и у складу с тим, утврђује слобода извештавања и изношења коментара о функционисању судског и кривичноправног система, при чему примена одређених принципа представља једина предвиђена ограничења. То су следећи принципи: претпоставка невиности; истинитост информације; приступ информацији; средства за пружање информација медијима; редовно информисање током кривичног поступка; забрана искоришћавања информације; заштита приватности; право на исправку или на одговор; заштита од пристрасног утицаја; негативни публицитет пре процеса; пријем новинара; приступ новинара судници; директно извештавање и снимање у судницама; подршка извештајима средстава информисања; заштита сведока; медијско извештавање о извршењу судских казни и медијско извештавање након одслужења судске казне.

За поступање полиције од важности су одредбе којима се налаже обавеза поштовања претпоставке невиности и заштита приватности осумњиченог лица. Посебна заштита гарантује се малолетним и другим рањивим лицима, жртвама, сведоцима и породицама осумњичених. Препорука налаже да се посебна пажња обрати на штетне последице које

одавање информација, којима се омогућава идентификација, може имати по ова лица. Обавештавање о полицијским активностима је потребно, под условом да то не нарушава тајност полицијских истрага. Полиција је дужна да свим новинарима омогући приступ информацијама без дискриминације.[12]

Резолуција Парламентарне скупштине о праву на приватност подсећа да право на приватност означава право на лични живот са минимумом ометања, али се залаже за проширење дефиниције, тако да укључи и право личности на контролу над подацима који се на њу односе. Право на приватност и право на слободу изражавања представљају основна права у сваком демократском друштву, али она нису апсолутна и могу се искључиво посматрати као права исте вредности. Резолуција потврђује да право на приватност гарантује заштиту од ометања од стране средстава масовних комуникација. Поред тога, овим актом се гарантује право на судску заштиту и накнаду штете у случају повреде права на приватност. Такође, у случају повреде права на приватност жртва има право на исправку информације која је објављена, а од држава се очекује да успоставе тело коме жртве кршења права на приватност могу поднети жалбу и од кога могу тражити да њихова исправка буде објављена.

Преглед односа полиције и јавности не би био потпун уколико се не бисмо осврнули на праксу Европског суда за људска права, који је у великом броју својих одлука нагласио фундаментални значај права на слободу изражавања у демократском друштву.[13] Слобода изражавања је један од основних услова за напредак и развој сваког човека. Ограничења овог права примењива су не само на информације или идеје које су погодне или неутралне државама и владама, већ и на оне које могу повредити, шокирати или узнемирити државу или неки део популације

[12] Полицијски приручник за примену Закона о слободи информисања предвиђа обавезу вођења полицијских истрага на поверљив начин, уз поштовања права на приватност жртве, сведока и осумњиченог. Откривање података о полицијским истрагама могуће је у случају постојања јавног интереса за објављивањем информација. Ипак, због могућности нарушавања права на приватност одређених лица и наношења штете појединцима укљученим у истрагу, јавни интерес мора представљати нешто више од обичне радозналости или интереса за конкретну истрагу. Стога ће се о молбама за приступ оваквим информацијама одлучивати у сваком конкретном случају у складу са законским захтевима. *ACPO Freedom of Information Manual*, Public Facing Version v1.2, Hampshire Constabulary, 2006, p. 30. www.btp.police.uk/.../FOI_publications_ACPOpublicquidancemanual_2006.pdf доступан 3. 3. 2009.

[13] Више о пракси Европског суда за људска права у области права на слободу изражавања, види: Алибурић, В., *Слобода изражавања у пракси Европског суда за људска права*, Народне новине, Загреб, 2002, стр. 60–62.

(*Handyside v. UK)*.[14] Такође, Суд је заузео став да се слобода изражавања не односи само на одређене категорије информација и идеја или облика изражавања (*Hadjianastassiou v. Greece)*.[15]

У једној од одлука Европског суда за људска права истиче се да штампа има истакнуту улогу у држави у којој постоји владавина права. Ипак, штампа не сме да прекорачи одређене границе, између осталог и заштиту угледа других. Штампа мора на прописан начин преносити информације и идеје о политичким и другим темама од јавног интереса, у које спада и рад правосуђа, институције суштински важне за свако демократско друштво (*Прагер и Обершлик против Аустрије)*.[16] Интересантни су случајеви у којима су представници суда, чак и судије, давали коментаре у јавности о исходу кривичног поступка који је био у току. Тако је у једном случају судија дала изјаву за медије у којој је критиковала став бранилаца пред судом и изнела своје виђење исхода кривичног поступка. Штавише, она је у својим изјавама сугерисала оптуженом да докаже своју невиност. Овакве изјаве Европски суд за људска права оценио је као „негативну оцену предмета" и истинско заузимање става о исходу процеса, уз јасно давање предности констатацији да је оптужени крив. Тиме је доведена у питање непристрасност судије, а понашање је у потпуности било у супротности са претпоставком невиности (*Lavents v. Latvia*, 58442/00 од 2002. године).[17]

Једна од пресуда Европског суда за људска права, која је од нарочитог значаја за полицију, третира однос полиције према јавности. Наиме, у њој се констатује да повреду претпоставке невиности могу нанети не само судија или суд, већ и други јавни органи власти. Тако је у једној кривичној ствари припадник полиције, на конференцији за штампу без услова и ограде указао на осумњичено лице, као саучесника у кривичном делу убиства. Тиме је лице проглашено кривим, што је нагнало јавност да поверује у његову кривицу и прејудицирало процену чињеница од стране надлежне судске власти, чиме је повређена претпоставка невиности у оквиру права на правично суђење (*Allenet de Ribemont v. France*). Зани-

[14] *Manual for Lawyers – Freedom of Expression under the ECHR (Article 10)*, Interights, London, 2006, p. 4. www.interights.org доступан 3. 8. 2009.

[15] *The Article 19 Freedom of Expression Handbook, International and Comparative Law, Standards and Procedures*, 1993, p. 51. www.article19.org/publications/law/the-handbook.html доступан 2. 8. 2010.

[16] *Медији и људска права, Слобода изражавања, Пресуде Европског суда за људска права,* Центар за професионализацију медија, Београд, 2006, стр. 146–147.

[17] Мекбрајд, Ц., *Људска права у кривичном поступку, Пракса Европског суда за људска права,* Савет Европе, Канцеларија у Београду, Београд, 2009, стр. 152.

мљива је и пресуда Европског суда за људска права којом се од полиције очекује да у потпуности поштује забрану објављивања фотографије осумњиченог лица, док је кривични поступак у току (*News Verlag GmbH & CoKG v. Austria*).[18] У пракси Европског суда за људска права забележени су случајеви у којима су медији износили оштре критике на рачун полицијског поступања, указивањем на бруталност полиције и називањем полицајаца „зверима у униформама". Суд је заузео становиште да је легитимно покретање овако важног питања и да је дужност штампе да преноси информације и идеје о питањима од јавног интереса. Када новинар има легитиман циљ, кад је у питању нешто од значаја за јавност и када су разумни напори уложени у потврђивање чињеница, медији се неће сматрати одговорним чак и у случају да се испостави да су чињенице биле неистините (*Thorgeirson v. Iceland*).[19]

Поред представљених правних механизама који уређују право на слободу изражавања и постављају смернице за односе полиције према јавности, у регулисању овог питања значајну улогу имају и правилници о полицијској етици.[20] У њима се истиче потреба изградње одговарајућих механизама за контролу полицијског поступања, међу којима се издвајају они који се заснивају на комуникацији и међусобном разумевању јавности и полиције. Свесна потребе за развијањем добрих односа са јавношћу, односно са средствима јавног обавештавања, полиција данас чини напоре у правцу унапређења тих односа. То се огледа у успостављању посебних организационих јединица у оквиру полиције које имају задатак да комуницирају са представницима медија и поименичном одређивању припадника полиције задужених за односе са јавношћу. Поједине полиције на својим интернет страницама постављају посебне формуларе помоћу којих се могу тражити информације од полиције. На овај начин се олакшава приступ јавности информацијама од јавног значаја, које су у поседу полиције. Тиме се задовољава и један од основних принципа полицијског поступања изражен у потреби за транспарентним деловањем.

---

[18] Дитертр, Ж., *Извод из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права,* Службени гласник РС и Савет Европе, Београд, 2006, стр. 305.

[19] Симовић, Н. М., (2) *Право на слободу изражавања из члана 10. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и члана II /3Х Устава Босне и Херцеговине*, Зборник радова *Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима*, XLV Редовно годишње саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2008, стр. 315–316.

[20] *UN Code of Conduct for Law Enforcement Officials,* усвојен од Генералне скупштине УН Резолуцијом бр. 34/169 од 17. децембра 1979. и *Resolution on the Declaration on the Police,* R 690 (1979). Резолуција је усвојена од стране Парламентарне скупштине Савета Европе 8. маја 1979.

С друге стране, полиција која је одговорна и отворена за контролу јавности представља једну од кључних карактеристика модерне демократске државе вођене идејом владавине права.

Односи полиције и јавности према националном праву

Устав Републике Србије јемчи *право на слободу мишљења и изражавања*, као и слободу да се говором, писањем, сликом или на други начин траже, примају и шире обавештења и идеје. Ограничење права на слободу изражавања могуће је учинити само законом, ако је то неопходно ради заштите права и угледа других, чувања ауторитета и непристрасности суда, заштите јавног здравља, морала демократског друштва и националне безбедности Републике Србије (чл. 46). Уставом се гарантује и *слобода медија*, односно слободно, на начин предвиђен законом, оснивање новина и других средстава обавештавања (телевизијских и радио-станица). Највиши правни акт предвиђа забрану цензуре. Изузетно, надлежни суд може спречити ширење информација и идеја путем средстава јавног обавештавања само ако је то у демократском друштву неопходно ради спречавања позивања на насилно рушење Уставом утврђеног поретка или нарушавање територијалног интегритета Републике Србије, спречавања пропагирања рата или подстрекавања на непосредно насиље или ради спречавања заговарања расне, националне или верске мржње, којим се подстиче на дискриминацију, непријатељство или насиље. Гарантује се право на исправку неистините, непотпуне или нетачно пренете информације којом је повређено нечије право или интерес и право на одговор на објављену информацију, што се уређује законом (чл. 50). Уз поменута права, Устав посебно успоставља *право на обавештеност*. Свако има право да истинито, потпуно и благовремено буде обавештаван о питањима од јавног значаја и средства јавног обавештавања су дужна да то право поштују. У оквиру овог права сваком се гарантује право на приступ подацима који су у поседу државних органа и организација којима су поверена јавна овлашћења, у складу са законом (чл. 51).

На темељу оваквих уставних решења, Закон о полицији уводи обавезу за полицију да објективно информише јавност о својим активностима, не откривајући поверљиве информације. У односима са средствима јавног информисања полиција поступа у складу са законом и према професионалним смерницама које упутством даје министар. Поред обавезе информисања медија, полиција мора непосредно информисати појединце и правна лица о питањима из свог делокруга за чије решавање постоји њихов основан интерес. Поменуте информације даје руководилац

надлежне полицијске управе или друго лице које министар за то овласти. Изузетно, полиција може ускратити или одложити давање информација појединцима и правним лицима ако су у питању поверљиви подаци и информације или ако би се давањем информација могло нарушити нечије право на правично суђење или утицати на исход другог судског поступка (чл. 5). Кључни недостатак ове одредбе је у изостављању заштите права на приватност, као једног од разлога за необјављивање података и информација.

Потреба транспарентног поступања и информисања јавности о раду прецизира се и Упутством о полицијској етици.[21] Унутрашњу организацију полиција поставља и унапређује на начин на који промовише добре односе полиције и грађанства и, где је то могуће, ефикасну сарадњу са другим органима, агенцијама, локалним заједницама, невладиним и другим организацијама грађана, укључујући и мањинске и етничке групе. У сарадњи са поменутим субјектима полиција се организује тако да јавности пружа објективне информације о својим активностима, без откривања поверљивих информација. Односи са средствима јавног информисања заснивају се на стручним смерницама за контакте са медијима (чл. 36).

Главни циљеви полиције у области односа с јавношћу одређени су Информатором Министарства унутрашњих послова Републике Србије.[22] Информатор је састављен у складу са Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја и Упутством за објављивање информатора о раду државног органа.[23] То су следећи циљеви:

– информисање на отворен и коректан начин о догађајима који укључују полицију;
– информисање грађана о раду полиције:
– побољшавање разумевања улоге и одговорности полиције кроз транспарентне, активне и редовне медијске и јавне кампање;
– омогућавање и реализовање сусрета с медијима како би се објаснио рад полиције и
– примена стандардне процедуре у односима с медијима.

---

[21] Упутство о полицијској етици и начину обављања послова полиције, ''Службени гласник РС'', бр. 44/91, 79/91, 54/96, 25/00, 8/01 и 01/03.

[22] Информатор МУП РС објављен је на интернет презентацији министарства, 9. јануара 2006. www.mup.sr.gov.rs

[23] Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, Службени гласник РС, бр. 104/04 и Упутство за објављивање информатора о раду државног органа, Службени гласник РС, бр. 57/05. Више о Закону о слободном приступу информацијама од јавног значаја, види: *Водич кроз Закон о слободном приступу информацијама*, Фонд за отворено друштво, Београд, 2005.

Информатором су одређена лица овлашћена за поступање по захтевима за приступ информацијама од јавног значаја, наведена су овлашћења и обавезе полиције и представљена је организациона структура Министарства унутрашњих послова Републике Србије. Значајну улогу у даљем отварању министарства према јавности и успостављању квалитетнијих односа са медијима има Биро за сарадњу са медијима.

Можемо закључити да национална правна регулатива којом се одређује однос полиције према јавности иде у корак са међународним стандардима. У пракси се, ипак јављају различити проблеми, као што је одбијање полиције да јавности стави на увид одређене податке и информације. Веома често, полиција обавештава јавност не уважавајући основна права осумњичених лица, пре свега, претпоставку невиности. Предности употребе модерних технологија довеле су до тога да се „одлажу“ полицијске акције до доласка камера, с циљем упознавања јавности с великим постигнућима полиције, а врло често и у намери дискредитовања одређених лица.

Немаран однос полиције бележи се и према жртви кривичног дела и њеној ближој родбини, с обзиром на то да се често у јавности појављују информације о идентитету жртве и чланова њене породице, заједно са интимним подацима из приватног живота. Кршење права на приватност заступљено је и приликом поступања са малолетним учиниоцима кривичних дела или малолетним лицима као жртвама кривичних дела. Сведоци смо да се у медијима не износе подаци о идентитету малолетног учиниоца кривичног дела или жртве, али се из свих осталих података веома лако закључује о којим лицима је реч. Све су то понашања која су супротна основним међународним стандардима и одредбама домаћих прописа. Наравно, део одговорности за овакво поступање сносе и медији који веома често, руковођени искључиво сензационализмом, објављују информације које доводе до кршења загарантованих права.[24]

Превазилажење поменутих проблема може се учинити адекватном едукацијом припадника полиције у областима односа са јавношћу и људских права. С друге стране, представници средстава јавног обавештавања

[24] Медијско извештавање о кривичним поступцима у Србији током 2004. године карактерисала је манипулација медијима (којима су повераване нетачне информације) и сензационалистичко, нетачно или пристрасно медијско извештавање. Мрвић-Петровић, Н., *Медијско извештавање и поштовање људских права учесника у кривичном поступку*, Темида, Вол. 8, бр. 4/05, стр. 23. Види: *Људска права пред судовима у Србији, Извештај о посматрању поступања судова приликом суђења за кривична дела у Србији у 2004. години, са аспекта поштовања људских права*, Центар за антиратну акцију и Фонд за отворено друштво, Београд, 2005.

требало би да се обуче за информисање о полицијским активностима, да овладају стручним терминима који се користе у полицијском поступању и да усвоје једну од основних вредности демократског друштва, а то је поштовање људских права. Грађани чија су права повређена јавним обавештавањем морају имати на располагању делотворна правна средства у циљу накнаде штете која им је проузрокована, а припадници полиције морају сносити одговорност за незаконито и неправилно поступање.

Завршне напомене

Изградња добрих односа између полиције и јавности представља веома важан задатак у савременом друштву. Уопште, односи полиције и јавности су један сегмент демократске контроле полицијског поступања. Наиме, поред законодавне, извршне и судске контроле полиције, контроле од стране омбудсмана и других државних тела, као спољашњих облика контроле, постоји и унутрашња контрола у оквиру полицијске службе. Међу свим облицима контроле полицијског поступања веома важну улогу остварује и јавност, односно грађани. Предуслов за то је транспарентност у раду полиције и успостављање механизама за остваривање овог вида одговорности. То значи да се морају формулисати делотворне и непристрасне процедуре за решавање о притужбама грађана на рад полиције и развити и други модели дијалога и сарадње између полиције и грађана.[25] Ови видови сарадње обично се формирају на локалној основи, али у њима учешће могу узети и представници невладиних организација, удружења грађана и медији. Без отворености полиције за медије, читава идеја о контроли полиције пада у воду.[26]

Управо из тог разлога питање односа полиције према медијима, или јавности у најширем смислу речи, сматрамо значајним. Истовремено, ово је изузетно комплексно питање, у којем се очитава сукоб два интереса. С једне стране, постоји интерес јавности да „зна“, односно да буде обавештена о полицијским активностима, а с друге стране, интерес полиције да одређене сегменте активности задржи далеко од очију јавности

[25] У том смислу се изјашњава и Упутство о полицијској етици, у којем се каже да спољашња контрола полиције обезбеђује одговорност полиције држави, грађанима и њиховим представницима. Полиција има обавезе и у поступцима у којима се разматрају жалбе на рад полиције, као и притужбе, представке и сличне поднеске који се односе на њен рад. Полиција учествује у промовисању механизама одговорности, заснованих на комуникацији и узајамном разумевању грађана и полиције (чл. 6).

[26] Милосављевић, Б., *Људска права и полиција, Стандарди људских права за полицију, Приручник* Београд, 2004, стр. 32.

и да заштити права одређених лица према којима поступа. Заправо, то је сукоб између права на слободу изражавања и других заједмчених права, међу којима се издвајају право на правично суђење и право на приватност.[27] Успостављање правичне равнотеже између ових права је кључно у односу полиције према јавности. Поред тога, важно је едуковати припаднике полиције и средстава јавног обавештавања о потреби уважавања поменутих права и међусобној сарадњи у циљу постизања задовољавајућег односа између полиције и јавности.

Литература

1. Алибурић, В., *Слобода изражавања у пракси Европског суда за људска права*, Народне новине, Загреб, 2002.
2. *ACPO Freedom of Information Manual*, Public Facing Version v1. 2, Hampshire Constabulary, 2006. www.btp.police.uk/.../FOI_publications_ACPOpublicquidance-manual_2006.pdf доступан 3. 3. 2009.
3. Бертран, Ж. К., *Медијска етика и системи медијске одговорности*, Transaction Publishers, New Brunswick (USA) and London (UK), Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2007.
4. Водинелић, В. В., *Право масмедија*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2003.
5. *Водич кроз Закон о слободном приступу информацијама*, Фонд за отворено друштво, Београд, 2005.
6. Дитертр, Ж., *Извод из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права,* Службени гласник РС и Савет Европе, Београд, 2006.
7. Јелић, З., *У сусрет законском регулисању слободног приступа информацијама*, Економика, бр. 3/02, Београд.
8. *Људска права пред судовима у Србији, Извештај о посматрању поступања судова приликом суђења за кривична дела у Србији у 2004. години, са аспекта поштовања људских права*, Центар за антиратну акцију и Фонд за отворено друштво, Београд, 2005.
9. *Manual for Lawyers – Freedom of Expression under the ECHR (Article 10)*, Interights, London, 2006, www.interights.org доступан 3. 8. 2009.
10. *Media Policy*, 2004, www.mediapolice.org доступан 3. 7. 2009.
11. *Медији и људска права, Слобода изражавања, Пресуде Европског суда за људска права,* Центар за професионализацију медија, Београд, 2006, стр. 146–147.
12. Мекбрајд, Ц., *Људска права у кривичном поступку, Пракса Европског суда за људска права,* Савет Европе, Канцеларија у Београду, Београд, 2009.

[27] Поједини аутори овај однос посматрају као однос између личног и медијског права. Radolović, A., *Odnos prava osobnosti i medijskog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2007, str. 268.

13. Миленковић, Д., (2) *Уклопивост домаћег права и праксе у области слободе изражавања у Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода*, www.yucom.org.rs доступан, 3. 2. 2009.
14. Милосављевић, Б. (1) *Људска права и полиција, Стандарди људских права за полицију, Приручник* Београд, 2004.
15. Мрвић-Петровић, Н., *Медијско извештавање и поштовање људских права учесника у кривичном поступку*, Темида, Вол. 8, бр. 4/05.
16. Никшић, С., Давичо, А., (приређивачи), *Етика новинарства, Приручник за професионалне новинаре*, Центар за професионализацију медија, Београд, 2005.
17. Radolović, A., *Odnos prava osobnosti i medijskog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2007.
18. Симовић, Н. М., (2) *Право на слободу изражавања из члана 10. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и члана II /3X Устава Босне и Херцеговине*, Зборник радова *Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима*, XLV Редовно годишње саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2008.
19. *The Article 19 Freedom of Expression Handbook, International and Comparative Law, Standards and Procedures*, 1993, www.article19.org/publications/law/the-handbook.html доступан 2. 8. 2010.

Tanja Kesić

Police and Public Relations in the Field of Reporting in Criminal Matters

Summary

the paper deals with the relationship between the police and the public in the area of reporting in criminal matters. In it we presented international standards and national legislation in this field. The importance of considering the relationship between the police and the public is reflected in the need to preserve the integrity of the two rights, the rights of the public to be informed of police activities and the right of police to preserve the confidentiality of its investigations and protect the interests of certain persons by which it takes action. Establishing a balance between the exercise of these rights, on the one hand, the right to freedom of expression, and on the other side, of the right to a fair trial and right to privacy, is a task for positive international and national legal regulations.

UDK: 343.21(497.1) ; 343.575

Мр Вељко Делибашић

адвокат из Београда

КРИВИЧНО ДЕЛО НЕОВЛАШЋЕНА ПРОИЗВОДЊА И СТАВЉАЊЕ У ПРОМЕТ ОПОЈНИХ ДРОГА ИЗ ЧЛАНА 246. КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА

Увод

Кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246. Кривичног законика налази се у двадесет трећој глави, која прописује кривична дела против здравља људи. Право на заштиту здравља представља уставно право човека а здравље људи један је од најважнијих групних заштитних објеката. Оно се, првенствено, штити другим гранама права, док је кривичноправна заштита у овој области фрагментарног карактера и појављује се нужном само у случајевима драстичног угрожавања или повреде здравља људи.[1]

За потпуно разумевање овог кривичног дела неопходно је имати у виду међународне конвенције које је наша земља ратификовала у овој области. Најважнија је Конвенција Уједињених нација против незаконитог промета опојним дрогама и психотропним супстанцама усвојена у Бечу 1988. године („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 14/90). Посебну важност има члан 3. ове конвенције који за одређене делатности прописује обавезу страна потписница да их предвиде као кривично дело, као и делатности у погледу којих се препоручује њихово инкриминисање. За ову област важна је и јединствена Конвенција о опојним дрогама од 1961. године коју је наша земља ратификовала 1964. године („Службени лист СФРЈ“ – Додатак, број 2/64), као и Конвенција о психотропним супстанцама од 1971. године („Службени лист СФРЈ“, број 40/73).[2]

---

[1] Стојановић З. – Перић О., *Кривично право посебни део*, Београд, 2006, стр. 220.

[2] Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006, стр. 574–575.

Злоупотреба[3] опојних дрога и психотропних супстанци је вишеструко штетна. Штетне последице настају, пре свега, у виду угрожавања или повреде здравља оних који их узимају мимо медицинског третмана, а то су, по правилу, млади људи. Немедицинска употреба опојних дрога и психотропних супстанци најчешће је праћена физичким и психичким пропадањем личности, а нису ретки ни смртни случајеви. Уз то, јављају се и многи социјални проблеми као што су конфликтне ситуације у породици, бекство из породице, развод брака, неуредно долажење на посао или потпуно напуштање посла, разни материјални проблеми и др.[4] Неконтролисана употреба опојних дрога доводи до наркоманије, која према свим дефиницијама штетно утиче на здравље човека, његове способности и понашање. Антонијевић у свом реферату у књизи *Наркоманија младих* наводи дефиницију Светске здравствене организације од 1961. године, према којој је наркоманија стање периодичне или хроничне интоксикације, штетне по личност и друштво, проузроковано поновљеним уношењем, природне или синтетичке, дроге. Њене карактеристике су неодољива жеља или потреба да се настави са узимањем дроге и да се дрога набави по сваку цену, затим да се повећа доза, као и психичка, односно психолошка и понекад физичка зависност од дроге.[5] Поред тога, наркоманија као социјалпатолошка појава има за последицу и криминално понашање, које се може испољити у вршењу кривичних дела повезаних са опојним дрогама у које спадају неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246. Кривичног законика, неовлашћено држање опојних дрога из члана 246а Кривичног законика и омогућавање уживања опојних дрога из члана 247. Кривичног законика. Такође, криминално понашање се може испољити у вршењу других кривичних дела, првенствено из групе кривичних дела против имовине, чији је основни циљ да се дође до средстава за куповину опојних дрога.

Наркотици су вишеструко повезани са злочином и криминалитетом. Према подацима Интерпола, велики део међународног криминалитета је у некој, посредној или непосредној, вези са наркотицима.[6] Илегална производња и промет дрога доноси огроман профит, који мотивише и носиоце организованог криминалитета да се укључе у вршење ове делатности. У питању су кривична дела која се неспорно сматрају

[3] Раније се у нашој стручној литератури употребљавао израз „уживање“ који би, свакако, требало избегавати.

[4] Лазаревић Љ., *Кривично право Југославије, посебни део*, Београд, 1995, стр. 270.

[5] Милутиновић М., *Криминологија*, Београд, 1985, стр. 387.

[6] Игњатовић Ђ., *Криминологија*, Београд, 2000, стр. 229.

типичним за организовани криминалитет, који највећи део својих нелегалних профита остварује учествовањем у нелегалној производњи и промету разноврсних дрога, чиме стичу огромну финансијску моћ. Поред тога, учешће организованог криминалитета у овим високопрофитабилним криминалним активностима је само по себи генеришућег карактера и за вршење низа других кривичних дела, чије је извршење повезано са пословима организованог криминалитета у вези дроге, као што су на пример, убиства лица сврстаних у криминалну конкуренцију, отмице и убиства представника државне власти који се супротстављају тим активностима и наравно „прање“ новца, добијеног у трговини дрогом, који је претежно у готовини и захтева трансферисање у легалне токове.[7] О висини зарада које организовани криминал у свету остварује од дистрибуције наркотика најбоље говори податак да се у САД од продаје дроге остварује највећа зарада, која износи око тридесет милијарди долара годишње.[8] На овај начин, припадници организованог криминалитета стичу огромну финансијску моћ која је потом порекло других врста моћи, од опште друштвене, па до политичке, из чега произлази и велик утицај организованог криминалитета на читав низ области друштвеног живота, али и на бројне елементе правног система.[9]

Међутим, постоје и другачија мишљења. Тако на пример, Reckless у својој књизи *The Crime Problem,* полазећи од својих истраживања, сматра да не постоји веза између уживања дрога и криминалитета, да употреба наркотика не води вршењу кривичних дела, да она изазива у неким случајевима, као што је уживање морфијума и његових деривата, напротив, супротне ефекте, односно смањење агресивне склоности и сличне реакције.[10] Ипак, таква мишљења се тешко могу прихватити. Податак да корисник морфијума или опијума постаје „мање убица а више лопов“ је резултат хемијског дејства и особине конкретне дроге. Тачно је да он тиме постаје мање друштвено опасан од корисника неке друге врсте дроге, јер је крађа мање друштвено опасна од убиства. Међутим, и крађа представља друштвену опасност и као таква је инкриминисана, а оно што утиче на вршење крађе, односно доприноси да се крађе врше представља криминогени фактор.[11]

---

[7] Шкулић М., *Орīанизовани криминалитēт*, Београд, 2003, стр. 145.

[8] Игњатовић Ђ., op. cit., стр. 215.

[9] Шкулић М., op. cit., стр. 145.

[10] Милутиновић М., op. cit., стр. 388.

[11] Савић П., *Наркоманија и криминалитēт*, магистарски рад, Нови Сад, 1978, стр. 13.

Основни облик кривичног дела

Основни облик кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога садржи већи број алтернативно прописаних радњи извршења. Као радњу извршења закон предвиђа неовлашћену производњу, прераду, продају или нуђење на продају опојних дрога. Истовремено, радња извршења се може састојати и у неовлашћеној куповини, држању или преносу ради продаје, односно у посредовању у продаји или куповини опојне дроге. Такође, радња извршења основног облика представља и сваки други начин на који се неовлашћено ставља у промет супстанца или препарат који су проглашени за опојне дроге. Суштински, овако наведене радње извршења могу се сврстати у две основне групе: 1) радње извршења које су производног карактера и 2) радње извршења које се односе на промет опојних дрога.

Под производњом дроге се подразумева процес стварање дроге који може бити различит у зависности од тога да ли је реч о природним или вештачким дрогама а тај процес зависи и од врсте дроге о којој је реч. У ствари, производња опојне дроге представља њено стварање из одређене материје, односно сировине, која може бити природног или синтетичког порекла, или комбинованог природно-синтетичког порекла. Битно је да та супстанца сама по себи нема својства опојне дроге. Прерада опојне дроге је даља дорада материје односно сировине која већ има својство опојне дроге, али се то својство процесом прераде појачава, односно модификује. У том случају супстанца која представља опојну дрогу добија други облик, односно агрегатно стање, када се на пример, од дроге која је у облику прашка праве таблете или се од дроге у течном стању добија дрога у чврстом стању. Прерада опојне дроге може се вршити и на други начин, када се одговарајућим прерађивачким поступком и применом одређених технологија, обезбеђују модификована својства првобитне дроге.[12] Лазаревић сматра да се под прерадом, поред добијања једне дроге из друге или пречишћавања дроге, односно побољшавања њеног квалитета, подразумева и додавање других састојака.[13] Међутим, додавање других састојака опојним дрогама, као што су шећер, млеко у праху, бебби пудер или нека друга супстанца, који смањују чистоћу основне дроге, али не утичу на њен хемијски састав, тешко се може подвести под појам прераде. Оваквим додавањем разних супстанци повећава се маса опојне дроге ради увећања зараде приликом продаје, али се тиме не дира у

[12] Шкулић М., op. cit., стр. 146–147.

[13] Лазаревић Љ., *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2006, стр. 653.

суштину опојне дроге па се из тог разлога не може прихватити да се ради о преради.

Под продајом опојне дроге подразумева се склапање уговора о продаји између власника дроге и купца, према коме се власник дроге обавезује да пренесе на купца право својине и да му у ту сврху преда дрогу, а купац се обавезује да плати цену у новцу и преузме дрогу. С обзиром на то да је за постојање овог кривичног дела неопходно да се продаја врши неовлашћено, такав уговор би био ништаван. То значи да се под продајом дроге, код овог кривичног дела, не подразумева склапање уговора о продаји како то предвиђа Закон о облигационим односима, већ се под тим појмом подразумева фактичка радња продаје. Склапањем споразума о битним елементима продаје, односно прихватањем споразума о врсти, количини и цени дроге сматра се да је дошло до продаје дроге а у том случају извршилац кривичног дела је и лице које продаје и лице које купује дрогу. Треба имати у виду чињеницу да ће од намере купца и количине купљене дроге зависити које кривично дело врши купац. Уколико купац купује дрогу у мањој количини за сопствену употребу и при томе је преузме, утолико купац врши кривично дело неовлашћено држање опојне дроге из члана 246а Кривичног законика. Међутим, ако је купује ради продаје онда врши кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246. Кривичног законика.

За разлику од продаје, у случају нуђења на продају опојних дрога постоји само понуда као једнострана изјава воље продавца. При томе, понуда мора да садржи јасно изражену намеру понудиоца да одређену количину опојне дроге прода понуђеном лицу за одређени новчани износ. Дрога се може нудити на продају на различите начине али се ова радња кривичног дела врло тешко доказује јер се дрога на продају нуди врло опрезно, провереним и поузданим потрошачима који су често зависници од опојне дроге, због чега одбијају сваку сарадњу са државним органима.[14] Кривично дело је свршено оног тренутка када је упућена озбиљна понуда за продају дроге и када је понуђени такву понуду примио, без обзира на то да ли је понуђени прихватио или није прихватио понуду. Ова радња кривичног дела постоји само у случају да понуда није прихваћена или у временском периоду од пријема понуде до њеног прихватања. У моменту када понуђени прихвати понуду, с обзиром на то да у том тренутку настаје сагласност о врсти, количини и цени дроге, долази до продаје дроге, односно тада је извршена радња продаје опојне дроге, која у себи садржи радњу нуђења као претходну фазу.

[14] Ракочевић В., *Откривање и сузбијање злоупотребе дроге*, докторска дисертација, Београд, 2003, 116–117.

Радња извршења основног облика која се састоји у куповини, држању или преносу опојне дроге, за постојање овог кривичног дела, мора бити извршена ради продаје. У супротном, не би се радило о кривичном делу неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога. При томе, треба направити разлику између држања и преноса које није учињено ради продаје, када би се увек радило о кривичном делу неовлашћено држање опојних дрога, уз додатни услов да је у питању мања количина опојне дроге, и куповине која није извршена ради продаје. У другом случају, купац, све док не преузме купљену дрогу, не врши ни једно кривично дело, јер до преузимања дроге купац врши покушај кривичног дела неовлашћено држање опојних дрога, које, с обзиром на запрећену казну, није кажњиво.[15]

У пракси се појављује као спорно питање утврђивање да ли се дрога држала за личну употребу, што је чест начин одбране окривљених, или ради даље продаје. Одговор на ово питање зависи од оцене свих околности извршења кривичног дела. Као критеријуми који могу послужити за утврђивање ове чињенице могу бити количина и врста опојне дроге која је предмет кривичног дела, место проналаска опојне дроге, изглед околине где је дрога сакривена, личност учиниоца кривичног дела а посебно његова евентуална осуђиваност за ово или неко сродно кривично дело, затим околност да ли је у питању зависник од опојне дроге и слично. Један од критеријума може бити и начин на који је дрога упакована. При томе, судска пракса по правилу овај критеријум погрешно користи. Наиме, ако је нађена већа количина дроге, без обзира на то како је упакована, по правилу, неће бити проблем да се утврди да је намењена за даљу продају, тим пре што је за постојање кривичног дела неовлашћено држање опојних дрога потребно да се ради о мањој количини. Међутим, када је у питању мања количина опојне дроге, која је готово увек упакована у мање пакетиће, судови овај критеријум користе крајње некритично. При томе се тврди да је чињеница да је дрога упакована у мање пакетиће доказ да је она припремљена за даљу продају. То апсолутно није тачно, јер се приликом таквих тврдњи заборавља ноторна чињеница да је и тај држалац купио дрогу упаковану у мање пакетиће јер се мале количине дроге и могу купити само у мањим пакетићима.[16] Стога, овај

[15] За кривично дело неовлашћено држање опојних дрога из члана 246а Кривичног законика предвиђена је новчана казна или казна затвора до три године, уз могућност ослобађања од казне.

[16] Примера ради, треба истаћи и да се цигарете не купују неупаковане, него у боксу који садржи десет кутија, а у свакој кутији се налази по двадесет цигарета. При том, није спорно да сви који купују цигарете за личну употребу ове купују управо упаковане у

критеријум мора да се примењује са много више опреза и у вези са другим наведеним критеријумима.

Појам преношење опојне дроге, као радња извршења основног облика кривичног дела, подразумева пренос опојне дроге са једног места не друго, без обзира на начин преношења. Постоји читав спектар начина преношења дроге и различита средства која се у ту сврху користе. Радња преношења је започета, а тиме је и кривично дело свршено, самим пријемом у државину опојне дроге намењене преносу, што се мора и доказати. Много је лакше доказати пренос опојне дроге код личног преношења, с обзиром на то да је радња извршена самим пријемом опојне дроге, док ће у случају преношења дроге употребом превозних средстава таква оцена зависити од тога о ком превозном средству је реч, колико лица се у њему налази итд.[17]

Под посредовањем у продаји или куповини опојне дроге подразумевају се све оне делатности које посредник предузима, на основу раније склопљеног договора са налогодавцем, у циљу проналаска и довођења у везу са налогодавцем лице које би с њим преговарало о продаји, односно куповини опојне дроге. Радња кривичног дела је довршена у моменту довођења у везу лица која преговарају о продаји, односно куповини дроге без обзира на то на који начин је успостављен контакт. Потпуно је ирелевантно да ли је између њих постигнут споразум, односно да ли је дошло до продаје дроге или не. Могло би се појавити као спорно питање да ли постоји радња посредовања у случају да за ту делатност није уговорена ни примљена накнада у случају да дође до купопродаје дроге. Треба имати у виду чињеницу да се код овог кривичног дела делатности предузимају неовлашћено, а то даље значи да се ради о ништавом уговору о посредовању у смислу Закона о облигационим односима.[18] Зато се овде под посредовањем подразумева фактичка а не правна радња. Из тог разлога радња посредовања код овог кривичног дела постојаће и у случају када није уговорена ни примљена награда за посредовање у случају да се склопи споразум о продаји дроге.

Због немогућности да се унапред предвиде сви могући начини стављања у промет опојних дрога, и да се они таксативно наведу, законода-

---

мање пакетиће, односно паклице цигарета. Ако неко поседује бокс цигарета, то не значи, под изговором *„да су цигарете упаковане у мање пакетиће спремне за даљу продају“*, да се то лице бави продајом цигарета.

[17] Ракочевић В., op. cit., стр. 119.

[18] Закон о облигационим односима, чланом 813. предвиђа обавезу налогодавца да посреднику исплати одређену накнаду, ако уговор око којег се посредовало буде закључен.

вац као радњу основног облика кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога предвиђа, поред наведених радњи, и на други начин стављање у промет супстанци или препарата који су проглашени за опојне дроге. Под другим начином се подразумевају све оне радње којима се дрога ставља у промет али су то најчешће размена, зајам и поклон. Треба имати у виду да се овде ради о ништавим уговорима, односно да се, код овог кривичног дела, под тим терминима подразумевају фактичке а не правне радње које су регулисане Законом о облигационим односима.

Стављање у промет опојне дроге путем размене постојаће у случају у коме се власник дроге обавеже да право својине на опојним дрогама пренесе на сауговарача и да му у ту сврху преда опојну дрогу, док се сауговарач обавезује да на власника дроге пренесе право својине на некој ствари и да му је у ту сврху преда. Ствар коју предаје сауговарач може бити покретна или непокретна, може бити нека друга врста дроге или дрога исте врсте али различитог порекла, односно квалитета. Приликом размене опојне дроге за непокретну ствар било би неопходно склопити и фиктивни уговор о преносу власништва на непокретној ствари, када би се, по правилу, склапао уговор о продаји или поклону непокретне ствари, с обзиром на то да у уговору о размени не би могла да се наведе опојна дрога и да се такав уговор овери пред судом, што је услов за пренос власништва на непокретностима. Потреба да се размена дроге за непокретну ствар камуфлира фиктивним уговором о продаји или поклону непокретности није разлог да се прихвати став који заступа Маринковић, према којем се код размене за опојну дрогу прима само друга покретна ствар.[19] Оно што је битно то је да се за опојну дрогу не може разменити новац јер се у том случају не би радило о размени него о продаји опојне дроге.

Када је у питању давање опојне дроге на зајам, тада се власник дроге обавезује да преда у својину зајмопримцу одређену количину и врсту опојне дроге, а зајмопримац се обавезује да му врати после извесног времена исту количину и врсту опојне дроге. При томе могуће је да се врати иста количина опојне дроге или да се уговори да се као накнада врати увећана количина опојне дроге или да се уз опојну дрогу преда и извесна сума новца.

Опојна дрога се може стављати у промет тако што власник дроге уступа без икакве накнаде и обавезе каснијег враћања, односно поклања

[19] Маринковић Д., *Кривичноправни и криминалистички аспекти спречавања злоупотреба опојних дрога*, магистарски рад, Београд, 2003, стр. 102.

опојну дрогу поклонопримцу. Уколико се поклања већа количина опојне дроге или се поклања мања количина лицу које неће користити опојну дрогу, утолико није спорно да се ради о стављању опојне дроге у промет. Међутим, често се опојне дроге дају бесплатно од стране њихових продаваца потенцијалним наркоманима, као устаљен и проверено успешан начин врбовања нових зависника, који ће у блиској будућности постати редовне муштерије од којих ће се вишеструко наплатити почетна инвестиција у виду првобитних поклона. У тој ситуацији се појављује као спорно питање да ли се приликом давања таквих поклона ради о кривичном делу неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога или о кривичном делу омогућавање уживања опојних дрога. За сада, ни теорија ни пракса не дају прецизне критеријуме за одговор на ово питање. Уз напомену да би се ово питање решавало у зависности од свих околности конкретног случаја, треба прихватити став да давање опојне дроге ради врбовања нових наркомана представља начин стављања у промет опојних дрога, односно кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, док би њихово поклањање из „наркоманске солидарности“, сажаљења и слично ишло у прилог постојања кривичног дела омогућавање уживања опојних дрога.[20] Приликом решавања овог проблема треба имати у виду и чињеницу да је код наркомана изражена тенденција да и друга лица наведу на употребу опојних дрога и да од њих створе наркомане. У томе нарочитог успеха имају наркоманке, а сматра се да један наркоман просечно наведе на употребу дрога још шест особа.[21]

Све алтернативно прописане радње извршења, било да се односе на активности производног карактера, било на делатности које представљају одређене облике промета, односе се на опојне дроге. На основу члана 112. став 15. Кривичног законика опојним дрогама сматрају се супстанце и препарати који су прописима заснованим на закону проглашени за опојне дроге. То су супстанце природног или синтетичког порекла чијом се употребом могу створити стања зависности која могу да изазову оштећења здравља или да на други начин угрозе људски интегритет у физичком, психичком или социјалном смислу. Такође, под опојним дрогама подразумевају се и психотропне супстанце. Законом о производњи и промету опојних дрога („Службени лист СРЈ“, број 46/96) прописано је да опојне дроге утврђује надлежни орган решењем које се објављује у службеном гласилу. Решењем о утврђивању опојних дрога и психотроп-

[20] Маринковић Д., op. cit., стр. 104.

[21] Савић П., op. cit., стр. 79.

них супстанци („Службени гласник РС“, број 24/05) утврђене су листе са већим бројем опојних дрога (125) и психотропних супстанци (121).[22]

Производња и промет опојних дрога могу се вршити само за медицинске, ветеринарске, наставне, лабораторијске и научне сврхе. Производњу могу вршити предузећа и други субјекти привредног пословања који за то имају одобрење надлежног органа. Под дозвољеним прометом опојних дрога подразумева се увоз, извоз, транзит, продаја и сваки други начин стављања у промет опојних дрога.[23] Међутим, кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога постоји када се радња извршења врши неовлашћено. Када је производња, прерада и промет опојних дрога дозвољен и ко их може вршити прописује Закон о производњи и промету опојних дрога. У свим осталим случајевима реч је о неовлашћеном вршењу ових делатности.

Кривично дело може бити извршено само са умишљајем, при чему је неопходно да код учиниоца постоји и свест да поступа неовлашћено, односно да противправно учествује у одговарајућим производним или прометним активностима које се односе на опојне дроге.

Кривично дело је свршено неовлашћеним предузимањем било које делатности која је означена као радња овог кривичног дела, док се последица састоји у апстрактној опасности за живот или здравље људи. Треба имати у виду да су радње кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога одређене трајним глаголом, што, на основу члана 112. став 30. Кривичног законика, значи да је дело учињено ако је радња извршена једном или више пута.

Посебни облици кривичног дела

Кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога има два посебна облика прописана у ставу два и шест. Радња првог посебног облика представља неовлашћено узгајање мака или психоактивне конопље, односно неовлашћено узгајање друге биљке из које се добија опојна дрога или која сама садржи опојну дрогу.

Опијумов мак је једногодишња биљка чији је цвет беле, љубичасте, црвене или ружичасте боје. Лист дужине од 10 до 30 центиметара је различитих нијанси зелене боје, од светле до тамнозелене. Пресвучен је воском и не садржи алкалоиде. Семе је беле, жуте, сиве или плаве боје и не садржи алкалоиде а користи се за јело (колачи од мака), сликарске боје

[22] Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006, стр. 575.

[23] Стојановић З. – Перић О., *Кривично право – посебни део*, Београд, 2006, стр. 223.

и производњу парфема. Чаура мака је лоптастог или елипсоидног облика. Боја се мења током сазревања од светло до тамнозелене. Сама чаура садржи алкалоиде.[24]

Психоактивна конопља, познатија као индијска конопља или марихуана, је биљка која потиче из централне Азије. Наркотична својства поседује само женска биљка која садржи смолу са 1% до 11% тетраканабинола који производи халуциногено дејство на човека. Лист биљке има непаран број зупчастих листића који се беру заједно са цветом, затим суше и мрве. Лишће које је свеже има зелену боју и сушењем прелази у тамносмеђу.[25] Поред мака и конопље, као најзаступљенијих биљака, радњу кривичног дела представља и неовлашћено узгајање било које друге биљке из које се добија опојна дрога или која садржи опојну дрогу.

За постојање кривичног дела неопходно је да се узгајање ових биљака врши неовлашћено, а када је узгајање дозвољено и ко може да се бави тиме прописује Закон о производњи и промету опојних дрога. У свим осталим случајевима реч је о неовлашћеном вршењу ове делатности. Овај облик кривичног дела може бити извршен само са умишљајем, при чему је неопходно да код учиниоца постоји и свест да неовлашћено узгаја наведене биљке, као и да се ради управо о тим биљкама.

Други посебни облик овог кривичног дела прописан је ставом шест, и састоји се у неовлашћеном прављењу, набављању, поседовању или предаји на употребу опреме, материјала или супстанци за које учинилац зна да су намењене за производњу опојних дрога. На овај начин се инкриминишу одређене припремне радње за основни облик кривичног дела. Конвенција Уједињених нација против незаконитог промета опојним дрогама и психотропним супстанцама, поред предвиђених обавеза, садржи и извесне препоруке чије прихватање зависи од правног система појединих земаља. Између осталог, препоручено је да се као кривично дело предвиде и одређене припремне радње. С обзиром на то да наше кривично право инкриминише у неким случајевима припремне радње и за мање друштвено опасна дела од кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, уношење ове инкриминације је оправдано.[26]

Код овог кривичног дела може се, као спорно, поставити питање да ли се ради о овом кривичном делу уколико се неовлашћено прави, набавља,

---

[24] Ницовић М., *Опојне дроге мултинационална компанија криминала*, Загреб, 1989, стр. 15.

[25] Ibid., стр. 42.

[26] Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006, стр. 576–577.

поседује или даје на употребу опрема, материјал или супстанца које су намењене и за овлашћену и за неовлашћену производњу опојних дрога или је то случај само када је у питању неовлашћена производња. Имајући у виду чињеницу да се међународним уговорима предвиђа сузбијање неовлашћене производње опојних дрога а не и сузбијање неовлашћених радњи у њиховој овлашћеној производњи, могао би се аргументовано бранити став да ће кривично дело постојати само уколико се ради о неовлашћеној производњи опојне дроге. Ипак, језичким тумачењем овог облика кривичног дела долази се до тога да ће кривично дело постојати уколико су радње овог облика учињене неовлашћено, без обзира на то да ли су намењене овлашћеној или неовлашћеној производњи опојних дрога.

У случају да исто лице направи, набави или поседује опрему, материјал или супстанце намењене за производњу опојних дрога, па касније почне са производњом опојне дроге врши само основни облик кривичног дела. Наиме, у том случају делатности из става шест представљају припремну радњу за коју се не одговара по принципу супсидијаритета.[27]

Овај облик кривичног дела може бити извршен само са умишљајем, при чему је неопходно да код учиниоца постоји и свест да неовлашћено прави, набавља, поседује или даје на употребу опрему, материјал или супстанце, као и да су они намењени за производњу опојних дрога.

Квалификовани облици кривичног дела

Први квалификовани облик кривичног дела, прописан ставом три, постоји ако је дело извршено од стране групе, или је учинилац организовао мрежу препродаваца или посредника. На основу члана 112. став 22. Кривичног законика, група је најмање три лица повезаних ради трајног или повременог вршења кривичних дела која не мора да има дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру. Није спорно да сви чланови групе који изврше ово кривично дело одговарају за квалификовани облик кривичног дела.

Организовање мреже препродаваца или посредника значи да је извршилац дела, у време када је предузимао неку од радњи извршења, располагао са мрежом препродаваца или посредника коју је сам организовао. Под мрежом се подразумева постојање већег броја лица, распоређених на разним местима, преко којих учинилац продаје опојне дроге или која посредују у куповини или продаји опојне дроге, што све претпоставља

[27] Лазаревић Љ., *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2006, стр. 654.

постојање чврше везе између извршиоца дела и ових лица.[28] За овај облик кривичног дела није довољно да је учинилац организовао мрежу препродаваца или посредника за трговину опојним дрогама, већ је, поред тога, потребно да је бар у једном наврату извршио кривично дело из основног облика.[29]

Није спорно да припадници мреже препродаваца или посредника, који нису свесни своје припадности таквој организацији одговарају за основни облик кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога. Међутим, спорно је да ли они одговарају за основни или квалификовани облик кривичног дела уколико је њиховим умишљајем обухваћена околност да су припадници мреже препродаваца или посредника. Према једном мишљењу, уколико су таквој мрежи умишљајно приступили, свесни своје улоге и места у њој, утолико су на њиховој страни испуњени услови одговорности за квалификовани облик овог кривичног дела.[30] Прихватљивији је други став према коме препродавци и посредници, као чланови организоване мреже, одговарају за извршење основног облика кривичног дела, с тим што чињеница да је њиховим умишљајем обухваћена околност да су припадници мреже представља отежавајућу околност која ће се ценити приликом одмеравања казне.[31]

Други квалификовани облик кривичног дела, прописан ставом четири, постоји ако је дело извршено од стране организоване криминалне групе. На основу члана 112. став 35. Кривичног законика организована криминална група је група од три или више лица, која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи или ради остваривања и задржавања утицаја на привредне или друге важне државне структуре.

Квалификовани облици могу бити извршени само са умишљајем, при чему мора бити обухваћена и околност да се основни облик кривичног дела врши од стране групе или да је учинилац организовао мрежу препродаваца или посредника, односно да је основни облик дела извршен од стране организоване криминалне групе.

---

[28] Лазаревић Љ, *Кривично право Југославије посебни део*, Београд, 1995, стр. 273–274.

[29] Бачић Ф. и др., *Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, Нови Сад, 1978, стр. 753.

[30] Маринковић Д., op. cit., стр. 109–110.

[31] Ракочевић В., op. cit., стр. 140–141.

Прописана кривична санкција

За основни облик кривичног дела прописана је казна затвора у трајању од три до дванаест година, док је за посебне облике, прописане у ставу два и шест, предвиђена казна затвора у трајању од шест месеци до пет година. За квалификовани облик, из става три, прописана је казна затвора у трајању од пет до петнаест година, док је за квалификовани облик, прописан у ставу четири, предвиђена казна затвора у трајању од најмање десет година.

Ставом пет предвиђена је могућност да се учинилац дела из прва четири става може ослободити од казне. Услов за то је да открије од кога набавља опојну дрогу. С обзиром на то да опојне дроге и средства за њихову производњу и прераду представљају предмете који су намењени или употребљени за извршење кривичног дела, ставом седам, као мера безбедности, прописано је њихово обавезно одузимање.

Треба имати у виду да је чланом 57. став 2. Кривичног законика искључена могућност ублажавања казне за основни облик кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, као и за квалификовани облик прописан у ставу три.

Кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, иако је сврстано у групу кривичних дела против здравља људи, најчешће се врши из користољубља, односно мотив за извршење овог кривичног дела је стварање профита. С тим у вези, уколико се утврди да је ово кривично дело учињено из користољубља, утолико су испуњени услови да се уз казну затвора, као главну казну, изрекне и новчана казна као споредна. Овакву могућност предвиђа члан 48. став 2. Кривичног законика, који, за кривична дела извршена из користољубља, дозвољава изрицање новчане казне као споредне и када није прописана законом. Треба нагласити да наши судови до сада нису примењивали ову одредбу, што свакако представља грешку коју би требало исправити.

Закључак

Злоупотреба опојних дрога доводи до наркоманије, која према свим дефиницијама штетно утиче на здравље човека. Кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246. Кривичног законика налази се у групи кривичних дела против здравља људи, а последица овог кривичног дела састоји се у апстрактној опасности за живот или здравље људи.

Кривично дело има основни облик, два посебна и два квалификована облика. Основни облик кривичног дела састоји се у неовлашћеном предузимању радњи производног карактера или у неовлашћеном стављању у промет опојних дрога. Први посебни облик састоји се у неовлашћеном узгајању биљака из којих се добија опојна дрога или које саме садрже опојну дрогу, а други посебни облик представља припремну радњу за извршење основног облика кривичног дела и састоји се у неовлашћеном прављењу, набављању, поседовању или предаји на употребу опреме, материјала или супстанци за које учинилац зна да су намењене за производњу опојних дрога. Први квалификовани облик постоји ако је основни облик кривичног дела извршен од стране групе, или је учинилац основног облика организовао мрежу препродаваца или посредника. Други квалификовани облик постоји уколико је основни облик кривичног дела извршен од стране организоване криминалне групе.

С обзиром на то да су последице наркоманије погубне по појединце и друштво у целини, као и на повећан број извршених кривичних дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, строге казне које су прописане за ово кривично дело појављују се, у овом тренутку, као прихватљиве.

Summary

The abuse of narcotics leads to drug addiction having a disastrous effect on human health. Criminal act of unlawful production and circulation of narcotics from Article No 246 of the Criminal Code belongs to the group of criminal offences against human health, and the consequence of this criminal offence is abstract danger for human life and health.

Criminal act has a basic form, two special and two qualified forms. The basic form of this criminal act referrs to unlawful production and circulation of narcotics. The first special form referrs to unlawful growth of plants containing narcotics or being used for the production of narcotics, the second includes preparation for performing the basic form of criminal act and includes unlawful manufacturing, obtaining, possessing or giving for use equipment, material and substances that a perpetrator knows are intended for the production of narcotics.The first qualified form exists if the basic form of criminal act is performed by a group, or a perpetrator of the basic criminal act organized a network of dealers or middlemen. The second qualified form exists if the basic form of criminal act is perpetrated by an organized criminal group (more than three persons).

Bearing in mind the disastrous consequenes of drug addiction on individuals and society along with an increased number of criminal acts of unlawful production and circulation of narcotics, severe punishments prescribed for this criminal act appear acceptable at this moment.

Литература

1. *Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, Група аутора, Нови Сад, 1978.
2. Игњатовић Ђ., *Криминологија*, Београд, 2000.
3. Лазаревић Љ., *Кривично право Југославије – посебни део*, Београд, 1995.
4. Лазаревић Љ., *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2006.
5. Маринковић Д., *Кривичноправни и криминалистички аспекти спречавања злоупотреба опојних дрога*, магистарски рад, Београд, 2003.
6. Милутиновић М., *Криминологија*, Београд, 1985.
7. Ницовић М., *Опојне дроге мултинационална компанија криминала*, Загреб, 1989.
8. Ракочевић В., *Откривање и сузбијање злоупотребе дрога*, докторска дисертација, Београд, 2003.
9. Савић П., *Наркоманија и криминалитет*, магистарски рад, Нови Сад, 1978.
10. Стојановић З. – Перић О., *Кривично право* – посебни део, Београд, 2006.
11. Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006.
12. Шкулић М., *Организовани криминалитет*, Београд, 2003.

UDK: 347.824.2

Ђурђе Нинковић

адвокат

Марко Нинковић

solicitor (адвокат – Енглеска)

ОДГОВОРНОСТ ЗА ПРОИЗВОДЕ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ВАЗДУХОПЛОВСТВО

У оквиру Хашке конференције за међународно право на дан 2. октобра 1973. године донета је Конвенција о праву које се примењује на одговорност за производе (Convention on the Law Applicable to Products Liability). СФР Југославија је ову конвенцију ратификовала 1976. године. Конвенција је ступила на снагу 1. октобра 1977. године када је, у складу са чланом 20, депонован трећи инструмент ратификације.

Конвенцијом се одређује национално право које се има применити у случајевима одговорности произвођача за штету коју проузрокује неки његов производ. Конвенција се примењује и на одговорност произвођача финалних производа или саставних делова; на одговорност одгајивача и других корисника природних добара; на испоручиоце производа, и на остала лица која се баве поправкама, складиштењем и лица у трговачком ланцу припреме и дистрибуције производа, као и њихових заступника и службеника.

Према члану 4. има се применити право државе на чијој се територији догодила штета, уколико је на територији те државе боравиште оштећеног лица, пословно седиште одговорног лица или на чијој територији је оштећено лице набавило производ.

Према члану 5. примениће се унутрашње право државе у којој је боравиште оштећеног лица уколико штетник има своје пословно седиште на тој територији, или право државе у којој се налази место где је производ набављен.

Дакле, оба члана, 4. и 5, успостављају двоструки критеријум за своју примену: по члану 4. кумулативно се тражи да се на територији државе догодила штета и да на њој оштећено лице има боравиште или да је на њој пословно седиште штетника или, пак, да је ту набављен производ, а по члану 5. кумулативно се тражи боравиште оштећеног лица и да се ту налази пословно седиште штетника, или да је на територији те државе набављен производ.

Према члану 6, уколико се не могу применити одредбе чланова 4. и 5, право које се има применити на одговорност за производе биће право државе у којој је пословно седиште штетника, с тим што оштећени може засновати свој захтев на праву државе на чијој територији се догодила повреда. Уколико одговорно лице докаже да није могло предвидети да ће његови производи бити пуштени у продају на територији државе где се догодила штета, неће се применити одредбе чланова 4, 5. и 6. Одмах треба напоменути да је у авијацији немогуће да се произвођачи авиона, или делова и уређаја за авионе, бране да нису могли предвидети да ће се њихов производ користити на територији било које државе у свету, јер је природа авијације таква да се производи њој намењени, користе широм целе земаљске кугле.

Право које се примењује одредиће узрок и обим штете; основ ослобађања од одговорности, ограничење одговорности и поделу одговорности; природу штете за коју се може тражити накнада; облике и обим накнаде; цесију или наслеђивање накнаде; активну легитимацију за постављање захтева за накнаду; одговорност налогодавца за поступке агента, или послодавца за запослене; терет доказа и сва правила којима се регулише застарелост потраживања.

Када је држава подељена на више територијалних јединица са сопственим правним правилима о одговорности за производе, свака територијална јединица сматраће се као држава у сврху избора права које се има применити у складу са овом Конвенцијом.

Члан 11. конвенције одређује да примена одредби конвенције није условљена реципроцитетом и да конвенција важи и у случајевима када право које се примењује није право једне од држава уговорница.

У износима које судови разних држава досуђују на име накнаде штете у случајевима где постоји одговорност произвођача за производ постоје врло значајне разлике. Далеко највеће износе на име накнаде штете досуђују судови у Сједињеним Америчким Државама. Из тог разлога се адвокати, који заступају оштећена лица, труде да на сваки начин тужбу свога клијента поднесу америчком суду и на тај начин, у случају успеха у спору, обезбеде своме клијенту многоструко већу накнаду штете него што би то било могуће пред судовима у Европи, или било где другде у свету. То је посебно случај у савезним државама САД чији судови досуђују казнене накнаде штете „punitive damages".

Амерички судови су прихватали јурисдикцију у свим споровима за накнаду штете због одговорности произвођача уколико се седиште фирме произвођача налазило у оквиру месне надлежности суда. То је довело до појаве која се назива „форум шопинг« односно бирање суда. Авијација је нарочито подложна могућности подношења тужби пред америчким судовима јер је врло мали број путничких авиона који не садрже ниједан амерички производ, било да су то механички или електронски делови авиона. У томе се нарочито прославила велика америчка адвокатска канцеларија „Крајндлер и Крајндлер", која, поред великог броја адвоката, запошљава на десетине инжењера електронике, механике, технологије и ваздухопловства уз чију помоћ може да процени да ли је неки произвођач компоненти у авиону у целини или делимично одговоран за квар свога производа који је довео до незгоде или несреће, у којој је повређен или страдао, њихов клијент. Имајући у изгледу изузетно високе адвокатске награде у САД, које се наплаћују као проценат суме (и до 30%) коју суд досуђује као накнаду „contingency fees", многи посредници, па чак и адвокати из Америке би нудили своје услуге оштећенима у авионским незгодама и несрећама одмах после штетног догађаја, док су повређени лежали у болницама или родбина обављала сахране, са плаћањем по завршетку спора и у сразмери са досуђеном накнадом.

Све је то довело до великог броја спорова за накнаду штете пред америчким судовима из авионских незгода и несрећа које су се догодиле далеко изван америчке територије и где су тужиоци били страни држављани. Као што сам навео, Судови су прихватали надлежност између осталог и зато што су америчке судије сматрале да оштећени могу добити најправичнију накнаду и најнепристрасније суђење само пред америчком поротом и америчким судом, уз примену супериорног америчког права. Сматрали су да би ускраћивање надлежности тужиоцима из иностранства за штетне догађаје изван територије САД било једнако ускраћивању судске заштите. Седиште произвођача производа, чији је квар

или недостатак могао довести до штетног догађаја, била је довољно чврста тачка везивања за успостављање судске надлежности.

Супротно овоме, адвокати заступници тужених америчких произвођача производа за који би, у случају квара или недостатка сносили одговорност, залагали су се најбоље што су могли да надлежни суд буде изван Америке. На овом пољу је нарочито истакнута адвокатска канцеларија „Кондон и Форсајт“. У скорашњем случају авион „Тупољев“, ТУ-154М, „Башкиријанске авиокомпаније“ на лету под ознаком „БАЛ 2937“, сударио се, на дан 1. јула 2002. године, у ваздуху, изнад места Уберлинген у Немачкој, са теретним авионом БОИНГ 757, у својини међународне курирске фирме ДХЛ, ознака лета ДХЛ 611. Поднета је тужба од стране 31 породице настрадале деце против неколико америчких произвођача авионских компоненти у Њујорку, Њу Џерсију, Калифорнији, Вашингтону, Флориди и Аризони. Споразумом између странака све тужбе су консолидоване у суду за Дистрикт Њу Џерси.

Оба авиона су имала аутоматски систем за откривање других авиона и избегавање судара, који се скраћено назива ТЦАС. Уређаји ТЦАС на оба авиона су наложили посади лета БАЛ 2937 да се пење на виши ниво, а посади ДХЛ 611 да се спусти на нижи ниво. Међутим, швајцарски контролор ваздушног саобраћаја је дао налог БАЛ 2937 да „убрзају спуштање“ и посада која је имала супротстављене налоге, определила се за спуштање. У том спуштању је дошло до судара.

Немачки Савезни биро за авионске несреће, БФУ, утврдио је следеће непосредне узроке несреће: 1) контролор је пропустио да уочи на време непрописно растојање између авиона, 2) контролор је дао погрешан налог БАЛ 2937 да се спушта упркос супротном налогу за пењање аутомата ТЦАС. Такође је утврђен и недостатак стандардизације, лоша укљученост ТЦАС аутомата у систем контроле и неодговарајућа упутства произвођача за употребу аутоматског система ТЦАС.

На приговор тужених, суд у Њу Џерсију се огласио месно ненадлежним и упутио тужиоце да своју тужбу поднесу суду у Шпанији. Тужиоци су потом поднели тужбу суду у Барселони против произвођача сигурносног система ТЦАС и то фирми Honeywell International Inc, чији је скраћени назив „Ханивел“ и Aviation Communication and Surveillance Systems, чији је скраћени назив АЦСС. Тужиоци су навели да је Шпанија ратификовала Хашку конвенцију из 1973. године, па је шпански суд обавезан да примени одредбе те конвенције којима се регулише примена националног права на одговорност тужених као пројектаната, произвођача, дистрибутера и продаваца уређаја ТЦАС који је, наводно, био дефектан јер није поновио свој налог посади када је открио да посада БАЛ

2937 не поштује првобитни налог да се пење. Такође су навели да пилотски приручник за ТЦАС не садржи инструкције пилотима да у случају супротних налога од стране контроле ваздушног саобраћаја поступе по инструкцијама примљеним од инструмента ТЦАС.

Тужиоци су пледирали да се примени члан 6. Хашке конвенције према коме би надлежно право у овоме случају било право државе у којој се налази седиште туженог, уколико се тужиоци не позивају на примену права државе у којој се налази место несрећног догађаја.

Фирма АЦСС је у својој одбрани навела да производ није био дефектан и да се тужиоци, уствари, позивају на грешку у његовој употреби. Из тога је АЦСС изводила закључак да нема узрочно последичне везе између ТЦАС уређаја и наступеле штете.

„Ханивел" се бранио да се Хашка конвенција примењује само ако је штету проузроковала неисправност производа, или неодговарајући опис, или упутство за употребу. Да би био неисправан, по „Ханивелу", производ треба да буде, не само неодговарајући, него и опасан за употребу. Упутство које је инструмент ТЦАС дао посади авиона БАЛ 2937 било је исправно и да је било поштовано, несрећа би била избегнута.

Пошто је проучио члан 1. Хашке конвенције, шпански суд је одбацио приговоре фирми „Ханивел" и АЦСС и нашао да се конвенција несумњиво има применити на одређивање националног права на основу кога ће се решити овај случај.

Како се за примену чланова 4 и 5. Конвенције нису стекла кумулативно два услова, то је судија одлучио да примени правило из Члана 6, дакле, да на решење спорног односа примени унутрашње право државе у којој се налази седиште произвођача, односно право Сједињених Америчких Држава, ако се тужилац не позива на примену права државе на чијој територији се догодила штета, у овом случају право Немачке. Пошто се тужиоци нису позвали на примену права Немачке, судији је остало да примени право САД. Како је САД савезна држава, приликом одмеравања висине накнаде нематеријалне штете, судија суда у Барселони, Ана Естер Кверал Карбонел је била у прилици да решава спор уз примену права државе Аризоне и државе Њу Џерси, па и да решава сукоб закона те две државе. Тако право Њу Џерсија не познаје накнаду нематеријалне штете, а право Аризоне уводи поделу висине накнаде штете између свих лица одговорних за штету, било да су тужени у спору, или да нису тужени.

После прибављања експертских налаза и саслушања вештака техничке струке и вештака за право Аризоне и за право Њу Џерсија, суд је установио да су тужиоци успели да докажу да је упутство за употребу инструмента ТЦАС пропустило да укаже пилотима на приоритетну при-

мену инструкција које даје ТЦАС у односу на инструкције контроле летења. Суд је одбио да досуди казнену накнаду штете, јер, како право Аризоне, тако и право Њу Џерсија, захтевају да је туженик радио у злој намери или несавесно, да би казнена накнада могла бити досуђена, што овде није био случај.

Пошто право Аризоне познаје поделу одговорности за причињену штету између свих одговорних лица, било да су тужена у спору, било да нису тужена, то је судија Карбонел узела у обзир допринос контролора летења у настанку штетног догађаја и одговорност тужене фирме АЦСС, произвођача инструмента, са седиштем у Аризони, поделила у размери 60% за грешку контролора ваздушне пловидбе, који није туженик у спору, и на 40% за грешку у управљању авионом. Ту грешку је даље поделила на 20% доприноса пилота, који није тужен, а 20% доприноса фирме АЦСС као произвођача инструмента ТЦАС.

Приликом одмеравања висине материјалне штете, за чију накнаду је обавезна фирма „Ханивел“, судија је имала у виду да право Њу Џерсија одређује поделу износа накнаде штете само између туженика. Стога је обавезала „Ханивел“ да сноси 50, а фирма АЦСС преосталих 50% досуђене накнаде.

Да би се суд упознао са правом Аризоне и Њу Џерсија, како тужиоци, тако и тужени су ангажовали правнике из тих јурисдикција да буду судски вештаци правне струке. Вештаци су сачинили своје писмене извештаје и усагласили их између себе, тако да је суд, на основу писмених извештаја и на основу усменог саслушања вештака могао поуздано да утврди садржај и начин примене права Аризоне и Њу Џерсија.

Шта би се догодило да је лет авиона „Тупољев“, БАЛ 2937, имао за дестинацију Београд, а не Барселону? Пошто је Србија ратификовала Хашку Конвенцију из 1973. године, судија би применио правила на исти начин као и суд у Барселони, и на основу одредбе члана 6. дошао до закључка да треба применити право САД, односно савезних држава Аризоне и Њу Џерсија.

Ради утврђивања садржаја иностраног права домаћи суд би применио Члан 13. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља којим је одређено да суд по службеној дужности утврђује садржину страног меродавног права. Да би то постигао, суд може затражити обавештење о страном праву од републичког органа надлежног за послове правде, а уз то странке могу поднети јавну исправу о садржини страног права.

Сигурно је да Министарство правде нема стручњака који познају право Аризоне и Њу Џерсија. Јавне исправе о садржини тога права не би биле довољне да упознају суд у пуној мери са суштином правних прави-

ла и њиховом применом у судској пракси тих држава, која би омогућила суду да правилно реши овај случај.

Једини начин да се донесе пресуда у овако комплексном и изнијансираном правном сплету законских одредби и судске праксе је да се прибаве извештаји вештака правне струке који примењују у пракси то иностранo право, као и да се они саслушају пред судом ради давања подробних објашњења судији. Систем по коме парничне странке именују своје вештаке показао се врло добрим у пракси судова у неким правним системима изван Србије. У данашњем свету где има преко стотину разних држава са својим особеним правом, начин доказивања иностраног права путем вештака, стручњака за то право, вероватно представља најбољи начин доказивања садржаја таквог права. У врло комплексним случајевима, као што је овај, можда је то и једино могући начин подношења суду доказа о садржају иностраног права.

Имајући у виду да је Србија потписница ове Конвенције и да због њене примене може суд имати потребу да се подробно упозна са правом иностраних држава, које је у својим детаљима потпуно друкчије од домаћег права, сматрамо да би Члан 13. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља требало обогатити одредбом по којој би суд могао одредити доказивање садржаја иностраног права путем вештака, стручњака било из судске праксе, било са правног факултета дотичне државе.

Djurdje Ninković, advocate
Marko Ninković, solicitor

Summary

Serbia is bound by the Convention on the Law Applicable to Products Liability passed by the Hague Conference for International Law on 2nd October 1973. Under Article 6. of the Convention Law of the country of residence of the manufacturer of products may be applicable. If the country is a federation, then the law of the federal unit of the seat of the manufacturer may be applicable. In aviation cases, whereas almost all aircraft in the world contain one or more parts produced in the USA, the lawyers representing claimants endeavour to have their cases heard before the USA courts. The courts and juries in the USA are reputed to hand down much higher awards for compensation of damages and under certain circumstances may even award punitive damages. If the Judge in Serbia is confronted with the task of applying law of one of the federal states of the USA there are limited tools provided by Article 13. of the Law Resolving Conflict of Laws with the Rules of Foreign Countries. Under Article 13. the contents of the foreign law may be proved by (1) an information from the Ministry of Justice on the contents of foreign law, or (2) by a legalised document evidencing the contents of foreign law. The writers argue that Article 13. should be amended to allow evidence by expert witnesses because in complex cases such as mid-air collision of the Bashkyrian and DHL flights on 1st July 2002 only such evidence may properly assist the judge in applying complex foreign law.

UDK: 343.132 ; 351.746.2.085(497.11)

Мр Марко Миловић

адвокат у Београду

ПРЕТРЕСАЊЕ СТАНА И ЛИЦА – ОСВРТ НА ПОЈЕДИНЕ ОДРЕДБЕ У ЗКП

Сажетак

У овом раду дат је осврт на нове одредбе у вези претресања стана, а нарочито лица, по којима више нема неравноправности по питању пола лица које се претреса, лица која претресају и лица која присуствују претресању. Питање присуства два пунолетна грађанина као сведока при претресању ствара неке дилеме, које су и раније постојале, али је, пре свега у погледу њихове подобности, обавезности присуства посебно дата пажња. На то се надовезује и начин претресања стана и лица које свакако представља непријатност, али је законом наложено поштовање достојанства личности и права на интимност, што је такође посебно анализирано. Најзад, ЗИД ЗКП из 2009. године додао је и став у вези снимања које је разматран, а уједно дате и примедбе на исти, превасходно у погледу искључења јавности, као и предлози у том правцу.

Кључне речи: два пунолетна грађанина, ток претресања, поштовање достојанства личности, родна равноправност

I

Сврха претресања стана и лица уз присуство два пунолетна сведока је да се спречи неправилно извођење појединих процесних радњи и изопачење резултата од стране органа који их предузимају, јер се због њихове природе, хитности, одсуства јавности, а често и одбране, то може очекивати пре него код других процесних радњи.[1] У члану 79. ЗКП-а су Законом о изменама и допунама овог законика из септембра 2009. године (Службени гласник 72/09) извршене одређене измене и допуне које се тичу одредаба о претресању стана и лица. Те измене и допуне већим делом, може се рећи, односе се на претресање лица.

[1] Видети: М. Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2006. стр. 230.

У ставу 3. овог члана, уз већ постојеће (непромењене) одредбе да претресању стана и лица треба да присуствују два пунолетна грађанина као сведока, више не стоји да женско лице може претресати искључиво женско лице, Исто тако, изричито се више не наводи да у таквој ситуацији и сведоци те радње морају бити лица женског пола. Тиме је, на известан начин, прекинута дискриминација у ЗКП у смислу да се посебно наглашава ко може да претреса женско лице у датим ситуацијама. Самим тим више се не даје приоритет женском лицу у односу на мушко, што је до сада заиста било непотребно. Уместо тога, у законском тексту је предвиђена родна равноправност и то тако што је прописано да „лице које спроводи претресање и присутни сведоци могу бити лица истог пола, као и лице које се претреса.“ Додуше, како то М. Шкулић духовито констатује, да у пракси, бар колико нам је познато, још није уочено позивање претресаног мушкарца на повреду његовог права на родну равноправност, јер га је претресала жена, односно зато што су сведоци таквог претресања била лица женског пола.[2]

У погледу присуства два пунолетна грађанина, износимо још нека запажања. Наиме, присуство два пунолетна сведока при претресању стана је прописано и у Уставу Србије (члан 40. став 2.) у којем се, између осталог, каже да „држалац стана и друге просторије има право да сам или преко свог заступника и уз још два пунолетна сведока присуствује претресању. Ако држалац стана или његов заступник нису присутни, претресање је допуштено у присуству два пунолетна сведока.“ За разлику од класичних сведока, који се у кривичном поступку испитују, јер поседују релевантна сазнања у односу на предмет кривичног поступка, а при том, та сазнања потичу из прошлости, сведоци претресања не поседују никаква посебна сазнања, већ их стичу тек у будућности у односу на време започињања претресања, те моменат када добијају статус таквих сведока, а при том се та њихова сазнања, односно опажања, искључиво односе на начин вршења претресања.[3]

Као сведоци при претресању стана или лица, не могу да се појаве лица која не могу бити сведоци из члана 97. овог законика (бранилац окривљеног, адвокат, лекар, бабица итд.), односно лица која су ослобођена дужности сведочења из члана из члана 98. истог законика (брачни и ванбрачни друг окривљеног, сродници, усвојилац и усвојеник окривљеног...). Ово с разлога шта би евентуално касније, у доказном поступку, ти пунолетни грађани могли да се појаве као сведоци. У принципу, бирају се

[2] М. Шкулић, Законик о кривичном поступку, са предговором, Београд, 2009. стр. 15.

[3] М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009. стр. 250.

лица која су писмена и која су незаинтересована за коначан исход поступка.[4] У теорији постоји помало чудан став, шта више, непотребно истицање да треба избегавати професионалне сведоке и лица у чију се веродостојност унапред морати да сумња.[5] У нека ранија времена су и постојали људи који су имали „занимање да буду сведоци по потреби", али то је углавном већ одавно ишчезло. Због тога, оваква констатација у теорији више не стоји. Иначе, треба истаћи да присуство два пунолетна лица као сведока није њихова законска обавеза, већ је то обавеза грађанског карактера, такозвана грађанска дужност, те као таква не подлеже санкцијама било које врсте.

У пракси се дешавало да се не могу обезбедити (на време) два пунолетна лица као сведоци, било због пропуста у раду органа који није на време о томе водио рачуна, било због хитности поступка или, пак, ако су у питању нека удаљена, забачена места, која су ретко насељена, или пуста. Према ставу раније судске праксе, а који је и данас актуелан, истиче се да, ако је претресање извршено без сведока, не могу се уместо њих у поступку саслушати лица која су извршила претресање, нити се на њиховим исказима може заснивати пресуда (Врховни суд Македоније, Впп. 15/81 од 02.04.1981. године).[6] У том случају, орган који врши претресање може да поведе лица која ће бити присутни као сведоци, мада се и тада могу јавити неки други проблеми. Намеће се и питање шта ако не могу да се обезбеде оба сведока, или је грубим превидом (омашком), или можда чак намерно био присутан само један пунолетан грађанин на претресу као сведок? Наизглед, ово питање се може третирати као безначајно, али полазећи од изричите законске одредбе да су потребна два пунолетна грађанина као сведоци, онда се могу јавити недоумице да ли је нужно да их буде двоје или може један (за више сведока ово питање је излишно)!? У том смислу је у једној пресуди заузет став да када претресању нису присуствовала два сведока, већ само један, који је потписао записник, не постоји битна повреда одредаба кривичног поступка, ако је коришћење овог доказа било без утицаја на законито и правилно доношење пресуде.[7]

---

[4] М. Шкулић истиче да та лица треба да буду својеврсни гаранти из лаичке средине . Ibid.

[5] Тако мисле: Т. Васиљевић – М. Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2003. стр. 167.

[6] Т. Васиљевић – М. Грубач, op. cit. стр. 167.

[7] У образложењу пресуде се наводи да „Врховни суд налази да се основано у жалби браниоца оптуженог указује на чињеницу да приликом претресања куће и дворишта оптуженог нису присуствовала два пунолетна грађанина као сведоци, а како је то прописано

Ипак, мора се истаћи да остаје нејасно зашто се у истом ставу (као што је то био случај и у ранијем законском тексту), између осталог истиче да се сведоци пре почетка претресања упозоравају да пазе на ток претресања. Природно је да присутни сведоци нису позвани само да „статирају“ приликом претреса него да прате, са дужном пажњом, вршење претресања стана и лица. С тим у вези може се јавити дилема на шта да пазе? На пример, ако се врши претресање лица, да ли би то значило да морају помно пазити како се то лице претреса, који делови тела и понашање лица који претресају и слично? Очигледно је да је таква реченица сувишна у законском тексту.

Превасходни задатак тих сведока је да контролишу правилност извођења разних претресања, како би се онемогућило или свело на најмању могућу меру злоупотребе као што су подметање доказа или одузимање предмета на незаконит начин. О свему овоме су ови сведоци дужни да у записник унесу своје евентуалне примедбе. Ово с разлога што у току даљег поступка могу да се појаве као сведоци пред судом како би се изјашњавали о спорним околностима уколико дође до оспоравања правилности радње претресања.

У ставу 7. истог члана се наводи да претресање стана и лица треба спровести обазриво, уз поштовање достојанства личности и права на интимност, и без непотребног ремећења кућног реда. Анализирањем овог става „упада у очи“ израз – право на интимност. Шта би се у смислу овог члана под тим изразом подразумевало? Под изразом поштовање достојанства личности, у смислу овог члана, најкраће речено би се подразумевало опхођење према лицу које се претреса или чији се стан претреса уз максимално уважавање тог лица и његових људских права која не смеју ни на који начин у таквим ситуацијама бити угрожена или повређена. С тим у вези, право на интимност би се могло подвести под термин „поштовање достојанства личности.“ Но, како је тај израз посебно наведен,

---

одредбом члана 79. став 3. ЗКП и да за то нису постојали разлози из члана 81. став 4. ЗКП. Наиме, из записника о претресању стана и других просторија МУП-а, Секретаријата у К. од 06. 04. 2004. године, јасно произилази да је присуствовао као сведок само Ж. К. који је и потписао записник, а нема потписа другог грађанина, односно није ни назначено да је претресу присуствовао други пунолетни грађанин као сведок. Стога, по оцени Врховног суда, предметни записник о претресању стана и других просторија је састављен противно одредби члана 79. став 3. ЗКП, а на шта се основано у жалби браниоца оптуженог указује, али у конкретном случају и без овог доказа би била донета иста пресуда. Стога неправилна примена одредбе члана 79. став 3. ЗКП приликом састављања записника о претресању стана и других просторија оптуженог у конкретном случају је била без утицаја на законито и правилно доношење пресуде. (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I 57/05 од 21. 02. 2005. године) – преузето са ING-PRO, Propisi.net

могло би се нагађати шта би све обухватао. Изворно, овај израз не би имао места у овом члану ЗКП-а (а и шире) јер то што интимност означава нема никаквих додирних тачака са претресом лица.[8] Евентуално би могло да подразумева код претресања стана да се посебна пажња треба посветити код претреса фотографија, писама личне садржине, личне (приватне) белешке које постоје у кућном рачунару (осим ако нису у вези са кривични делом – напомена М. М.) и сл., где би могла бити угрожена та интимна сфера, како лица чији се стан претреса, тако и других лица – чланова његовог домаћинства. Код претреса лица, без обзира што то чини лице истог пола и пред сведоцима истог пола, право на интимност односило би се на то да се претрес тог лица врши тако да се не доводи у непријатну ситуацију, пре свега мисли се на претрес интимних делова тела (као једино могућег), које би могло да обухвата и могућност скидања одеће лица које се претреса. Дакле, право на интимност се мора у таквим ситуацијама обезбедити колико год је могуће, да се што мање наруши приватност претресаног лица.

У теорији наилазимо, поред наведеног, да се мора водити рачуна да се не ремети кућни ред, да се отклања пажња света, штедњу личности, вођење рачуна о приватним тајнама које се односе на истрагу и сл.[9] Неке од ових набројаних околности су јасне и разумљиве, али неке су у најмању руку чудне или боље рећи недоречене. Остаје нејасно шта се, на пример, под штедњом личности подразумева, или шта би то представљало вођење рачуна о приватним тајнама које се односе на истрагу. Могуће је да се мислило да се лице које се претреса или чији се стан претреса што мање потресе (поштеди) обзиром да то нису баш пријатне ситуације. Но, у сваком случају, на судској пракси је да све ове околности има у виду.

Најзад, у ставу 9. истог члана, које такође представља новину,[10] могу се изнети извесне примедбе. Тај став гласи: „Ток претресања се може тонски и визуелно снимити, а предмети пронађени током претресања посебно фотографисати. Снимци ће се приложити записнику о претресању.“ Иако је то само предвиђено као могућност да се може снимати стан, и ту може доћи до нарушавања права на приватност, подразумевајући под тим и право на интимност (из става 7. овог члана). Наиме, пре-

[8] Интимност (л. intimus) – означава се као присност, присно пријатељство, тесна веза. – М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд, 1961.

[9] Више о томе: Васиљевић Т. – Грубач М., op. cit. стр. 167.

[10] Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку (Службени гласник, бр. 72/2009)

трес лица који се врши (нарочито по интимним деловима тела) може да изазове код тог лица додатну непријатност, поред тога што се претреса, ако се та радња истовремено и снима. Тај осећај непријатности може бити још више код тог лица изражен ако је неопходно да се то лице приликом претреса и снимања мора скинути. Сходно томе, указујемо на мањкавости овог става, па би било неопходно да се законски текст измени тако што ће се предвидети да у таквим ситуацијама буде искључена јавност, на суђењу, када се овај снимак буде изводио као доказ. На тај начин би се у највећој могућој мери, односно у мери која је неопходна, заштитио интегритет тог лица.

Закључак

Имајући у виду наведено, нужно би било извршити корекције овог члана, у појединим ставовима, пре свега оних на које је дат осврт у овом раду. У том смислу, у члану 79. у ставу 3. би требало задржати одредбу да претресању стана или лица присуствују два пунолетна грађанина као сведоци. Новина би могла да буде да изузетно може бити присутан један пунолетан грађанин као сведок, ако то касније не би била сметња за законито и правилно доношење пресуде. Исто тако, у законском тексту довољно је истаћи да су сведоци дужни да пазе на ток претресања, као и да имају право да пре потписивања записника о претресању ставе своје приговоре ако сматрају да садржина записника не одговора њиховом запажању.

У ставу 7. истог члана, а сходно већ изнетом, довољно је истаћи обавезно поштовање достојанства личности, без истицања права на интимност, с тим да, обзиром на специфичност радње претресања, треба у законском тексту посебно додати да то треба урадити уз што мање скретање пажње света, уз већ постојеће „без непотребног ремећења кућног реда“.

Најзад, нови став 9. истог члана, могао би остати исти, с тим да би требало додати да ће се снимци приложити записнику о претресању, али да суд може, ако нађе за сходно, репродуковати ове снимке уз претходно искључење јавности, а обавезно ће то учинити ако се ради о репродуковању снимка претреса лица.“

UDK: 343.343.3 ; 343.85:[343.343.3:796.093(497.11) ; 349::796(497.11)

Драган Калаба

Заменик вишег јавног тужиоца у Чачку

КРИВИЧНО ДЕЛО НАСИЛНИЧКО ПОНАШАЊЕ НА СПОРТСКОЈ ПРИРЕДБИ ИЛИ ЈАВНОМ СКУПУ (чл. 344а КЗ/

(законодавство, судска пракса, дилеме)

Велики спортски догађаји су потенцијална могућност озбиљног нарушавања јавног реда и мира и ескалације насиља, увек праћеног уништавањем имовине, па и лакшим и тешким телесним повредама, а понекад и смрћу. Овај облик насиља најизраженији је на фудбалским утакмицама и у социологији спорта је познат као фудбалски хулиганизам.[1]

Кривично дело насилничко понашање на спортској приредби у свом основном облику – чл. 344А. ст. 1. КЗ (Службени гласник РС 72/09 а који је ступио на снагу 1. 9. 2009. год.) гласи:

„Ко неовлашћено уђе на спортски терен или део гледалишта намењен противничким навијачима и изазове насиље, физички нападне или се физички обрачуна са учесницима спортске приредбе, врши насиље приликом доласка или одласка са спортске приредбе, унесе у спортски објекат или баца на спортски терен или међу гледаоце предмете, пиротехничка средства или друге експлозивне, запаљиве или шкодљиве супстанце које могу да изазову телесне повреде или угрозе здравље учесника спортске приредбе, оштећује спортски објекат, његову опрему, уређаје и инсталације, својим понашањем или паролама на спортској приредби зазива националну, расну и верску мржњу или нетрпељивост услед чега дође до насиља или физичког обрачуна са учесницима спортске приредбе“.

[1] Мр Божидар Оташевић, *„Фудбалски хулиганизам у пракси и законодавству Србије“ – Избор судске праксе* бр. 10/09 стр. 11.

У чл. 189. КЗ – прелазне и завршне одредбе, и то у тачки 3, предвиђено је да даном ступања на снагу овог закона, престаје да важи чл. 20. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама (Службени гласник РС 67/03, 101/05 и 90/07).

Овакав садржај КЗ – биће основног кривичног дела, и цитиране прелазне и завршне одредбе, намеће питање односа главног и споредног кривичног законодавства.

Главно или основно кривично законодавство обухвата кривично правне одредбе садржане у кривичном законику, дакле, ради се о законодавном акту који садржи искључиво кривично правну материју. То је управо садашњи Кривични законик који је ступио на снагу 1. 1. 2006. године и његове измене и допуне.

Споредно кривично законодавство преставља кривично правне одредбе садржане у ванкривичним законима који регулишу друге области (привреда, здравствено, порески систем, изградња објеката и др.).

У чл. 13. КЗ – „важење општег дела овог законика" је предвиђено да одредбе општег дела овог законика важе за сва кривична дела одређена овим законником или другим законима.

То даље значи, а што произилази из претходне одредбе, да у нашем кривично правном систему и даље важи подела на главно и споредно кривично законодавство и да смо још далеко од унификације кривичног законодавства.

Управо бројни догађаји, нереди и сукоби, посебно на фудбалским стадионима су „натерали" законодавне органе Србије да реагују на адекватан начин тако што ће се на једном месту регулисати понашање учесника спортских приредби, а такође и да се предвиде кривична дела и прекршаји против јавног реда и мира.

Због наведеног, донет је Закон о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама, који је објављен у Службеном гласнику РС бр. 61 од 1. 7. 2003. године, који представља први закон те врсте донет у Србији, а којима се ова материја регулише на једном месту.

Наведени основни Закон је мењан и допуњаван више пута, о чему ће овде посебно бити речи, али је битно указати да је садашњим Кривичним закоником, који је ступио на снагу 11. 9. 2009. године, престало да важи само кривично дело предвиђено у чл. 20. раније цитираног Закона о спречавању насиља, а приликом обраде кривичног дела из чл. 344а. КЗ, за помоћ служе све остале одредбе Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама.

Како биће основног кривичног дела из чл. 344а. ст. 1. КЗ садржи елементе као, на пример, спортски терен, гледалиште, учесник спортске

приредбе, спортска приредба, спортски објекат, спортски терен... то за њихово разумевање, тумачење, имају се користити све остале одредбе Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама.

Члан 20. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама предвиђа кривично дело насилничко понашање на спортској приредби и гласи:

„Ко у намери да изазове насиље уђе на спортски терен или уласком у спортски терен изазове насиље, физички нападне на учеснике спортске приредбе, унесе у спортски објекат или баца на спортски терен или међу гледаоце предмете, пиротехничка средства или друге експлозивне, запаљиве или шкодљиве супстанце који могу да изазове телесне повреде или угрозе здравље учесника спортске приредбе или учествује у физичком обрачуну на спортској приредби".

Закон о изменама Закона којима су одређене новчане казне за привредне преступе и прекршаје (Службени гласник РС бр. 101 од 21. 11. 2006. г.) у чл. 5. предвиђа измене наведених износа регулисаних у Закону о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама. То значи да у поменутом Закону о изменама, кривично дело „насилничко понашање на спортској приредби и чл. 20." није мењан ни допуњаван.

Законом о изменама и допунама Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама (Службени гласник РС бр. 90 од 1. 10. 2007. г.) у чл. 7. је предвиђено да се чл. 20 – кривично дело насилничко понашање на спортској приредби, мења тако да гласи:

„Ко неовлашћено уђе на спортски терен или уласком на спортски терен или део гледалишта намењен противничким навијачима изазове насиље, физички нападне или се физички обрачуна са учесницима спортске приредбе, врши насиље приликом доласка или одласка са спортске приредбе, унесе у спортски објекат или баца на спортски терен или међу гледаоце предмете, пиротехничка средства или друге експлозивне, запаљиве или шкодљиве супстанце које могу да изазову телесне повреде или угрозе здравље учесника спортске приредбе, оштећује спортски објекат, његову опрему, уређаје и инсталације, ко својим понашањем или паролама на спортској приредби изазива националну расну и верску мржњу или нетрпељивост услед чега дође до насиља или физичког обрачуна са учесницима спортске приредбе".

Закон о изменама и допунама Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама (Службени гласник РС бр. 11. од 29. 12. 2009. г.) не предвиђа измене и допуне претходно цитираног

чл. 20. у којем је предвиђено кривично дело насилничко понашање на спортској приредби.

Ако погледамо радње извршења кривичног дела из чл. 20, уочљиво је да у периоду од 2003. г. до 2007. г. основно кривично дело је „ко у намери да изазове насиље, уђе....", а то је значило да се „посебан умишљај" морао доказивати, а што је у пракси представљало „одређене потешкоће".

Изменама и допунама цитираног закона из 2007. г. избачена је „намера", већ је наведено „ко неовлашћено уђе на спортски терен..."

Ова измена има поред законодавних објашњења и једно логично, а то је, шта ко други, осим учесника спортске приредбе, има да тражи на спортском терену, а тиме је и доказивање учињеног кривичног дела јасније и лакше.

Кривично дело из чл. 344а. ст. 1. КЗ у погледу радње извршења је адекватно исто са изменама цитираног Закона о спречавању... из 2007. године, само што у садашњем КЗ није више предвиђена радња извршења у виду „уласка у спортски терен".

Радње извршења кривичног дела из чл. 344а. ст. 1. КЗ су алтернативно предвиђене и свако може учинити наведено кривично дело.

Предмет овог стручног рада није анализа сваке алтернативно предвиђене радње извршења кривичног дела, јер за то нема потребе, већ, како је претходно наведено, имају се користити, ради разјашњења и прецизности, остале одредбе Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама, као и опште одредбе Кривичног законика у погледу примене института кривичног права.

Када је реч о надлежности судова, Законом о изменама и допунама Закона о уређењу судова (Службени гласник РС 104/09), а у чл. 4, предвиђено је да се у чл. 23. ст. 1. тачка 2. Основног закона додају и „насилничко понашање на спортској приредби", а то значи да за поменуто кривично дело у првом степену је надлежан Виши суд.

Изнећемо неколико карактеристичних примера из судске праксе:

Пресудом првостепеног суда окривљени је оглашен кривим због крив. дела из чл. 20. ст. 1. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама, а пресудом другостепеног суда одбијена је као неоснована жалба браниоца окривљеног, а пресуда првостепеног суда се потврђује.

Доказима изведеним на главном претресу је утврђено да је након прекида фудбалске утакмице дошло до физичког напада на судију коме је тада нанета лака телесне повреда и да је то управо извршио окривљени.

У сваком случају за квалификацију дела о одредби чл. 20. ст. 1. наведеног закона није потребно да је неком лицу нанета телесна повреда већ

је довољно да је такво лице физички нападнуто, па је у конкретном случају за постојање дела у односу на окривљеног довољно да је учествовао у физичком нападу на оштећеног, чак и под условом да у првостепеном поступку није доказано да је окривљени нанео оштећеном телесну повреду.

Међутим, из утврђеног чињеничног стања у првостепеној пресуди јасно произилази да је окривљени не само учествовао у нападима оштећеног, већ му је задао ударац услед којег је код оштећеног наступила наведена лака телесна повреда.[2]

Дакле, из цитиране одлуке произилази да ако дође до физичког напада или до физичког обрачуна са учесницима спортске приредбе, није нужно и постојање лаке телесне повреде код оштећеног лица. У кривичном делу из чл. 20, и то како кривичном делу предвиђеном у Закону о спречавању... из 2003 и из 2007. године, а за став 1. није нужно постојање лаких телесних повреда код оштећеног лица да би наведено кривично дело постојало, па чак и када се на спортски терен, спортски објекат унесу предмети, пиротехничка средства или друге експлозивне, запаљиве, шкодљиве супстанце, не тражи се да је услед њихове употребе настала лака телесна повреда код оштећеног лица, већ само да „исти могу да изазову телесне повреде или угрозе здравље учесника спортске приредбе“.„Окривљени је на фудбалској утакмици, у намери да изазове насиље бацио столицу према заштитној огради, ка терену у правцу припадника жандармерије“ – овакве радње су правилно квалификоване као кривично дело насилничко понашање на спортској приредби из чл. 20. ст. 1. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама.[3]

Заштитни објекат кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби, није живот и тело појединца који присуствују спортској приредби, *већ је сигурност и безбедност свих учесника спортске приредбе од насиља* којем би сви учесници спортске приредбе могли бити изложени.

Утврђена чињеница да је оштећени у критичном догађају задобио лаку телесну повреду у виду посекотине у пределу чела, није од значаја за овакву одлуку другостепеног суда, јер заштитни објекат кривичног дела предвиђено у чл. 20. ст. 1. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама није живот и тело појединаца који

[2] Пресуда Окружног суда у Суботици, Кж.351/08 од 16. 9. 2008. – *Избор судске праксе* бр. 12/08 стр. 37 и 38.

[3] Пресуда Окружног суда у Београду, Кж.1767/06 од 28. 6. 2006. године и пресуда Другог Општинског суда у Београду К.776/05 од 21. 6. 2005. *Збирка судских одлука из кривичне материје*, И. Симић стр. 66.

присуству спортској приредби, већ је то сигурност и безбедност свих учесника спортске приредбе, заштита о насиља које би сви учесници спортске приредбе могли бити изложени, те се у том погледу ово крив. дело разликује од крив. дела против живота и тела.[4]

„Окривљени је извршио ово кривично дело кривично дело из чл. 20. ст. 1. Закона о спречавању насиља и недолично понашање на спортским приредбама када је у току фудбалске утакмице ломио столице и тако одломљене предмете бацао на спортски терен". [5]

„Учинилац је физички напао учесника спортске приредбе на тај начин што се као тренер кошаркашког клуба који је био дисквалификован због чега је требао да напусти терен и спортску халу, вратио на терен и судију ударио столицом". Окривљени је оглашен кривим због кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби из чл. 20. ст. 1. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама извршеног у стицају са кривичним делом лаке телесне повреде.

Окривљени, као тренер КК за време утакмице који је играо његов тим у спортској хали, због приговора судији дисквалификован, због чега је био дужан да напусти терен и салу, вратио се на терет и након краће расправе ударио столицом судију, услед чега је овај задобио лаке телесне повреде.

Овакве утврђене радње правилно су квалификоване као физички напад на учесника спортске приредбе што преставља кривично дело насилничко понашање на спортској приредби из чл. 20. ст. 1. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама.[6]

Указујемо на карактеристичан садржај ове одлуке која даје објашњење само у делу физичког напада на учесника спортске приредбе а не и зашто је окривљени извршио у стицају и кривично дело лаке телесне повреде, а све ово ради упоређења са раније цитираном одлуком Окружног суда у Суботици.

„Окривљени је, у намери да изазове насиље, бацио на спортски терен пиротехничко средство које може да изазове телесне повреде и угрози

---

[4] Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 3401/06 од 14. 2. 2007. године и пресуда Општинског суда у Обреновцу К.205/05 од 13. 4. 2006. год. *Збирка судских одлука из кривичне материје*, И. Симић стр. 237.

[5] Пресуда Окружног суда у Београду, Кж.2802/05 од 10. 11. 2005. године и пресуда Другог Општинског суда у Београду К.240/05 од 30. 6. 2005. *Збирка судских одлука из кривичне материје*, И. Симић стр. 204.

[6] Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 32/06 од 31. 1. 2006. године и пресуда Четвртог Општинског суда у Београду К. 62/05 од 8. 11. 2005. Интермекс – Судска пракса комплетан текст судске одлуке.

здравље учеснике спортске приредбе, тако што је на финалној утакмици фудбалског купа запалио и бацио бакљу на терен.[7]

У питању је судска одлука која се односи на догађај између 2003 и 2007. г. па је примењен чл. 20. Закона о спречавању... из 2007. г. који је имао одредбу „ко у намери да изазове насиље".

„Када окривљени на фудбалској утакмици са трибина на спортски терен баци поломљену столицу, оваквом својом радњом се недолично понашао па је тиме извршио кривично дело из чл. 20. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама".[8]

„Кривично дело насилничко понашање на спортским приредбама могу извршити и играчи на терену".

Првостепеном пресудом више окривљених је оглашено кривим да су на спортској приредби, кошаркашкој утакмици између два кошаркашка тима након прекида игре због прекршаја над играчем једног тима, учествовали у физичком обрачуну између играча.

Четири окривљена су играчи једног од кошаркашких тимова који су се затекли на терену у моменту свирања прекида, док су два окривљена утрчала у терен са клупе а преостали окривљени су са трибина ушли у терен.[9]

Дакле, *играч на терену је учесник спортске приредбе* у смислу одредбе чл. 2. ст. 4. Закона о спречавању насиља, јер је присутан на спортској приредби.

Ближе објашњење играча као учесника спортске приредбе садржи следећа судска одлука:

„Извршилац кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби из чл. 20. ст. 1. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортској приредби може бити и активни учесник-играч спортске приредбе".

Пресудом првостепеног суда окривљени су оглашени кривим због наведеног кривичног дела а пресудом другостепеног суда преиначена је првостепена пресуда у делу одлуке о казнама, а у осталим деловима жалба окривљених се одбија као неоснована. Правилном оценом одбране

---

[7] Решење Окружног суда у Београду, Кж.2450/06 од 2. 10. 2006. године и решење Другог Општинског суда у Београду К. 1434/05 од 20. 4. 2006. Интермекс – Судска пракса – комплетан текст судске одлуке.

[8] Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 2325/06 од 12. 9. 2006. године и пресуда Другог Општинског суда у Београду К. 1730/05 од 7. 4. 2006. Интермекс – Судска пракса – комплетан текст судске одлуке.

[9] Пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 2783/06 од 10. 11. 2006. године и пресуда Првог Општинског су Београду К. 2338/05 од 18. 4. 2006. Интермекс – Судска пракса – комплетан текст судске одлуке.

окривљених и свих изведених доказа несумњиво произилази да су окривљени као играчи ФК... у време и на месту означеном у изреци пресуде изазвали насиље на тај начин што је окривљени после досуђеног пенала за противничку екипу, физички напао главног судију и ударио га руком у предео лења псујући му мајку, после чега је другоокривљени главног судију лоптом гађао у главу. Овакво чињенично стање је несумњиво утврђено из исказа сведока –главног судије на утакмици, као и сведока који је помоћник главног судије, а такође и из записника и извештаја званичних лица фудбалског савеза са поменуте утакмице. Правилно је првостепени суд радње окривљених квалификовао по чл. 20. ст. 1. поменутог закона у чему су дати потпуни и јасни разлози, па су наводи у жалби неосновани. Навод жалбе бран. окривљених да извршилац овог крив. дела не може бити играч-учесник спортске приредбе, већ само гледалац или неко треће лице је неоснован, с обзиром да се као извршилац овог кривичног дела могу појавити сви они који на спортским приредбама изазивају насиље, физички нападају или обрачунавају се са учесницима спортских приредби. Дакле, извршилац кривичног дела може бити и активни учесник-играч фудбалске утакмице који учини радњу која је прописана као ово кривично дело.[10]

„Свака кривично правна радња побројана у опису кривичног дела треба да буде извршена у намери да се изазове насиље".

Биће кривичног дела из чл. 20. ст. 1. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама састоји се из више алтернативно прописаних кривично правних радњи, које учинилац мора учинити као припадник групе, али све алтернативно прописане радње извршења као објективни елементи овог кривичног дела морају бити од стране учиниоца извршене у намери да изазову насиље. Намера учиниоца да изазове насиље као субјективни елеменат бића овог кривичног дела изричито је прописана одредба чл. 20. овог закона, а произилази и из разлога доношења закона јер заштитни објекат овог кривичног дела није живот и тело појединца који присуствује спортској приредби, већ је то сигурност и безбедност свих учесника спортске приредбе од насиља којим би сви учесници спортске приредбе могли бити изложени те се у том погледу ово кривично дело разликује од кривичних дела против живота и тела.[11]

---

[10] Пресуда Општинског суда у Чачку, К. 264/06 од 31. 12. 2007. године и пресуда Окружног суда у Чачку, Кж. 137/08 од 19. 3. 2008. Судска пракса бр. 2/09 стр. 17.

[11] Решење Окружног суда у Београду, Кж. 2755/06 од 28. 2. 2007. Параграф – судске одлуке.

Ова одлука објашњава „намеру“ као битан елеменат кривичног дела који је постојао до измене закона из 2007. године, као и појам заштитног објекта тога кривичног дела.

„Жалбом јавног тужиоца се посебно истиче да из садржине изведених доказа произилази да је окривљени критичном приликом учествовао у физичком обрачуну на спортској приредби што иначе не спори ни окривљени, као и други саслушани сведоци, па је остало нејасно из којих разлога првостепени суд ту одлучну чињеницу не узима као доказану, а иста је сасвим довољна за постојање предметног кривичног дела из акта јавне оптужнице.

Према наложењу Окружног суда за квалификацију кривичног дела из чл. 20. ст. 1. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама, није нужно и неопходно да је неком лицу нанета телесна повреда, већ је довољно да је такво лице физички нападнуто, па је у конкретном случају за постојање дела у односу на окривљеног сасвим довољна чињеница да је исти критичном приликом као учесник у спортској приредби учествовао у физичком обрачуну, чак и у ситуацији када није доказано да је окривљени оштећеном нанео описану лаку телесну повреду“.[12]

Из ове одлуке произилази неправилан став првостепеног суда, да иако је дошло до физичког обрачуна са учесником спортске приредбе, а није дошло до наношења телесних повреда, тада није доказано да је окривљени извршио наведено кривично дело.

Навешћемо неколико карактеристичких случајева Вишег суда у Чачку а одлуке тога суда нису објављене или је поступак у току.

Неправоснажном пресудом Вишег суда у Чачку К.8/10 од 20. 7. 2010. год. двојица окривљених су применом чл. 355. тачка 1. ЗКП ослобођени од оптужбе да су извршили кривично дело насилничко понашање на спортској приредби из чл. 20. ст. 1. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама.

У изреци наведене пресуде је наведено да је са клупе резервних играча устао првоокривљени, као резервни голман, ушао на спортски терен и физички напао првог помоћног судију на тај начин што га је повукао за дрес у пределу груди а другоокривљени је физички напао другог помоћног судију на тај начин што га је повукао руком за дрес са леђа и исти растегао.

У образложењу пресуде је наведено да предузетим радњама од стране окривљених исти нису изазвали насиље, нити се таква реакције може

[12] Решење Окружног суда у Суботици, Кж. 622/08 од 6. 2. 2009. Параграф – судске одлуке.

подвести под физички напад на учесника спортске приредбе односно учествовање у физичком обрачуну на спортској приредби, већ се ради о једној импулсивној реакцији оптужених на по њима неправилну одлуку судије, а осим тога није наступила забрањена последица, јер не постоји ни противправност дела у смислу да је друштвено опасно с обзиром да је за такво понашање предвиђено дисциплинско кажњавање.

Наравно, жалбу је изјавио Виши јавни тужилац у Чачку због повреде кривичног закона из чл. 369. тачка 3. ЗКП и битне повреде одредаба кривичног поступка из чл. 368. ст. 1. тачка 1. ЗКП.

Иако се ради о неправноснажној пресуди коју не треба коментарисати, поставља се озбиљно питање да ли је првостепени суд правилно схватио појам и значај „физичког обрачуна" као елеменат кривичног дела који се окривљенима ставља на терет.

Неправоснажном пресудом Вишег суда у Чачку К.9/10 од 1. 4. 2010. године првоокривљени је оглашен кривим због кривичног дела из чл. 20. ст. 1. цитираног закона, јер је физички напао учесника спортске приредбе, играча противничког тима, тако што га је ударио затвореном шаком у предео главе наносећи му лаке телесне повреде... а другоокривљени је због незадовољства судијском одлуком истога грубо одгурнуо од себе, гађао га пластичном флашом а потом пришао оштећеном и поцепао му џеп на судском дресу и поцепао црвени картон, након чега је утакмица прекинута, чиме је такође извршио крив. дело из чл. 20. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама.

Против наведене пресуде Виши јавни тужилац је изјавио жалбу због одлуке о кривичној санкцији.

Дакле, овде је реч о физичком нападу на учесника спортске приредбе па и уз наношење лаких телесних повреда, а ради се о једном кривичном делу из чл. 20. Закона о спречавању насиља...

Неправоснажном пресудом Вишег суда у Чачку К.5/10 од 23. 4. 2010. год. окривљени је оглашен кривим због кривичног дела из чл. 20. Закона о спречавању..., а у изреци је наведено да је као играч фудбалског клуба напао главног фудбалског судију, тако што му је упутио увредљиве речи.... због чега му је оштећени – фудбалски судија досудио црвени картон, након чега је оштећеном задао ударац отвореном шаком у предео главе са леве стране када су пришли остали играчи ради спречавања даљег сукоба.

Против наведене пресуде жалбу ја изјавио бранилац окривљеног, а у истој је наведено између осталог да „према правном схватању браниоца окривљеног, окривљени није лице које је могло бити извршилац овог

кривичног дела с обзиром да је и он као и главни судија учесник спортске приредбе а ово кривично дело може извршити само неко од лица која нису учесници спортске приредбе".

Дакле, у овом случају бранилац окривљеног истиче да је окривљени, као играч, учесник спортске приредбе, али у таквом статусу не може одговарати за кривично дело за које је оглашен кривим.

Неправоснажном пресудом Вишег суда у Чачку К. 12/10 од 26. 7. 2010. окривљени је оглашен кривим због кривичног дела из чл. 20. ст. 1. Закона о спречавању насиља... а у изреци је наведено да је као играч ФК ухватио фудбалског судију–оштећеног рукама за ревере од дреса гурао га, претећи му да ће га изударати, а након што му је главни судија показао црвени картон, пришао је оштећеном-главном судији, ухватио га за дрес и гурао га на ограду уз аут линију и није хтео у року од 5 минута да напусти фудбалски терен, па је утакмица прекинута.

Против наведене пресуде бранилац окривљеног је изјавио жалбу због одлуке о кривичној санкцији.

Правоснажном пресудом Вишег суда у Чачку К. 14/10 од 6. 4. 2010. године, а која је правноснажна, окривљени је оглашен кривим због кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби из чл. 344а. ст. 1. КЗ, а у изреци је наведено што се физички обрачунавао са главним судијом... на тај начин што му је задао два ударца у предео груди, због чега му је оштећени досудио црвени картон и упутио га према клупи делегата након чега је окривљени пришао оштећеном са леђа и задао му ударац ногом у предео задњице када је интервенисала лекарска служба која је оптуженог удаљила.

Правоснажном пресудом Вишег суда у Чачку К.32/10 од 24. 8. 2010. године, а која је правноснажна, окривљени је оглашен кривим због кривичног дела из чл. 20. ст. 1. Закона о спречавању насиља..., а у изреци је наведено да је у спортски терен унео пиротехничка средства и то 100 комада петарди увезаних и упакованих у целофан, као и један нож на отварање-тзв. лептир који је држао у свом ранцу док је трајала наведена фудбалска утакмица.

Треба додати да је Законом о изменама и допунама кривичног законика[13] а у чл. 3. наведено да се после чл. 89а КЗ додаје нови члан 89б и наслов „забрана присуствовања одређеним спортским приредбама". Дакле, ради се о новој мери безбедности а чија сврха је и обухваћена чланом 78. КЗ.

[13] Службени гласник РС бр. 111. од 29. 12. 2009.

Када је реч о примени и изрицању поменуте мере безбедности треба применити одредбу чл. 78. КЗ, а то значи да има места изрицању исте ради отклањања стања или услови који могу бити од утицаја да учинилац у будуће не врши кривична дела као и одредбу чл. 89б ст. 1. КЗ која се односи на заштиту опште безбедности.

Иначе, наведена мера безбедности се може изрећи учиниоцу сваког кривичног дела, али наравно уз остварење услова да је потребно ради заштите опште безбедности, а што се мора утврђивати у сваком конкретном случају.

Након што је овај рад био већ предат ради објављивања дошло је поново до измена и допуна чл. 344а[14], тако да у наслову гласи кривично дело: „Насилничко понашање на спортској приредби или јавном скупу". Концепција дела је другачија а у ставу 6. истог члана је предвиђена обавеза суда, дакле и када нема предлога овлашћеног тужиоца, за изрицање мере безбедности за одбране присуствовања одређеним спортским приредбама.

Оно што би указали као битно, а поводом поменутих измена јесу две алтернативно постављене радње извршења кривичног дела, једна је „ко физички нападне или се физички обрачунава.. приликом доласка или одласка са спортске приредбе... и друго, ко неовлашћено уђе на спортски терен..., а све се односи на предузете кривично правне радње и на спортској приредби или на јавном скупу.

Наравно, за ово кривично дело су предвиђене и квалификаторне околности у ставу 2. истог члана, ако је кривично дело извршено од стране групе, посебно кажњавање за коловођу групе (у ставу 3), ако је услед извршења основног кривичног дела неком лицу нанета тешка телесна повреда или је оштећена имовина веће вредности (у ставу 4), одговорност службеног или одговорног лица при организовању спортске приредбе или јавног скупа (у ставу 5. истог члана).

[14] Законом о изменама и допунама Кривичног законика, децембар 2009. „Службени гласник" РС, бр. 111. од 29. 12. 2009.

UDK: 347.68

Мр Станишта Ј. Пауновић

адвокат у Кучеву

НЕПРЕНОСИВОСТ ПРАВА ПРИМАОЦА ИЗДРЖАВАЊА

У нашој судској пракси, још из времена важења претходног Закона о наслеђивању (Службени гласник СРС, бр. 52/74, 1/80 и 25/82), „одомаћило се“ правно становиште да право примаоца издржавања на раскид уговора о доживотном издржавању *није лично, него имовинско право,* и да, као такво, прелази на његове законске наследнике. Сматрам погрешним такво становиште. Зашто?

Доживотно издржавање је однос облигационе природе *intuitu personae.* Субјективно је тражбено право примаоца (повериоца) издржавања, а обавеза даваоца (дужника) издржавања.

Настаје закључењем уговора о доживотном издржавању, траје док је прималац издржавања жив (доживотно), престаје смрћу примаоца издржавања.

По својој природи (циљу) је *чисто лично право примаоца издржавања,* па се, као такво, на основу члана 200. ЗН, не може пренети на другог – ни сингуларно ни универзално. А то даље значи да испуњење обавезе издржавања, и с тим у вези – раскид уговора као санкцију због неиспуњења те обавезе, може захтевати искључиво лице у чију корист је та обавеза установљена, а то је прималац издржавања. Његовом смрћу, облигациони однос издржавања се гаси, престаје, на основу члана 359. ЗОО, и о том се односу, надаље, може говорити само као о нечему што је у прошлости постојало па престало да постоји. С тим у вези, не може се више говорити о престанку уговора, по било ком основу, па и по основу раскида, јер се раскинути може само однос који постоји, траје.

Друго је питање ако је раскид за живота тражио прималац издржавања па је у току парничног поступка умро. У том случају, његови законски наследници могу преузети његову парницу, али ни тада не са захтевом за раскид уговора, јер је уговор већ престао његовом смрћу, него са захте-

вом да се утврди да је његов захтев за раскид основан и да уговор, због тога, не производи правно дејство.

У овом смислу је и мишљење већине наследноправних теоретичара, од којих цитирамо два:

Проф. др Слободан Сворцан, професор Наследног права на Правном факултету у Крагујевцу, уџбеник *Наследно право*, Правни факултет у Крагујевцу, „Принт-промет" Краљево, 2000. год., стр. 237:

„У досадашњој пракси судова редовно се допушта наследницима примаоца да траже раскид уговора после примаочеве смрти. Овакву праксу сматрамо погрешном, јер смрћу примаоца престаје облигациони однос заснован уговором, па се после тог момента не може тражити раскид уговора".

Проф. др Наташа Стојановић, професор Наследног права на Правном факултету у Нишу, чланак „Осврт на поједина спорна питања о уговорном издржавању у домаћој судској пракси", објављен у *Билтену судске праксе* Врховног суда Србије, број 4, Београд, 2006, стр. 200:

„Дакле, право на раскид уговора је нека врста штита који служи интересима примаоца издржавања, па кад он умре престаје и потреба за његовом даљом егзистенцијом. То што прималац издржавања није, иако је можда и било разлога за то, тражио раскид уговора о доживотном издржавању, не може судска пракса користити за интересе наследника, креирањем права на раскид уговора као имовинског права и шире наследивог, јер, као што смо видели, за то нема оправдања. Сматрамо да воља примаоца издржавања, и у таквим случајевима, мора бити испоштована до краја, али то никако не значи да лице (а то може бити и неко од законских наследника примаоца издржавања) које је фактички пружало издржавање примаоцу издржавања нема право да тражи од формалног даваоца издржавања накнаду, јер је у питању издатак за другог".

На таквом становишту била је и старија судска пракса. Навешћемо као пример сентенцу из одлуке Врховног суда Војводине Гж бр. 43/59:

„Утврђено је да издржавани за време свога живота није повео спор ради раскида уговора о доживотном издржавању, па је захтев тужилаца неоснован, јер право раскидати уговор о доживотном издржавању лично је право уговарајућих странака и оно не прелази на наследнике, осим ако је један сауговорач у току поступка за раскидање оваквог уговора умро".

Сматрамо погрешним мишљење оних који тврде да тужба за раскид уговора о доживотном издржавању због неиспуњења или рђавог испуњења обавезе издржавања нема упориште у Закону о наслеђивању и да, зато, у том делу треба применити опште одредбе Закона о облигационим односима.

Закон о наслеђивању („Службени гласник РС“, бр. 46 од 4. 11. 1995. год.), у делу којим предвиђа и регулише Уговор о доживотном издржавању (чл. 194-205), јесте у односу на Закон о облигационим односима *посебан закон (lex specialis),* па, као такав, када је реч о уговору о доживотном издржавању, искључује примену Закона о облигационим односима, као општег закона, по познатом правилу: *lex specialis derogat legi generali.* Он, за разлику од претходног Закона о наслеђивању (Службени гласник СРС, бр. 52/74, 1/80 и 25/82), не предвиђа више неиспуњење уговора као посебан разлог за раскид уговора о доживотном издржавању, него као разлоге за раскид овог уговора предвиђа само: *(1) поремећене односе међу уговорницима* (члан 201) и *(2) промењене околности* (члан 202), који оба подразумевају да однос издржавања траје и, с тим у вези, да са њих раскид уговора могу захтевати само уговорници и само у судском поступку. Међутим, то не значи да прималац издржавања не може захтевати раскид уговора и због неиспуњења. Може, свакако, али само ако је то неиспуњење или рђаво испуњење довело до поремећаја међусобних односа. На тај начин, *законодавац је оцену извршења уговора у делу издржавања коначно препустио искључиво ономе у чијем је интересу издржавање установљено, тј. примаоцу издржавања,* што сматрамо сасвим исправним. Примаоцу издржавања уговор о доживотном издржавању остварује своју сврху и само чињеницом да постоји и да му гарантује извесну сигурност у погледу услова за нормалан живот, а шта ће му се, и у којој мери, конкретно пружати – то зависи од разних околности (година старости, стања здравља, радне способности, стечених навика и др.), и само је он позван да каже да ли је тиме што му се пружа задовољан или није. Могуће је, чак, и да давалац издржавања не удовољи некој конкретној потреби примаоца издржавања, али да му овај то, из одређених својих личних односа са њим, опрашта, толерише.

Овакво уверење учвршћује нам и чињеница да законодавац није пропустио да се позабави и питањем могућности законских наследника примаоца издржавања да после његове смрти побијају његов уговор о доживотном издржавању са даваоцем издржавања, али је такву могућност, одмах у следећем члану 203. ЗН, предвидео само за случај рушљивости уговора због непостојања неизвесности (алеаторности) на страни даваоца издржавања, дајући законским наследницима примаоца издржавања право да, због тога, у одређеним преклузивним роковима, могу захтевати поништење уговора. Али то је нешто сасвим друго. У случају да таквим захтевом успеју, уговор се поништава ретроактивно и сматра се као да није ни закључен. Не верујемо да је законодавац могао да превиди једно тако важно питање као што је питање раскида уговора због неиспуње-

ња, односно, да то питање остави општим правилима о раскиду облигационих уговора, која нису баш прикладна специфичностима уговора о доживотном издржавању.

На крају, скрећемо пажњу да би се, променом тог становишта и заузимањем новог – да је право на раскид уговора о доживотном издржавању *лична (и тиме непреносива), акцесорна и дискрециона правна моћ примаоца издржавања,* парнице у основним судовима сигурно смањиле бар за 20%, с обзиром на то да управо ови законски наследници, који за примаоца издржавања, док је био жив, нису ни питали, а камоли да су му нешто пружали, па чак има и случајева да за њега нису ни знали, готово редовно нападају уговоре о доживотном издржавању, поред осталог, и због наводног неиспуњења, и онда крећу дуготрајне, мукотрпне и скупе парнице. Давалац издржавања, који се до јуче борио да уговор испоштује, сада мора да се бори и да уговор сачува, што подразумева нове, често и веома велике издатке. У пракси се примећује да то млађе људе често одвраћа од прихватања обавезе доживотног издржавања старијих и изнемоглих особа.

Закључак

Доживотно издржавање је уговорни облигациони однос *intuitu personae,* у коме на једној страни имамо примаоца издржавања, као повериоца, а на другој – даваоца издржавања, као дужника. Право примаоца издржавања састоји се у бризи и старању даваоца издржавања о њему до краја његовог живота. Моментом његове смрти, то право, на основу члана 359. ЗОО, престаје, а тиме престаје и цео облигациони однос. После тога, више се не може говорити о било каквом престанку уговора, па и раскидом, јер је уговор већ престао и њега више нема.

Док уговор траје, само је прималац издржавања позван да каже да ли је испуњењем уговора задовољан или није задовољан, јер се оно тиче његовог живота лично. С тим у вези, ако је, због неиспуњења или рђавог испуњења уговора, дошло до поремећаја односа између њега и даваоца издржавања, само је он овлашћен да код суда, на основу члана 201. ЗН, захтева раскид уговора. Издржавање, објективно гледано, може и да не буде задовољавајуће, али да се прималац издржавања, из одређених својих интимних разлога, задовољава са њим таквим какво је. Његови законски наследници на то, по природи ствари, немају овлашћење. Они могу само да после његове смрти наставе његову за живота започету парницу за раскид уговора, али ни тада не са захтевом за раскид уговора, јер је уговор већ престао његовом смрћу, него са захтевом за утврђење да је

његов тужбени захтев основан и да, с тог разлога, уговор не производи правно дејство.

Према томе, право на раскид уговора о доживотном издржавању због поремећених односа, услед неиспуњења или рђавог испуњења уговора, *представља личну (и тиме непреносиву), акцесорну и дискреционо правну моћ искључиво примаоца издржавања,* па је, утолико, актуелно правно становиште судске праксе, да је оно имовинске природе и да прелази на његове законске наследнике, погрешно и неодрживо. Овим радом желимо да подстакнемо стручну јавност на размишљање о овој теми, те да, ако се оцени да је наше мишљење исправно, допринесе да се то правно становиште промени.

UDK: 347.965:929 Трнинић Д.

Живојин Шестић

адвокат у пензији, Београд

ДРАГОСЛАВ ТРНИНИЋ – ЖИВОТ И РАД*

Наше окупљање вечерас посвећено је Драгославу Трнинићу.

Ово је сећање на Драгослава Трнинића, на једног дивног човека, великог адвоката, адвоката са трајним заслугама за адвокатуру Србије.

Од смрти адвоката Трнинића прошло је тек пет година а већ осећам како се сенка заборава полако прикрада у покушају да засенчи и њега и све његове заслуге за адвокатуру.

Ми који смо га, не само познавали, већ и имали задовољство да с њим радимо, који смо, дакле, били његови сарадници и савременици, дужни смо да то спречимо.

То је наша обавеза према овом великану адвокатуре, али и наша обавеза према адвокатури, као сталежу од кога живимо или смо живели.

То је, истовремено, и наша обавеза према младим адвокатима .

Од примера који су својим радом у адвокатури и за адвокатуру дали великани адвокатуре нема бољих уџбеника за обуку младих адвоката, ни боље мотивације за њихов рад у органима адвокатских комора.

Њима се тако шаље порука да време утрошено у раду за адвокатуру није изгубљено време.

---

* Текст је прочитан на скупу „Округли сто – Бранилаштво од 1945. до данас са евокацијом на велике адвокате – Живот и рад Драгослава Трнинића, адвоката из Београда“.

Адвокатура у Србији никада у својој историји није у друштву имала лагодну позицију, па ни данас је нема, да би могла да се опусти и препусти забораву све оне који су се за њену респектабилну позицију у друштву упорно и истрајно борили.

Сећање на оне наше колеге који су у темеље адвокатуре уградили део себе, обавеза је ове и свих наредних генерација које долазе.

Они који немају разумевања и поштовања према прошлости немају право ни на будућност.

Драгослав Трнинић је један од најзаслужнијих у њеној историји.

Наше окупљање вечерас само је део тих наших обавеза.

1. Биографски подаци

Драгослав Трнинић је рођен 29. маја 1926. године у селу Узвећу у средње имућној сеоској породици.

Село Узвеће налази се у срцу Мачве, на тромеђи између Шапца, Богатића и Сремске Митровице. Узвеће је по величини средње село у Мачви.

Трнинићи се први пут помињу на попису становника Мачве 1829. године (тада само једна породица) што указује да су у Мачву досељени између Првог српског устанка и овог пописа. Досељени су из Босанске крајине, из околине Дрвара.

Отац Драгослава Трнинића звао се Милутин а мајка Стеванија. Био је то Милутину други брак. Поред Драгослава у овом браку рођено је и једно женско дете. Међутим, из првог брака Милутин је имао два сина и једну кћер.

Отац Милутин је рано умро, док је Драгослав био још дете, па је бригу о свој деци и имовини преузела Драгослављева мајка Стеванија.

Било је то типично патријархално сеоско мачванско домаћинство.

Да би једно овако средње развијено сеоско домаћинство са релативно великом имовином, са бројном, мање или више одраслом децом, и са женом на челу тог домаћинства функционисало, морала је постојати строга дисциплина у поштовању традиционалних обичајних правила. Тих правила су се сви морали придржавати а коначни пресудитељ је била мајка, као старешина домаћинства. Као старешина домаћинства мајка Стеванија је одлучила да Драгослав, као одличан ученик основне школе, настави школовање, а да имовину домаћинства поделе браћа која остају на селу. Ово је била рационална одлука јер је подела постојеће имовине на два уместо на три дела економски оправдана. Ова њена одлука је испоштована – Драгослав је завршио највише школе а његов део имовине поделила су браћа која су остала на селу.

Драгослав Трнинић је одрастао у патријархалној сеоској породици у којој су биле убаштињене универзалне друштвене вредности које и данас представљају идеал свих друштава и свих система – поштење и рад.

Ове вредности су чиниле стубове на којима је почивала зграда патријархалног сељачког света.

У овим сеоским породицама, које су искључиво живеле од рада у пољопривреди, рад је био основно мерило људских вредности. У њима је владало правило да човек вреди колико је вредан, да је најслађи хлеб онај који се заради, да је трајно само оно што се стекне радом а чува поштењем. Овде се водила стална борба против сиромаштва. На сиромаштво се, у озбиљним породицама, није пристајало. Постојао је само један начин за њено укидање – тежачки рад свих чланова домаћинства. Богатство се могло стећи само вишегенерацијским минулим тежачким радом а да би се оно спасло од брзе пропасти морало се стално заливати знојем долазећих генерација.

Још је Цицерон рекао да је *Сељачки живот учитељ штедње, вредноће и правде.*

Мачва, у време Трнинићевог одрастања није била само Мачва Јанка Веселиновића, питома земља настањена ратарима, младим јаранима и лепим момама који ашикују на прелима, већ и земља дубоке социјалне, политичке и моралне подељености, права слика тадашњег српског друштва.

У оваквом породичним и социјалном миљеу одрастао је Драгослав Трнинић.

Ове вредности су породичним васпитањем уграђене у његово биће и Драгослав их је носио кроз цео свој живот.

Ови сеоски амбијенти, с обзиром на своју социјалну структуру, развијају код чланова оваквих породичних заједница и осећање социјалне правде. И ту леже узроци Трнинићеве леве идеолошке опредељености.

Одрастање у сеоској средини, непрекидно у додиру са природом, стално на великом простору, обогаћено дечјим играма и радом који је примерен узрасту, уз владајући обичајни морални кодекс, развија осећање моралне чврстине, личног достојанства и слободе. Ова својства присвојио је Драгослав Трнинић. Разумљива нам је онда његова одлука напуштања судијског позива у тренутку када га је, баш у том позиву, чекала блистава каријера.

Свој сељачки ген, који је Драгослав Трнинић наследио од својих предака, носио је у себи и надпросечну духовну бистрину садржану у високом коефицијенту интелигенције. То му је омогућило велике интелектуалне рефлексе и невероватан ритам у обављању професионалних обавеза. Такође и лакше и богатије лично образовање.

Уз све ове квалитете Драгослав Трнинић је имао још једну, исто тако вредну особину – скромност. Скромност у свему – у начину живота, у односима са људима, у животним потребама, облачењу, манирима, у комуникацији са људима. По својој скромности адвокат Трнинић је био препознатљив у току читавог свог живота. Остварити тако високу професионалну репутацију а задржати такву животну скромност одлика је само великих људи.

Основну школу је завршио у селу Узвећу а Гимназију у Шапцу. Био је одличан ученик и у основној школи и у гимназији. Његова бистрина омогућила му је да наставно градиво савлађује без великих напора.

Био је ожењен са Милом, рођеном Палавестра. Из овог брака има двоје деце: сина ***Милутина*** који је завршио Правни факултет, наставио рад у очевој адвокатској канцеларији и данас се успешно бави адвокатуром. Милутин има двоје деце: ћерку Јелену дипломираног правника и сина Драгослава, апсолвента на Правном факултету. Друго Драгослављево дете је ћерка ***Весна***, удата Костић, мајка два успешна Трлетова унука: др Милутина Костића, лекара и Светислава Костића асистента на Правном факултету у Београду, стручњака за пореска питања, са лиценцом за рад у Америци и Европској унији.

Драгослав Трнинић је, дакле, оставио бројно и успешно потомство достојно свога претка.

Преминуо је у Београду 26. фебруара 2002. године.

2. Професионални подаци

Драгослав Трнинић је Правни факултет завршио у Београду 12. фебруара 1951. године као ванредни студент. Још док је студирао био је запослен у Среском народном одбору у Богатићу, у времену од 1. маја 1945. до 18. октобра 1948. године. Потом је кратко радио у Градском савезу Земљорадничких задруга Богатић, затим у Министарству саобраћаја и Председништву Владе у Београду и као Секретар Среског народног одбора у Шапцу .

Правосудни испит је положио 11. марта 1951. године у Београду.

За судију Среског суда у Шапцу изабран је 1. маја 1952. године и ову дужност обављао до 16. септембра 1953. године када је разрешен дужности на лични захтев због одласка у адвокатуру.

У именик адвоката Адвокатске коморе Србије уписан је Решењем Управног одбора ове Коморе бр. 3045 од 25. новембра 1955. године са седиштем адвокатске канцеларије у Богатићу.

Драгослав Трнинић је тада са породицом живео у Шапцу, те је одређивање седишта адвокатске канцеларије у Богатићу било изнуђено с об-

зиром на одредбу ст. 3. чл. 6. Закона о адвокатури из 1946. године која је гласила: „Судије и тужиоци и њихови пуномоћници не могу за време од две године након престанка те службе вршити адвокатуру у местима где су служили у суду или јавном тужилаштву за последње две године".

Ова одредба Закона о адвокатима из 1946. године имала је за циљ заштиту адвокатуре од нелојалне конкуренције бивших судија и тужилаца. Укидањем овог Закона ова одредба никада више није заживела.

Након протека законом одређеног времена Драгослав Трнинић је затражио премештај своје адвокатске канцеларије из Богатића у Шабац што му је Управни одбор Адвокатске коморе Србије и одобрио својим решењем бр. 2022 од 6. октобра 1955. године.

У Шапцу је остао до 1958. године када је затражио пресељење адвокатске канцеларије из Шапца у Београд. Решењем Управног одбора Адвокатске коморе Србије бр. 1420 од 15. октобра 1958. године одобрено му је пресељење у Београд са седиштем адвокатске канцеларије у ул. 1. маја бр, 24. Заправо адвокат Трнинић је тада дошао у заједничку адвокатску канцеларију у којој су радили познати адвокати, челници српске адвокатуре *Првослав Васиљевић, Милован Јовановић и Милан Жикић.* Овај прелазак је уследио на позив адвоката Православа Васиљевића, који је, кроз заједнички рад у Управном одбору Адвокатске коморе Србије, у адвокату Трнинићу препознао свога будућег наследника на челу српске адвокатуре.

У овој заједничкој адвокатској канцеларији адвокат Трнинић је остао и после одласка адвоката Првослава Васиљевића из адвокатуре па све до средине шездесетих година. Престанком закупа пословних просторија у којима је радила ова заједничка адвокатска канцеларија, дошло је до разлаза и адвокат Трнинић је прешао у пословну просторију у ул. Краља Милутина бр. 37 у самосталну адвокатску канцеларију где је обављао рад све до одласка у пензију, када је брисан из именика Решењем Управног одбора бр. 272 од 31. марта 1988. године. Његову адвокатску канцеларију тада је преузео син Милутин Трнинић.

3. Рад у адвокатури

У свом професионалном раду Драгослав Трнинић је био врхунски адвокат и по стручности и по часности. Одмах по уласку у адвокатуру његова адвокатска канцеларија је стекла висок углед и убрзо постала пословно веома развијена. Томе је допринео његов лични углед који је имао као грађанин, па и друштвено политички радник у Богатићу и у Шапцу. Још док му је седиште адвокатске канцеларије било у Богатићу заступао је Савез земљорадничких задруга а то значи и велики број За-

друга чланица овога Савеза са територије Мачве. Ово је био велики адвокатски посао скопчан са сталним путовањима. Уз то је био ангажован на већем броју кривичних предмета, посебно када је седиште адвокатске канцеларије преселио у Шабац. Наиме, било је то тешко време за сељаке због владајуће праксе принудних откупа пољопривредних производа. Због неизмирених обавеза из откупа велики број угледних сеоских домаћина доспео је на суд, па им је помоћ адвоката била неопходна. Адвокат Трнинић је био најчешћи избор ових домаћина. Његова адвокатска канцеларија била је место окупљања свих несрећника које је тешко погодила једна наопака друштвена и политичка пракса.

Било је то веома тешко време за адвокатуру. Адвокати су поистовећивани са својим браћеницима. Бранити сељаке због неизвршених принудних откупа, или напуштања сељачких радних задруга, тзв. „саботере", значило је прихватити ризик сукоба са локалним политичким структурама. Ни адвокат Трнинић, са великим политичким рејтингом, није био поштеђен одијума код ових политичких структура. Неспоразуми, па и сукоби, су кулминирали и на крају довели до Трнинићевог напуштања Шапца и одласка у Београд.

У ово време, до преласка у Београд, адвокат Трнинић је радио на предметима из свих области права. Није било уже специјализације, али постојећа друштвена и правна пракса није ни изазивала потребу за специјализацијом. Велики део друштвеног живота није ни био регулисан законима па је и обим владајућег законодавства био веома скроман. И постојеће законодавство било је униформно и једнообразно сагласно потребама владајуће идеологије.

Преласком у Београд адвокат Трнинић је ушао у једну пословно изузетно развијену адвокатску канцеларију коју су водили челници српске адвокатуре Првослав Васиљевић и Милован Јовановић. Ова адвокатска канцеларија је имала потврђен пословни али и политички рејтинг.

Адвокат Трнинић, са већ постојећим професионалним искуством, брзо се прилагодио професионалним потребама ове канцеларије. Наставио је да ради на предметима из свих правних области, али сада претежно на предметима из области привредног права, с обзиром на то да је ова адвокатска канцеларија заступала бројне велике фирме са територије целе Југославије. Професионално и пословно искуство стечено у овој правној области било је драгоцено и за каснији период у вршењу адвокатуре.

Када је заједнички рад у овој адвокатској канцеларији престао и адвокат Трнинић наставио рад у самосталној адвокатској канцеларији, рад у области привредног права био је доминантан.

Поред рада у споровима из области привредног права, кривични предмети су били друга правна област у којима се адвокат Трнинић повремено ангажовао. Били су то веома тешки и сложени предмети, често са великим степеном политичке осетљивости.

Били су то све тешки и одговорни адвокатски послови које је адвокат Трнинић успешно обављао захваљујући својој стручности и изванредном професионалном рефлексу.

Помоћ у вршењу адвокатских послова адвокат Трнинић је имао и од својих приправника, бар у обиму који је дозвољавала њихова стручна обученост и законска регулатива. Адвокатска канцеларија адвоката Трнинића била је мала школа адвокатуре. Кроз његову адвокатску канцеларију прошао је велики број адвокатских приправника који су касније постајали угледни и цењени адвокати.

Нема сумње да се у оваквој адвокатској канцеларији, са овако вредним, стручним и часним принципалом, могло много научити од адвокатског заната. Не сумњамо да су то приправници и искористили, неки више, неки мање.

4. Рад за адвокатуру.

Адвокат Трнинић је убрзо по упису у именик адвоката започео рад у органима Адвокатских комора.

Одмах по пресељењу своје адвокатске канцеларије из Богатића у Шабац укључио се у рад Пододбора адвоката у Шапцу.

Прошло је само две и по године од уписа у именик адвоката а Драгослав Трнинић је започео свој рад у органима адвокатских комора и тај рад је непрекидно трајао све до његовог одласка у пензију.

Тешко је наћи адвоката који је био толико посвећен раду за адвокатуру и који је толико учинио за адвокатуру као што је то био Драгослав Трнинић.

Време у коме је биолошки и професионално живео Драгослав Трнинић било је веома тешко за адвокатуру. Однос владајућег политичког режима према адвокатури није био ни мало сентименталан. Адвокатура је била под сталном присмотром режима и са амбицијом тога режима да од ње направи службу која би била део државног апарата посвећен потребама владајуће политичке идеологије.

Са аспекта владајуће политичке структуре није било баш упутно да на челу адвокатуре буде личност која нема политички кредибилитет, док са аспекта интереса адвокатуре, опет, није било упутно да на челу адвокатуре буде личност која нема развијено осећање потребе за аутентичном адвокатуром .

Драгослав Трнинић је имао и једно и друго: и захтевани политички капацитет и развијено осећање нужне друштвене потребе за аутентичном адвокатуром.

И то је срећа за Српску па и Југословенску адвокатуру. Само такве личности су могле да одрже адвокатуру у њеним кризним временима.

Захваљујући његовом политичком инстинкту, као и оних његових следбеника који су га у овом послу пратили, адвокатура је валоризовала сваки тренутак политичке либерализације друштва и постепено, из године у годину, постајала све самосталнија и независнија.

Адвокатура Србије и Југославије стекла је дужно поштовање адвокатуре Европе и света. То потврђује њено чланство у Међународној унији адвоката.

За члана Управног одбора адвокат Трнинић је први пут изабран на Скупштини Адвокатске коморе Србије одржаној дана 27. маја 1956. године. У то време адвокат Трнинић је био још адвокат у Шапцу. Председник Управног одбора АК Србије био је Првослав Васиљевић а заменика Председника Слободан Суботић. Приликом конституисања Управног одбора за секретара је изабран Милован Јовановић. Но, како је већ почетком 1959. године адвокат Првослав Васиљевић напустио адвокатуру пошто је именован за Генералног директора југословенских пошта, то је за в. д. Председника Управног одбора именован Милован Јовановић а за секретара УО постављен је Драгослав Трнинић.

На следећој изборној Скупштини Драгослав Трнинић је поново изабран за члана УО а приликом конституисања УО и за секретара.

Овај избор је поновљен и на Скупштини од 27. маја 1962. године .

Дакле дужност секретара УО адвокат Трнинић је вршио у три мандата а у времену од почетка 1959. до 1966. године.

За Председника Управног одбора Адвокатске коморе Србије први пут је изабран на Скупштини од 27. јуна 1976. године. Овај избор је поновљен и на Скупштини од 21. јуна 1980. године с тим да је сада имао назив Председник Председништва АК Србије.

Као председник Управног одбора Адвокатске коморе Србије адвокат Драгослав Трнинић је у 1977. години обављао и функцију председника Председништва Савеза адвокатских комора Југославије са мандатом од једне године.

У време док је вршио функцију председника Председништва Савеза адвокатских комора, одржан је Конгрес Међународне уније адвоката у Загребу, од 5. до 9. септембра 1977. године. На тој функцији дао је велики допринос око организације и рада Конгреса као и закључака који су тада донети а који су се односили на проблеме адвокатуре.

Иначе, у Савезу адвокатских комора Драгослав Трнинић је био веома активан и пре избора за председника Председништва. У два мандата вршио је и дужност генералног секретара Савеза, од 1968. до 1976.

Активан рад Драгослава Трнинића у органима адвокатских комора није престајао ни у време када он формално није вршио ни једну функцију у неком коморском органу.

Треба посебно нагласити да је адвокат Трнинић учествовао на свим скуповима Српске и Југословенске адвокатуре, увек као веома активан и значајан учесник.

Његови реферати о стању у адвокатури и њеним проблемима имали су посебну тежину и праћени су са великом пажњом. Кроз те реферате адвокат Трнинић је задирао у саму срж адвокатуре, у њен однос према друштву и друштва према њој, у материјални и организациони положај адвокатуре. Био је истовремено и критичан према адвокатури исказујући своје резерве према стручном и етичком нивоу у адвокатури.

У овим рефератима као и у чланцима по часописима Драгослав Трнинић је саопштавао своје ставове о проблемима адвокатуре, њеном материјалном и организационом положају у друштву, њеном стручном и етичком капацитету, шаљући тако поруке друштвено-политичким структурама какво је тада стање у адвокатури било а какво би требало да буде, коју позицију адвокатура жели да има у друштву и како аутентична адвокатура треба да буде друштвено позиционирана и респектована. Његови ставови и захтеви које адвокатура има према друштву били су реални и усклађени са постојећим друштвеним стањем. Истовремено и веома критични на стручне и етичке капацитете припадника адвокатуре.

Али у бројним споровима држава–адвокатура, адвокат Трнинић је био на страни адвокатуре. Разуме се, када су ставови адвокатуре били професионално оправдани. То најбоље потврђују његови ставови у случају адвоката Суботића и адвоката Батавељића. Будући уверен у њихову политичку и професионалну исправност и невиснот као и њихову посвећеност адвокатури, када је започет њихов политички и кривично-правни прогон стао је на њихову страну и људски и професионално. Бранио их је на суду од кривичног прогона али и у политичким и управним органима Коморе од политичког прогона. Тако је бранио не само своје лично професионално достојанство, већ и достојанство адвокатуре као слободне и независне професије. Ова два случаја најбоље одсликавају Трнинићево лично и професионално поштење. Због тога ова два случаја имају посебно место у овим сећањима на Драгослава Трнинића.

Када је реч о кривичном процесу против Драгана Батавељића, Драгослав Трнинић није имао дилеме да и професионално и људски пружи

заштиту адвокату Батавељићу. Добро га је познавао и као човека и као адвоката, знао је колико је он одан адвокатури и колико је потребан адвокатури те да његов подсмешљив осврт на Титово „писмо“, не доводи у питање ни његову друштвену исправност.

Што се тиче адвоката Суботића, треба нагласити да политички ставови адвоката Суботића и адвоката Трнинића нису били у истој равни. У овој тачки међу њима су постојале битне разлике. Међутим, адвокат Трнинић је добро знао лично и професионално поштење адвоката Суботића као и његову бескрајну оданост аутентичној адвокатури, па је и одбрана адвоката Суботића значила и одбрану такве адвокатуре.

Адвокат Суботић је опет изабрао Трнинића за браниоца у оправданој вери да су његова професионална стручност и честитост изнад сваке политике. И није се преварио. После тога се међу њима развило и породично пријатељство. Коначно, адвокат Трнинић је управљачку школу у адвокатури учио од адвоката Суботића.

И поред обимног професионалног рада у својој адвокатској канцеларији, затим веома ангажованог рада у органима адвокатских комора, адвокат Трнинић је био стручно ангажован и на државном нивоу. Наиме, од Савезног извршног већа био је именован и за члана Правног савета Југославије у три мандата. Ово је једини случај у том времену да један адвокат буде именован на овако високу стручну функцију у Влади Југославије. Сама ова чињеница имала је изузетну тежину и значај за углед целокупне адвокатуре.

Заслуге адвоката Трнинића за опстанак и развој аутентичне адвокатуре у Србији, па и Југославији, су немерљиве. Знамо каква је адвокатура у Србији била у његово време и каква је данас, али не знамо каква би била да није било Драгослава Трнинића у адвокатури и на њеном челу.

5. Признања

У току свога животног и радног века адвокат Трнинић је добио бројна признања. Сва ова признања односе се на рад у адвокатури и за адвокатуру.

Ево тих признања:

1. Плакета АК Србије, додељена 1975. године „за допринос у афирмацији адвокатуре и њеном угледу у друштву“.

Било је то једно од првих признања након ступања на снагу Правилника о установљењу *Плакете Адвокатске коморе Србије,* усвојеног на Скупштини од 27. марта 1973. године .

2. Повеља Југословенске адвокатуре која је додељена 13. новембра 1980. године поводом обележавања 50 година од оснивања Савеза Адвокатских комора Југославије „у знак признања и захвалности за изванредан допринос развоју и унапређењу адвокатуре у Југославији и њеној афирмацији у иностранству".

3. Плакета Адвокатске коморе Ниша, додељена за допринос развоју и унапређењу адвокатуре.

4. Орден Републике са сребрним венцем, који је додељен Указом Председника СФРЈ Јосипа Броза Тита бр. 127 од 10. новембра 1978. године „за нарочите заслуге на афирмацији и унапређењу адвокатуре у Србији".

Овај Орден адвокат Драгослав Трнинић је добио заједно са адвокатима Милованом Јовановићем и Др. Александром Микулићем.

Истовремено са поменутим адвокатима одликовано је још 20 адвоката различитим орденима.

Такође је овог пута одликована и Адвокатска комора Србије Орденом заслуге за народ са сребрним зрацима.

Треба посебно нагласити да заслуге за ова одликовања припадају превасходно адвокату Трнинићу који је захваљујући свом ауторитету код надлежних државних органа успео да ова одликовања избори.

6. Закључак

Из претходног излагања добили смо праву слику Драгослава Трнинића као адвоката.

Али, Драгослав Трнинић је био пре свега човек, са свим врлинама и манама, ни њему све што је људско није било страно. Имао је он и својих мана али су оне биле потиснуте врлинама, остале неприметне и занемарљиве па тако и ван наше пажње.

Драгослав Трнинић је волео живот и људе. Био је отворен и комуникативан. Имао је велики број пријатеља на простору читаве Југославије. Радо је са свима одржавао редовне комуникације, састанке и дружења. Према правим пријатељима био је искрен и одан.

Драгослав Трнинић није био „кафански човек".

Био је одан породици. Породица и адвокатура били су његове две велике љубави и два уточишта.

Као и сваки човек имао је људску потребу за повременим опуштањем после интензивних професионалних напрезања. Једна од његових љубави у тим опуштањима био је шах који је често и радо играо са пријатељима и колегама.

Драгослав Трнинић је волео спорт. У младости је био запажени фудбалер ФК „Мачва“ из Богатића.

С обзиром на своје сељачко порекло имао је исконску љубав према земљи и потреби да јој се посвети. Имао је викендицу са малим плацем у Гроцкој. Тамо је проводио слободно време садећи и негујући воће и поврће. Ту је испуњавао своју физичку активност што га је одржавало у доброј физичкој кондицији.

То му је био прави одмор од напорног професионалног рада .

Љубав према селу у коме је рођен, браћи и сестрама који су тамо остали носио је до краја живота и ту љубав је испуњавао честим посетама.

Већ је речено да је био у свему изузетно скроман. У адвокатуру није ушао да би се обогатио, и у њој се није ни обогатио, а да је хтео могао је, имајући у виду обим обављених посла у адвокатури. Материјални аспект професионалног рада није био предмет његове нарочите пажње.

Драгослав Трнинић је био идеолошки лево орјентисан. Као такав био је и члан Комунистичке партије, али никада њен војник. И као члан једне тако ауторитарне партије остао је свој. Друштвене догађаје је осматрао кроз своју оптику а процене доносио „својом главом“. Његов лични интегритет и слобода били су изнад партијске догме.

Драгослав Трнинић није био верник, јер то би било страно његовој природи која је била испуњена интелектуалном радозналошћу, као и његовој идеолошкој припадности. Међутим, његово понашање, како у професији тако и у свакодневном животу, било је дубоко утемељено на изворним хришћанским принципима, принципима части и морала које је стекао и изградио породичним васпитањем још у раном детињству.

Драгослав Трнинић није итишао. Он је само физички нестао из свога и наших живота. Његов дух је остао у адвокатури Србије.

Наш велики песник Јован Дучић је рекао: *Умрети то није ништа. Нико не зна какав је језив страх од заборава. Бити заборављен то је најсвирепија одмазда смрти над животом.*

Генерације адвоката које су данас у адвокатури, као и будуће које ће у њу доћи, дужне су да сачувају сећање на Драгослава Трнинића, да сачувају његов дух у адвокатури Србије, да у његовом случају не дозволе одмазду смрти над животом .

UDK: 347.965:929 Губерина В.

Илија Радуловић

Адвокат из Београда

КРАЉУ АДВОКАТА СРБИЈЕ ПО КАРИЈЕРИ – ВЕЉКУ ГУБЕРИНИ

Из хексагона природних права, као што су то право на живот, право на имовину, право на слободу, право на правду, право на правну државу и право на интелектуална и културна права – адвокат брани сва ова права.

Као што се Христос издваја међу људима, као што се *Библија* издваја међу књигама, као што се гробље издваја међу боравиштима, као што се вечност издваја међу временима, као што се Бела Хамваш издваја међу књижевницима, тако се Адвокатска делатност издваја међу свим људским делатностима.

Ова делатност одозго користи онај чудесни и чаробни Мојсијев штап у заустављању зла безакоња и успостављању добра Закона да би законско Дрво живота победило безакоње са Дрвета познања добра и зла!

Очигледно да ова људска делатност има нечег аутентично метафизичко-онтолошког, јер се на њу односи мисао Максима Исповедника, која долази Одозго: „Нико се не спашава сам, него увек са другима. Свако је због другога рођен.“

И Талмуд се придружује овом светлоносном коридору, сведочећи:

„Ако спасиш једног човека, онда си спасио цело човечанство“.

На овом метафизичко-сотиролошко-онтолошком коридору налази се мисао ловћенског песника:

Над свом овом грдном мјешавином,
Опет умна сила тожерствује,
Не да се да је зло побиједи.

Вељко Губерина, грађанин света, по осећању Србин, адвокатске вероисповести, адвокатски великодостојник, у овој издвојеној, посебној, уникатној људској делатности, постао је Краљ адвоката Србије по каријери!

Својим одбранама, књигама и јавном делатношћу заслужио је да буде изабран у Српску академију наука!

Зашто?

Бранио је 618 убистава од Марибора до Битоља, са примећеним успехом, с обзиром на то да је остварио 47 тзв. ослобађајућих пресуда!

Овај број убистава која је бранио говори о тежини кривичних дела у којима је овај „СВЕДОК ИСТОРИЈЕ“, дакле, Вељко Губерина презентирао своја *апологетска слова,* имајући у виду да није свеједно бранити некога за кривично дело убиства, или, некога за кривично дело тешке телесне повреде!

Судови су изрекли, у ових 618 случајева, веровали или не, 47 смртних казни од којих је 10 извршено, па тај податак илуструје аксиолошки или вредносни суд да је овде реч о одбрани најтежих могућих кривичних дела!

Као што се Јаков рвао целу ноћ са Богом све док га Бог није благословио и назвао Израиљем: изабраним народом Божијим, тако се Вељко Губерина борио у својим адвокатским одбранама да логос буде јачи од ероса, да закон буде јачи од силе, да истина буде јача од лажи, да Антигона буде јача од Креонта, да Витлејемска штала буде јача од Иродовог Двора, да *Суд закона* буде јачи од *Суда потребе,* да Advocatus Dei буде јачи од Advocatus Diaboli, па је тако успео да помилује 32 своја брањеника од изречене најтеже казне.

Као тзв. Кордунаш по свом најдубљем чувству налази се на оном коридору Гетеове мисли, која гласи:

Ја сам био човек, дакле, само борац!

Иначе, све проблеме решавао је у *истини*, дакле, у Христу, јер живећи међу проклетницима, отимачима, насилницима, злочинцима, лажоносцима, безаконицима, никога није мрзео и зато је живео у савезу са љубављу и са милошћу Господњом. На овај начин је остварио тзв. еноховску егзистенцију.

То је његов живот на овој нашој „лађици грднога постојања“, јер само такав живот представља „излаз из времена“, „атом вечности“, придруживање овог времена оном што се означава као вечност.

Ако нема вечности, онда нема ничега, па зато Вељко Губерина стално понавља да „живи за историју“.

Ипак, он добро зна да је ово Земља и да истини овде није место, али зна да је то мисао живота док га смисао живота саветује и заветује:

Истину упознај, истина ће те ослободити (Христос).

Истина нам каже да је јавни живот у свету и на овом нашем простору вараличан, галамџијски, површан, шупљољудски, затворен, паганski,

контролисан, сокачкоолошки, неправедан, неједнак, мада једнакости нема ни у Царству Божијем него је има само у Духу пред Богом.

Међутим, последња антрополошка тајна неће се открити у послушности, нити у једнакости, него у стваралаштву, алиас речено, нови живот се не ствара моралом послушности већ једино борбом против друштвених грехова.

Због тога се одазвао позиву Истине да као алетес, нескривени, незаклоњени, отворени духовно необучени *човек одозго* каже оно што је имао да каже у овој јединственој људској делатности:

Онтос мој је примена Закона; спасење моје и слава моја, град и пристаниште моје налази се у његовој примени.

Ову мисао живео је у временима када глас закона никад није био тиши, беспомоћнији, нити је уважавање Бранилаца било ниже, маргиналније, неприметније и увредљивије, па се борио да чињеница буде чињеница, доказ да буде доказ, спречавајући да се деси тзв. *iustic mort*, или, судско убиство !

Овако конципирана адвокатска делатност је „со закона“, Коперник друштвеног живота, Мојсијев штап у одбрани добра закона од зла безакоња.

Зато су овакве адвокатске одбране заслужиле вечни мементо, вечно сећање, вечни живот у САНУ, јер је то у интересу човека и у интересу народа који без владавине закона не живи у друштву него на животињској фарми !

Ако се у свету не примењује истина, него већина, онда ово што се десило са неизбором Вељка Губерине у Академију наука, није само усуд овог простора!

Напротив!

Јеврејски народ као изабрани народ света, у коме је рођен Исус, није познао у Исусу Христу помазаника, него га је одбацио противзаконитом пресудом I.N.R.I.

Он је непоколебљиво веровао једино у своју бесмртност, али не у бесмртност личне душе.

Нема сумње да је Јеврејски народ метафизички народ, јер је без њега, како каже Николај Берђајев, немогућа хришћанска историја.

Но, уместо да Исуса прихвате као Сина Божијег додељују му Голготу и Крст, па тако потврђују да ко гледа, не значи да види!

И Грци не виде Сократа као мудраца, него као кваритеља омладине Атинске.

„Слична мени нећете наћи, Атињани“, упозорава Сократ!

Уместо признања Сократ пије незаслужену, неправедну и противзакониту чашу кукутиног отрова.

Коначно, Марија Кири Склодовска (1867–1937), добитница Нобелове награде за физику – радиоактивност, 1903. године, добитник Нобелове награде за хемију 1911. године; добитник осам других највисочијих награда; добитник 16 медаља у вези научних признања; 19 почасних доктората универзитета; 17 почасних чланстава академија наука; прва жена професор на Сорбони, 1908. године; прва жена која је стекла докторат у свету међу женама, доживела је да не буде изабрана за члана Француске академије наука, 1911. године, пошто су јој недостајала два гласа.

Ако изабрани народ није приметио помазаника међу собом, ако грађани Атински нису препознали мудраца у Сократу, ако Француски народ, којег краси лепота духа, није адекватно одвредновао једну двоструку добитницу Нобелове награде и вишеструког лауреата свих могућих светских медаљона признања у вези њених научних остварења, ако Милош Црњански и Данило Киш нису изабрани у ову Академију, онда се могло десити ово што се десило са академским неизбором Вељка Губерине!

Иначе, овај државни простор је простор колектива, а не индивидуа и личности; ово је простор у коме су једнаки „књаз и терзија, судија и свињар"; ово је простор који не трпи и не подноси изузетне; ово је простор који не трпи издвојене; ово је простор који не трпи господственост и отменост; ово је простор у коме се теже изговара реч *їосподин* од губитка најскупоценије *њиве;* ово је простор затворености и у коме нема места било каквој индивидуалности; ово је простор у коме власт гледа на Скупштину као на своју „личну писарницу", на Устав као на нешто што се не примењује, на Државу као на свој домазлук и на судије као на своје тзв. ћирице, које ставља испод сача своје самоволје.

Уосталом, једини Нобеловац лепе речи на овим просторима каже:

„Живећи међу људима ја сам се питао стално зашто је све оно што је духовно и мисаоно тако немоћно, без одбране и неповезано у себи, тако зазорно друштву свих времена и тако страно већини људи.

И дошао сам до овог закључка:

Овај свет је царство материјалних закона и анималног живота, без смисла и циља са смрћу као завршетком свега. Све што је у њему духовно и мисаоно нашло се неким случајем као што се цивилизовани бродоломци са својим оделом, оружјем и пртљагом нађу на неком далеком острву, са посве другом климом, насељеним зверима и дивљацима.

Отуд је свака велика и племенита мисао странац и патник. Отуд песимизам у науци и туга у уметности".

Ипак, Вељко Губерина учествује у писању тротомне *Историје адвокатуре Југославије* и *Историје адвокатуре Србије*, учествује у мисионарењу истине о отетом Косову, имајући у виду да је одрастао у Светлости Косовског Мита.

Ово је најбољи тренутак да се исприча *Сведочанство бившег дечака*.

Из околине Вргин Моста и Глине скупљено је на превару преко 1.200 мушкараца, жена и деце, који су после тога доведени у Цркву у Глини и ту су поклани. Сви су били Срби, православне вере, безазлени сељаци, нешто мало ситних чиновника и занатлија. Међу њима су била три рођена ујака Вељка Губерине, три његове ујне и шесторо његове браће и сестара од ујака, дакле, дванаесторо људи из његове најближе породице!

Углавном, сви ови људи и деца, у ноћи између 3. и 4. августа 1941. године, поклани су у Глинској Цркви осим једног дечака, Љубана Једнаког. На основу казивања овог дечака песник Иван Лалић написао је дирљиву песму под насловом: *Опело за седам стотина из Цркве у Глини*.

Није му се десила мржња, него му се десила љубав старца Зосиме:

„Волите све Божије створове, и целину, и свако зрно песка. Сваки листић, сваку зраку Божију волите. Волите животиње, волите биље, волите сваку ствар.

Будеш ли волио сваку ствар – тајну ћеш Божију разумети у стварима.

Ово је дар Божији, велики и не даје се многима него малобројнима“.

Овим даром малобројних гледао је на живот са златом у очима, са љубављу, са светлошћу, са епохама, са еонима еона, са смислом, са вековима векова, са очима „изван сваког зла“, не псујући тмине, него је радије палио светлост љубави својим животом.

Знао је да где је Светлост, ту је његов Пут, где је Пут, ту је његово Позвање, где је Позвање, ту је његово Остварење, где је Остварење ту је његов Смисао, где је Смисао, ту је његово Спасење, где је Спасење, ту је његово Овековечење!

Наше право бивство налази се у ономе што смо стварали, а не у ономе што смо разорили.

Ништа, ама баш ништа нас не може задовољити, ни чулно уживање, ни богатство, ни слава, ни моћ, ни успех, ни сјај, ни власт, ни опсена, ни чаролија него само једно једино: Коначно, напокон, *бити човек*, јер је то циљ благословене историје.

Бити човек! Рођен без своје воље и свога знања. Бачен у океан постојања. Морати пливати. Носити идентитет. Постојати. Издржати атмосферски притисак свега око себе, све сукобе, непредвиђене и непредвидљиве поступке своје и туђе, који понајчешће нису по мери наших снага. И поврх свега, издржати своју мисао о свему томе.

Укратко, *бити човек*! (И. Андрић)

Овај скуп доживљавам као Адвокатску Ханаку, или, Свечаност Светла, као скуп Глава пуних Сунца па уз вашу сагласност предајем **Вељку Губерини** ову *Чашу избора* у сакралну Академију бесмртности.

Ова Академија је изнад профане и „слабостима за земљу привезане“ Српске академије наука и уметности!

Ова друга је *дан*, она прва је *вечност*!

Гледам и видим Николу и Милу Губерину, Горе, на Небу, у светлости њихове испуњености и плироме, како посматрају ово данашње учлањење њиховог Сина, Вељка Губерине, у Ланац изабраних бесмртника, или, Aurea Catena!

Осећам њихову радост што је њихов Син постао не пролазна вест пред Човечанством, него Вечност пред Богом, која се на Ловћену, дакле, на Крову наше Отаџбине (не државе), доживљава онако како то ловћенски песник каже:

Благо томе,
Ко довијека живи,
Имао се рашта и родити.

У Београду, 21. октобра 2010.

ПРИКАЗИ

Књига *Одвјетничке године*, адв. Јосипа Муселимовића, Мостар 2008.

Тихи глас је Глас Господа!

Одвјетничке године Јосипа Муселимовића су Сикстинска капела слика из прошлих, садашњих и будућих судница. Ове судничке слике стваране су *одозго*, од Бога, ut Deus! Оне су прављене од светлости, љубави, путева, нада, истина, смисла, добрих воља, спасења, помоћи, служења другоме, правде и љубави. Сви ови атрибути, духовни атрибути су звезде правне галаксије ове Сикстинске капеле. Иначе, ова правна галаксија чини садржину схватања права да је право право уметност доброг и праведног, или, veri iuris est ars boni et aequi!

Santa Sede, или Света Столица оваквог права је у Богу, а његова sedea gestatoria је Небо!

Наиме, право верско осећање је космичко осећање. То осећање порађа Зосимовско метафизичко схватање света:

„Волите све Божије створове, и целину и свако зрно песка. Сваки листић, сваку зраку Божију волите. Волите животиње, волите биље, волите сваку ствар. Будеш ли волео сваку ствар, тајну ћеш Божију разумети у стварима“.

Оваква љубав је Сава Бохињска и Сава Долињска Духа, који плови кроз Универзум и кроз светове и чија барка може да стигне све тамо до Сунца и до Светлости. Тај Дух осећа веру, веру у величанствени васељенски круг у коме се збивају путовања светлости, величанствена кретања и чудесна кружења. Та вера је вера у коју се верује! Она може да се упражњава свакодневно, јер су њене катедрале свуда и оне су слободне од ритуала и камилавки. Њена катедрала је цео небески свод са свим полијелејима звезда, са богомесецом ноћи и богосунцем дана. Тог космичког верског осећања има у сваком псалму и у свакој речи умбријског свеца, Фрање Асишког. То је вера која може човека да доведе на ње-

гово право место. Таква вера је велики Божији дар, који се не даје многима, него малобројнима.

Не знам, стварно не знам да ли је Јосип Муселимовић, алиас речено, адвокатски Зосима и Фрања Асишки **свестан** ове велике Божије благодати коју је Свети Дух ниспослао на *њега*, али знам да је књигу *Моје одвјетничке године* могао да напише само човек ове и овакве вере *одозго*!

Само ова Вера може да пише и говори о најконтроверзнијим правним питањима тихо, тибетански мирно, лако, жуборећи као планински поток, милосрдно, добром вољом, без конфликата, без дашка негативног афекта, светло, путно, литерарно, прецизно, одређено, решавајуће у смислу правне победе *суда закона* у односу на *суд потребе*, тражећи бранилачко решење и у ситуацији коју еуклидовски дух, иначе, доживљава као ситуацију у којој би немогуће морало да победи могуће!

Ове светлоносне особине Јосипа Муселимовића, одвјетника и писца, примећује један од оцењивача ове књиге, Нино Гвоздић, рекавши:

Можда је мјерило успјешности (Јосипа Муселимовића) у томе да се сукобљава без конфликта!

Имам неподношљиво осећање да ово „сукобљавање без конфликта“ само може да оствари дух умбријског свеца, Фрања Асишког с обзиром на то да живимо у свету Магбета. Господари који господаре овим светом су снага, моћ, властољубље, крв, рат, лаж, целисходност, каријера, мржња, завист, љубомора, болест, зло, борба, апетит, амбиција, сјај, чаролија, опсена, отимачина, профит, успех у координатама дана. И пред оваквим господарима повлаче се сви анђели добрих вести. Све иде по неком демонском законику. Једина моћна сила је зло извршено силом. Поставити за циљ добро значи унапред доживети неуспех. Тема зла је основна тема ове светске симфоније.

Сувише се велика крвнина плаћа за овако мали живот имајући у виду да је било 3.500 ратова за 150 година мира, или, 90 година ратовања за 10 година мира!

Адвокатски Терапонт (иначе, антипод старцу Зосиму) каже да када се сејао овај свет овде су бачени кукољ и кукута ради производње отрова за целу Васељену!

Међутим, адвокатски Зосима, дакле, Јосип Муселимовић, види да је борба сила; сила да је снага; снага да је насиље; да је право силе, од неолитских законика и закона џунгле до Прудона и Јеринга, основа ius gentiuma; да је та сила de facto право; то право de facto је правда; та правда de facto је власт!

Ипак, Јосип Муселимовић зна псалмичну истину „да све што затражимо вером, добићемо“, па он види невидљиво као видљиво, непостојеће као постојеће, немогуће као могуће!

Он то не остварује борбом схваћеном као „крвотоком живота“, него у свом одвјетничком раду тражи, проналази и резултира **само** по коридору вере да ће верујући добити „све оно што затражи “. Зато у овим његовим Сикстинским сликама из вечних судница нема вике, дреке, галаме, прејаких речи, ватре, земљотреса, олуја, цунамија, вређања, клеветања, повишеног тона, него само његовог тихог гласа веровања!

Он зна да је *тихи глас*, Глас Господа. Овај његов *тихи глас* добио је моћ, снагу, силу Одозго проналазећи правни Аријаднин Конац у ових 16 **литерарно бриљантно** испричаних случајева.

И тако, немогуће правно постаје могуће! То је велика победа Суда закона, али она као **мањина** представља светлост у мраку владајуће **већине** безакоња, или, lux in tenebris lucet!

Овај рад Одозго сматра да је максима fiat lex et pereat mundus, или, нека буде закон, па макар свет пропао, једно право и аутентично човекоборство, с обзиром на то да се примена закона може **само** обезбедити (као прва реч адвокатске делатности) на коридору веровања у Бога, дакле, уз помоћ Господњу. То је вера старозаветног пророка Јоне, који је уз њену помоћ изашао из утробе велике рибе!

Исто тако, Јосип Муселимовић поодавно **је сазнао** да ићи *суду* не значи ићи правди, нити закону пошто су *суде* убиле Христа, него да ићи *суду* значи ићи месту на којем ће својим адвокатским Мојсијевим штапом *суду потребе* испречити и супротставити с*уд закона* и тако омогућити примену закона!

Дакле, адвокатски *логос* Јосипа Муселимовића је примена закона и спречавање тзв. iustic morta, или судског убиства, које се увек дешава када неко лице буде осуђено без доказа а његов адвокатски Тао (Пут) је Вера да веровањем може да оствари „што год затражи“!

Наравно, овај адвокатски Тао и Логос иду преко обавезне Голготе, јер она је condictio sine qua non сваког Васкрсења!

И Христос је преко Голготе од *човека* постао Богочовек!

Мисао вечности не заборавља оне у одвјетничкој делатности „који су се имали рашта и родити“, па у знаку овог мемента нужно је да споменем лична имена мостарских адвокатских бесмртника: др Антона Маринковића, др Борише Смољана, др Рада Смољана, др Јакше Милковића, др Илије Јаковљевића, др Ивана Кордића, др Цвитана Спужевића, др Божидара Божића, др Петра Мандића, др Бранислава Мандића, др Влатка Тамбића и др Слободана Тамбића.

Ови правни бесмртници заменили су овоземаљске пролазне црне тоге са вечним небеским оделима светлости, па их сада видим и чујем како нама, овде, у овој Сали, аплаудирају Гласом за законом и правдом

као Осмим Блаженством, захтевајући од нас примењивање закона тако што ћемо **верујући** добити „што год затражимо“!

Јосипе Муселимовићу, одвјетниче, књижевниче и човече *одозго*, поздрављам Те новозаветним поздравом:

„Нека Ти све буде у Светлости и на Дрвету живота“!

Илија Радуловић
адвокат из Београда
(Сарајево, 4. октобра 2008)

Књига *Транссахарска железница* Радослава Недића, адвоката у Београду

После прве књиге *Мој роман* (Народна књига 2001), другог романа *Смрт̄ у Паризу* (Партенон 2006) и његове верзије на француском језику (*La mort a Paris* – Casbah edition) у Алжиру, збирке прича под насловом *Причам т̄и…* (Партенон 2008), Радослав – Дуја Недић наставља своју плодну списатељску делатност романом *Транссахарска железница* (Апостроф 2010).

После ауторове вечне инспирације – Париза и „његовог потпуно новог типа хероине Јелице, који обогаћује српску књижевност новим женским ликом“ (Момо Капор), он налази нову инспирацију у Алжиру, где је обављао дужност амбасадора СРЈ и СЦГ у периоду 2002–2006, или, боље речено, у величанственој Сахари „која се попут непрегледног пешчаног океана протеже преко 2.500 хиљаде километара од Медитерана, све до граница Нигера и Малија на југу, и скоро исто толико од Туниса и Либије на истоку, до Марока, Западне Сахаре и Мауританије, на западу“.

Аутор, после описа поднебља и прилика у Алжиру, упознаје читаоца са својих шест пријатеља (три мушкарца и три жене), са којима ће кренути на безазлени излет у пустињу, али ће убрзо постати заробљеници групе терориста, који их воде као таоце кроз пустињу у суровим условима неподношљиве врућине и пешчане олује, са неизвесним крајем, који лебди на самој ивици живота и смрти, а у описивању настале ситуације, „сликовитост ауторове нарације још је један особени квалитет“ (Срба Игњатовић).

Даља радња романа, неоспорно занимљива, тече питко и ненаметљиво, а у моменту када сурови вођа терориста осуђује једног члана групе (адвоката Мустафу) на смрт, досеже драмску напетост достојну филмског трилера. Ситуација ће се потпуно преокренути када наратор (случајно!) сазнаје да је вођа терориста, одбегли пуковник алжирске авијације Јасер Ел Мара, некада студирао у Београду и Сарајеву, да говори одлично српски језик и да је био ожењен Српкињом, са којом има две ћерке.

Предсказање овог обрта, наратор је доживео у сну у коме путује са друштвом кроз пустињу непостојећом транссахарском железницом, са

јединим возом, чијом локомотивом управља пуковник Јасер Ел Мара. Он ће му рећи да ће их ослободити када буду стигли до краја пустиње.

Током боравка у пустињи, у потпуно ненормалним условима, догађају се зближавања појединих чланова групе, која прерастају у љубав, а најинтересантнија ће бити љубав између Надије (једне од три девојке) и пуковника Јасера, која ће се завршити „у оази снова“, како каже аутор.

Вештим вођењем многих дијалога, Дуја Недић постиже задивљујућу динамику, достојну писаца са много већом „репутацијом“ од њега. Она се, између осталог, огледа у брзом размишљању, логичним питањима и одговорима и нарочито у описивању догађаја са изненађујућим обртима, који читаоца држе у сталној напетости и жељи да књигу не испушта из руку док је не прочита.

У галерији занимљивих ликова, свакако, аутор у улози наратора, заузима значајно место. Посебан му је квалитет што себе све време држи у другом плану и истанчаним осећајем ненаметљиво води читаоца кроз радњу романа, дајући примат осталим ликовима, али и вешто их приказујући са свим позитивним и негативним особинама. Најлепше у свему је то да му читалац верује.

Свакако да међу ликовима посебну пажњу привлачи наочити, али робусни и сурови пуковник Јасер Ел Мара, за кога аутор на једном месту каже: „Он је одабрао свој животни пут када се определио за одметништво, али није у себи избрисао душу, поштење, људскост... Показао је да у његовој души има места за узвишено осећање које се зове љубав“.

За роман „Транссахарска железница“ слободно се може рећи да се жанровски може упоредити са најпопуларнијим књижевним делима домаће и стране литературе. Аутор је својим четвртим књижевним делом досегао завидну списатељску зрелост, што се могло и очекивати, имајући у виду његов перманентни напредак. Он пише већ препознатљивим, лаганим, читким и разумљивим стилом, који плени читаочеву пажњу, како садржином текста, тако и лепотом изражавања.

Како сам аутор каже, већ је припремио за издавање нову збирку кратких прича и увелико ради на новом роману, који ће представљати наставак приче из романа „Смрт у Паризу“. Пожелимо му пуно успеха.

Др Неђељко Јованчевић,
Главни и одговорни уредник *Браничa*

Др Недељко Јованчевић

Главни и одговорни уредник Бранича

Расправе о Нацрту Законика о кривичном поступку

Након што је Влада Србије објавила текст **Нацрта Законика о кривичном поступку**, АК Србије је организовала дава скупа крајем 2010. године, на којима је вођена дискусија о овом предложеном законском пројекту, веома значајном за друштво у целини а тиме и за саму адвокатуру.

Први састанак је одржан у организацији Комисије Адвокатске коморе Србије за израду ЗКП, 3. новембра 2010 год. у Новом Саду, на којем су заузети начелни ставови:

1. Предложени модел истраге, који је стран нашем правном систему, правној култури и природи правног образовања, треба посматрати као последицу нужне хармонизације кривичног поступка са потребама међународне кривично-правне сарадње;
2. Почетак примене новог модела истраге изискује брижљиву припрему, како у погледу обавезне обуке кадрова у правосуђу, тужилаштву, адвокатури и полицији, тако и у погледу за овакву обуку примереног *vacatio legis*-а;
3. Потребно је поновно испитати и кориговати предложена решења о доказној вредности процесних радњи које нису изведене пред судом и отклонити противречности у одредбама о основама за изјављивање жалбе и о границама испитивања првостепене пресуде.

Други скуп је организован у Београду 6. новембра 2010. године од стране Адвокатске коморе Србије и то као округли сто под називом „Нацрт Законика о кривичном поступку“. Учешће у дискусији су узели наши најпознатији процесуалисти, од којих издавјамо, проф. М. Грубача, проф. др М. Шкулића, проф. др Г. Илића, члана владине Комисије и др., док је расправом руководио члан Комисије за израду ЗКП, коју је Влада Србије формирала, др Слободан Бељански. На округлом столу био је

присутан већи број адвоката, али су били су ту и поједини припадници из судова и тужилаштва. Расправа је била плодна а многи присутни су узели учешће у дискусији, те су на крају једногласно усвојени следећи

Закључци

Предложени модел истраге, је стран нашем правном систему, правној култури и нашем правном образовању.

Адвокатура Србије је без резерве заузела став да досадашњи модел кривичног поступка (судске истраге) само треба ускладити са потребама времена и да је исти, што се тиче нивоа заштите људских права, на вишем нивоу од предложеног у Нацрту Законика.

Са друге стране, треба указати да је Радна група Министарства правде сачинила Нацрт новог Законика о кривичном поступку, који евентуално треба посматрати као последицу нужне хармонизације кривичног поступка са потребама међународне кривично-правне сарадње. У том случају овај Нацрт би могао да представља само основу за даљу стручну расправу, која изискује да стручна јавност, на овом и оваквом тексту нацрта законика ради више година, како би овај нацрт могао постати будући квалитетан процесни закон.

Ако би, ипак било одлучено да се уведе тужилачка истрага, почетак примене таквог модела истраге изискује брижљиву припрему, како у погледу обавезне обуке кадрова у правосуђу, тужилаштву, адвокатури и полицији, тако и у погледу примереног *vacatio legis*.

Уколико се не учине напори да се понуђени текст усклади са Уставом Републике Србије и достигнутим нивоом културних и традиционалних вредности нашег друштва, људска права наших грађана ће, у кривичном поступцима, бити угрожена.

Адвокатура Србије ће организовањем адвокатских трибина допринети изради текста Законика о кривичном поступку.

Надамо се да ће Владина комисија имати у виду наведене примедбе и да ће се отклонити сви недостаци у Нацрту Законика о кривичном поступку, да овај пројекат не би доживео судбину оног претходног из 2006 године.