ISSN 0353-9644

БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година CXXXVI • Нова серија

Број 3/2023

Београд

2023

Власник и издавач:
АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ
11000 Београд, Дечанска бр. 13/II
Телефон: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
www.aks.org.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); Др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ (2002–2017)

Главни и одговорни уредник

——— * ———

др Мирослав ПАУНОВИЋ
адвокат

Уређивачки одбор

——— * ———

Nevena FÜRST, адвокат • **Владимир П. МИЉЕВИЋ**, адвокат • **Оливер Б. ИЊАЦ**, адвокат

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
www.aks.org.rs; e-mail: a.k.srbije@gmail.com
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. 12. 2001. године, часопис је ослобођен од обавеза плаћања пореза на промет.
Штампано у 1000 примерака
Штампа Службени гласник, Београд

Овај број *Бранича* штампан је у октобру 2023. године.

Stamp
Bar Association of Serbia

BRANIČ

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

Year CXXXVI • New series

Number 3/2023

Belgrade

2023

Owner and publisher:
BAR ASSOCIATION OF SERBIA
11000 Beograd, Dečanska 13/II
Telephone:+381 11 32 39 875 – Fax: 32 37 082
www.aks.org.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); Nedeljko JOVANČEVIĆ, PhD (2002–2017)

Editor-in-chief

Miroslav PAUNOVIĆ, PhD
Attorney at law

Editorial Board:

Nevena FÜRST, attorney at law, **Vladimir P. MILJEVIĆ**, attorney at law
Oliver B. INJAC, attorney at law

Prepress: **Dušan Ćasić**

Address of the Editor

ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE
11000 Beograd, Dečanska 13/II – Tel.: +381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082
www.aks.org.rs; e-mail: a.k.srbije@gmail.com
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.* Bank account number: 205-12358-68
According to the opinion of the Ministry of Culture of the Republic of Serbia, number 413-00-1737/2001-04, of December 21st 2001, the journal is exempt from paying VAT.
Circulation: 1000 copies
Printed by Službeni glasnik, Belgrade

САДРЖАЈ

Увод 9

ЧЛАНЦИ

Проф. др Вања Бајовић, Никола Бошковић
Тајни надзор комуникације у светлу одлуке ЕСЉП
у случају Роман Захаров против Русије 11

Др Ђорђе Сарапа
Забрана тортуре и свирепих, нечовечних и понижавајућих
поступака и казни 40

Др Драган Нововић
Путеви обештећења жртава рата из Србије
(у вези са догађајима из Другог светског рата) 56

Владимир П. Миљевић
Поглед на неке повреде Кодекса професионалне етике адвоката
које нарушавају углед адвокатуре код странака 74

Новак Лукић
Пресуда у случају Станишић–Симатовић пред Међународним
резидуалним механизмом за кривичне судове
(Анализа могућих правних последица за Републику Србију) 80

Ацо Манојловић
Чији су ембриони 90

Др Игор Митровић
Социологија и филозофија права кроз призму социолошке
јуриспруденције 100

Мр Немања Јоловић
Осврт на спорна питања трошкова кривичног поступка 131

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА

Јордан Величков
Злоупотреба правног института стицање без основа 141

Сандра Миљанић
Преглед предложених измена Закона о држављанству Републике Србије 150

ПРИКАЗИ

Проф. др Татјана Јевремовић Петровић
Коментар Закона о привредним друштвима са одабраном судском праксом и регистром појмова (Приказ књиге професора емеритуса др Мирка Васиљевића) 159

Алекса Шкундрић
Кривичнно право Сједињених Америчких Држава (Приказ књиге професора др Милана Шкулића) 163

Владимир П. Миљевић
Наша професија – приказ чланка адвоката др Михаила С. Полићевића објављеног у „Браничу" бр. 9 за 1901. годину (репринт) 169

TABLE OF CONTENTS

Introduction 9

ARTICLES

Vanja Bajović, PhD, Nikola Bošković
Secret Surveillance of Communication in the Light of the ECHR Decision Roman Zakharov v. Russia 11

Đorđe Sarapa, PhD
Prohibition of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 40

Dragan Novović, PhD
Ways to Compensate War Victims from Serbia (Related to the Events of World War II) 56

Vladimir P. Miljević
Review of Certain Violations of the Code of Professional Ethics Damaging the Reputation of Legal Profession 74

Novak Lukić
Decision in Stanišić-Stamatović Case of the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals (Considerations of Possible Legal Consequences for the Republic of Serbia) 80

Aco Manojlović
To whom Embrio Belongs 90

Igor Mitrović, PhD
Sociology and Philosophy of Law trough a Prism of Sociological Jurisprudence 100

Nemanja Jolović, MA
Review of Certain Disputed Issues in the Matter of Costs of Criminal Proceedings 131

COMMENTARIES, DISCUSSIONS, RESEARCHES

Jordan Veličkov
Misuse of Legal Institute Unjust Enrichment 141

Sandra Miljanić
Overview of Draft Law on Amendments of the Law on the Citizenship of the Republic of Serbia 150

REVIEWS

Professor Tatjana Jevremović Petrović, PhD
Commentary on the Law on Companies with Selected Court Practice and Register of Terms (Review of Book by Professor Emeritus dr Mirko Vasiljević) 159

Aleksa Škundrić
Criminal Law of the United States of Amercia (Review of Textbook by Professor dr Milan Škulić) 163

Vladimir P. Miljević
Our Profession – presentation of article by Dr Mijailo S. Polićević, published in „Branič" No. 9 in 1901 (reprint) 169

УВОД

Поштоване колегинице и колеге,

Садржај и овог броја „Бранича" одредила су динамична друштвена догађања и непрестане промене у правном миљеу у коме адвокати делају.

Неки прилози се односе на опште теме и свакодневне професионалне активности адвоката – обрађују питања из области Кривичног права (трошкови кривичног поступка), Међународног кривичног права (домашај одлука Међународног резидуалног механизма за кривичне судове), и Облигационог права (стицање без основа). Сарадници су своје чланаке посветили и актуелним догађајима и појавама у друштву које су од интереса за адвокате (правни аспекти биолошки потпомогнуте оплодње, стицање српског држављанства, обештећење жртава Другог светског рата).

Из области које се тичу адвокатуре као професије, у часопису се разматрају питања повреда норми професионалне етике.

У „Браничу" су приказане и значајне књиге из пера истакнутих стручњака у правним областима од интереса за адвокате (Компанијско право и Кривично право).

И овај број часописа садржи прилог који је посвећен историји адвокатуре у Србији – преносимо читаоцима један чланак из „Бранича" из 1901. године.

Сви прилози у „Браничу" имају правни, аналитички и критички приступ одређеним појавама које су од значаја не само за адвокатуру, већ и за друштво у целини. На овај начин се следи уређивачка концепција часописа коју је усвојио Управни одбор Адвокатске коморе Србије, а која, између осталог, истиче да у адвокатском часопису треба да дође до изражаја и друштвена одговорност адвоката.

Уређивачки одбор са задовољством може да констатује да у „Браничу" сарађује све више младих адвоката, те да је отворен и за припаднике осталих правосудних професија и припаднике академске заједнице.

Септембар 2023. године Уређивачки оддбор

ЧЛАНЦИ

UDK

Др Вања Бајовић
професор Правног факултета Универзитета у Београду

Никола Бошковић
мастер права*

ТАЈНИ НАДЗОР КОМУНИКАЦИЈЕ

У СВЕТЛУ ОДЛУКЕ ЕСЉП У СЛУЧАЈУ *РОМАН ЗАХАРОВ ПРОТИВ РУСИЈЕ*

Сажетак:

У раду се разматра питање тајног надзора комуникације из визуре Европског суда за људска права, са посебним освртом на одлуку *Роман Захаров против Русије* којом је испитиван систем тајног надзора у Русији од стране полиције и обавештајних служби. Предмет анализе је посебна доказна радња *тајни надзор комуникације* предвиђена Закоником о кривичном поступку као и садржински исте мере регулисане Законом о БИА и Законом о ВБА и ВОА, и усклађеност ових мера са стразбуршком праксом. Поред тога, анализирано је и спровођење тајног надзора комуникације мимо законских одредби као и доказни значај материјала прибављеног од стране безбедносних агенција мимо Законика о кривичном поступку

Кључне речи: тајни надзор комуникације, кривични поступак, обавештајне агенције, ЕСЉП

* Сарадник у Вишем јавном тужилаштву у Панчеву

I. Увод

Неповредивост тајности писама и других средстава комуницирања загарантована је чланом 41 Устава РС,[1] који дозвољава одступања само на одређено време, на основу одлуке суда и на начин предвиђен законом и то ако су одступања неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије. Исто право гарантовано је чланом 8 ЕКЉП кроз гаранцију поштовања приватног и породичног живота, дома и преписке. Дозвољена законска ограничења односно одступања од овог права предвиђена су пре свега Закоником о кривичном поступку[2] и то у виду посебних доказних радњи, а у циљу вођења кривичног поступка, као и законима о безбедносним агенцијама (Закон о Безбедносно-информативној агенцији[3] и Закон о војно безбедносној агенцији и војно обавештајној агенцији),[4] а у циљу заштите безбедности Републике Србије. Наведени закони су у великој мери неусклађени, како терминолошки тако и садржински, што отвара врата правној несигурности и грађанину намеће логично питање ко и под којим условима „сме да нас прислушкује"?

Чланом 13 Закона о БИА прописане су посебне мере „којима се одступа од неповредивости тајне писама и других средстава општења" где, између осталог, спадају и тајни надзор и снимање комуникације без обзира на облик и техничка средства преко којих се обавља, као и надзор електронске и друге адресе, док Закон о ВБА и ВОА овлашћује ВБА да, у оквиру својих надлежности, тајно прикупља податке применом посебних поступака и мера који, између осталог, обухватају тајно снимање и документовање разговора на отвореном и у затвореном простиру уз коришћење техничких средстава, тајни надзор писама и других средстава комуницирања укључујући и тајни електронски надзор садржаја телекомуникационих и информационих система (члан 12, став 1, тачке 6–7). Уочљиво је да закони о службама безбедности, за разлику од ЗКП, не садрже одредбу којом изричито искључују примену мера тајног надзора и у становима, што је у директној супротности са чланом 40 Устава РС који гарантује неповредивост стана.

---

[1] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

[2] Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

[3] Закон о Безбедносно-информативној агенцији – Закон о БИА, *Службени гласник РС*, бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014 – одлука УС, 66/2014 и 36/2018.

[4] Закон о Војнобезбедносној агенцији и Војнообавештајној агенцији – Закон о ВБА и ВОА, *Службени гласник РС*, бр. 88/2009, 55/2012 – одлука УС и 17/2013.

Основни циљ обавештајних служби јесте заштита националне безбедности, а да би га ефикасно спровеле, разумљиво је да морају да поступају са великим степеном тајности у раду. Међутим, тајност поступања не значи и неограничена овлашћења, неспутана правним оквирима. Да би ове службе уживале легитимитет и поверење грађана, неопходно је да поступају у оквирима јасно постављених законских овлашћења.

У том смислу, Европски суд за људска права (ЕСЉП) наглашава да унутрашњи правни оквири морају бити јасни, доступни и предвидљиви, обавезујући државе чланице Савета Европе да законима пропишу минималне гаранције односно мере заштите у циљу спречавања злоупотреба. Дискутабилно је да ли такве гаранције постоје у Републици Србији, што је и предмет ове анализе. Питањем тајног надзора комуникација ЕСЉП се доста бавио у својој пракси, а у предмету Роман Захаров против Русије указао је на многе пропусте у руском систему тајног надзора, који су уочљиви и у нашем законодавству.

II. Легитимитет за подношење представке ЕСЉП

Предуслов за обраћање ЕСЉП је да је појединцу повређено неко право гарантовано Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода[5] као и да су на унутрашњем, националном нивоу исцрпљена сва правна средства. Међутим, када је реч о тајном надзору појединаца и последичној повреди елементарних права које оно повлачи, проблем је јер појединац најчешће не зна и не може знати да је био под надзором, осим ако се против њега не покрене кривични поступак или ако дође до „цурења" података на други начин.[6]

[5] Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода – ЕКЉП (*Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*), Закон о ратификацији, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005-испр. и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010 и 10/2015.

[6] „Цурење података" најбоље илуструје случај када је, пре пар година, један од министара Републике Србије коментарисао ауторски текст опозиционог политичара за један недељник и уз то је цитирао делове тог текста, што је већи број медија пренео. Проблем је једино представљала чињеница што тај ауторски текст заправо никада није објављен у недељнику за који је сачињен, нити у било ком другом медију, већ се само налазио у телефону уредника недељника?! *Саопштење редакције Недељника: Одакле министру Вулину текст из Недељника који никада није објављен,* Недељник, 20. фебруар 2020. године, https://www.nedeljnik.rs/saopstenje-redakcije-nedeljnika-odakle-ministru-vulinu-tekst-iz-nedeljnika-koji-nikada-nije-objavljen/, 25. септембар 2023. године.

У предмету Захаров против Русије подносилац представке, иначе уредник једне издавачке куће, није могао да докаже да је он односно његова комуникација била предмет надзора од стране полиције или обавештајних служби, већ је тврдио да позитивна законска решења у Русији дају могућност да сва комуникација мобилним телефонима буде под надзором. Конкретно, оспораван је Закон о оперативно-истражним радњама (ЗОИР) и Наредба донета од стране Министарства телекомуникација која је, по тврдњама подносиоца представке, омогућавала Федералној служби безбедности (ФСБ) неформално пресретање свих телефонских комуникација и без одобрења суда.[7]

Сходно томе, најпре се поставило питање да ли је подносилац представке уопште овлашћен на њено подношење будући да није располагао доказима да је „њему лично" повређено неко право загарантовано Конвенцијом? Члан 34 ЕКЉП не предвиђа институт *actio popularis*, односно не дозвољава појединцима да се жале на сам закон, *in abstracto*, већ се од подносиоца представке захтева да докаже да је директно погођен мером на коју се жали. Руковођен овом логиком ЕСЉП је у више наврата одбијао да испитује повреду права на приватност *in abstracto*, самим постојањем мера тајног надзора, без да појединац докаже конкретну повреду, њему учињену.[8] Међутим, у предмету *Клас против Немачке*, Суд је дозволио да појединац, у одређеним случајевима, може поднети представку којом оспорава саме мере тајног надзора на националном нивоу односно прописе којима су оне регулисане, а да не мора да докаже да је и сам био подвргнут некој од ових мера.[9] Овај приступ касније је поновљен у неколико случајева као и у предмету *Захаров*, уз образложење да само постојање прописа који регулишу тајни надзор на неадекватан начин и пракса њихове примене могу представљати претњу по грађане и утицати на слободу комуникације и друга права загарантована чланом 8 ЕКЉП.[10]

---

[7] *Roman Zakharov v. Russia*, App. No. 47143/06, пресуда од 4. децембра 2015. године.

[8] *Nejdet Sahin and Perihan Sahin v. Turkey*, App. No. 13279/05, пресуда од 20. октобра 2011. године, *Sabanchiyeva and Others v. Russia*, App. No. 38450/05, пар. 137; *Monnat v. Switzerland*, App. No. 73604/01, пресуда од 21. септембра 2006. године, пар. 31–32. X.

[9] *Klass and Others v. Germany*, App. No. 5029/71 пресуда од 6. септембра 1978. године, пар. 125–129.

[10] *Malone v. The United Kingdom*, App. No. 8691/79, пресуда од 2. августа 1984. године, пар. 64; *Weber and Saravia v. Germany*, App. No. 54934/00, Одлука о прихватљивости од 29. јуна 2006. године, пар. 78; *Ekimdzhiev and others v. Bulgaria*, App. No.

Појединац дакле може да поднесе представку позивајући се на кршење члана 8 Конвенције, без да доказује да је и сам био жртва тајног надзора односно да је према њему предузета нека од мера; у том случају Суд најпре оцењује усклађеност правне регулативе која регулише тајни надзор комуникације са одредбама ЕКЉП, испитујући да ли подносилац представке уопште може да буде погођен тим мерама због система који омогућава пресретање комуникације било ког лица, а затим процењује доступност и делотворност правних лекова на националном нивоу.[11]

III. Право на приватност у светлу ЕКЉП

Право на приватност је сложено право које је тешко дефинисати и није могуће таксативно набројати права која спадају под његов оквир; али се та права могу поделити у неколико сродних права – право на приватни живот, право на поштовање породичног живота, право на поштовање дома и право на поштовање преписке.[12] У том смислу и члан 8 ЕКЉП гарантује право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке.

За разлику од оних права у погледу којих Конвенција не дозвољава никаква одступања или ограничења (где рецимо спада право на правично суђење), право на поштовање приватног и породичног живота државе потписнице могу ограничити, уз кумулативно испуњење два услова, прописана чланом 8, став 2 ЕКЉП:

1. *критеријум законитости* односно захтев да су ограничења у складу са законом или другим општим актом;
2. *критеријум неопходности* односно захтев да су та ограничења *неопходна у демократском друштву* и то у циљу заштите неког од алтернативно прописаних циљева: а) интереса националне безбедности, б) интереса јавне безбедности в) економске добробити земље, г) ради спречавања нереда или криминала, д) ради заштите здравља или морала, или ђ) ради заштите права и слобода других.

70078/12, пресуда од 11. јануара 2022. године, пар. 58, 59, 69; *Liberty and others v. the United Kingdom*, App. No. 58243/00, пресуда од 1. јула 2008. године, пар. 56 и 57. Интересантно је да су у предметима *Klass* и *Liberty* подносиоци представке били адвокати и теоријски су „могли бити подвргнути тајном надзору, због контаката које су имали са клијентима, осумњиченим за незаконите активности" (*Klass*, пар. 37)

[11] *Roman Zakharov v. Russia*, пар. 171.

[12] М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021, 181–189.

1. Критеријум законитости

Критеријум законитости подразумева да мере и радње којима се задире у право гарантовано чланом 8 ЕКЉП морају бити „у складу са законом" што значи да морају имати основа у домаћем законодавству. Сам закон односно пропис којим су ове мере регулисане мора да испуни два услова:

а) мора бити доступан лицу на које се односи, што подразумева да је пропис јавно објављен и доступан свим заинтересованим субјектима и

б) мора бити предвидљив у погледу својих последица.[13]

Критеријум „доступности" прописа није споран, будући да се сви закони објављују у службеном гласилу и махом су доступни путем *Интернета*.

Предвидљивост закона, када се ради о тајном надзору комуникација, не значи да појединац мора да предвиди када би власти могле да надзиру његову комуникацију, како би у складу са тим ускладио своје понашање, али домаће право мора бити довољно јасно да грађанима да јасне назнаке о околностима и условима под којима државни органи могу да примене ове мере.[14] Наглашено је и да *„када се овлашћења дата извршној власти врше у тајности, нарочито је изражен ризик од произвољног поступања. Због тога је од суштинског значаја имати јасна, детаљна правила о пресретању телефонских разговора, посебно јер доступна технологија постаје све софистицираниja"*.[15]

2. Критеријум неопходности у демократском друштву

Други критеријум за ограничење права, прописаних чланом 8 ЕКЉП, је да су ограничења неопходна у демократском друштву, ради остварења неког од прописаних легитимних циљева (интереси националне или јавне безбедности, економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, ради заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других).

---

[13] *Rotaru v. Romania*, App. No. 28341/95, пресуда од 4. маја 2000. године, пар. 52; *Kennedy v. the United Kingdom*, App. No. 26839/05, пресуда од 18. маја 2012. године, пар. 151; *Zakharov*, пар. 228.

[14] *Malone*, пар. 67; *Rotaru*, пар. 55; *Weber and Saravia*, пар. 93; *Ekimdzhiev оп. цит.*, пар. 75.

[15] *Zakharov*, пар. 229.

ЕСЉП је навео да државе чланице уживају право да дискрециono, саме одаберу средства за постизање легитимног циља – заштите националне безбедности, али опет та слободна процена подлеже „европском надзору" односно контроли ЕСЉП.

> „С обзиром на ризик да систем тајног надзора успостављен ради заштите националне безбедности може поткопати, па чак и уништити демократију под плаштом њене одбране, Суд се мора уверити да постоје адекватне и делотворне гаранције против злоупотреба. Процена зависи од свих околности случаја као што су природа, опсег и трајање могућих мера, разлози за њихово одређивање, тела надлежна за њихово одобравање, спровођење надзора и делотворност правног лека у унутрашњем праву".[16]

„Квалитет закона" подразумева да домаћи закон не само да мора да буде доступан и предвидив у својој примени, већ мора и да осигура да се мере тајног надзора примењују само онда када је то *„неопходно у демократском друштву"*, нарочито осигуравајући адекватне и делотворне мере заштите и гаранције против злоупотреба.[17]

У том смислу, ЕСЉП је развио минималне мере заштите које закон треба да садржи како би се избегле злоупотребе и то: опсег примене мера, тачније одређивање кривичних дела и других понашања у погледу којих је надзор дозвољен и одређивање категорије лица која могу бити подвргнута надзору, одређивање и трајање надзора, поступање са прибављеним материјалом и његово уништавање, обавештавање појединца да је био подвргнут некој од мера као и доступност и делотворност правног средства.

а) Опсег примене закона

Суд у Стразбуру захтева да се унутрашњом регулативом грађанима морају дати јасне назнаке о случајевима када њихова комуникација може бити надзирана, што значи да се мора јасно навести природа понашања односно кривичних дела у погледу којих је надзор дозвољен, као и категорија лица чија комуникација може бити надзирана.[18]

Законик о кривичном поступку јасно одређује кривична дела и круг лица у погледу којих је могућа примена тајног надзора комуникације и осталих посебних доказних радњи, док Закони о обавештајним агенцијама садрже далеко више нејасноћа у том погледу.

---

[16] *Zakharov*, пар. 232.

[17] *Zakharov*, пар. 236.

[18] *Zakharov*, пар. 243.

Тако, ЗКП у члану 162 таксативно наводи кривична дела у погледу којих је могућа примена посебних доказних радњи, док у погледу „круга лица" ЗКП предвиђа да се посебне доказне радње могу применити према осумњиченом, а изузетно и под одређеним условима према лицу за које постоје основи сумње да припрема неко од кривичних дела наведених чланом 162 ЗКП (члан 161 ЗКП).[19]

Када је реч о обавештајним агенцијама, Војно безбедносна агенција примењује ове мере само према запосленима у Министарству одбране и припадницима Војске Србије (члан 19, став 1 Закона о ВБА и ВОА), а у случају да оцени да би ове поступке и мере требало применити и према другим физичким лицима, дужна је да о томе одмах обавести БИА или полицију, и да заједно са њима утврди начин даљег поступања (члан 19, став 2 Закона о ВБА и ВОА).

За разлику од тога, Закон о БИА изазива далеко више недоумица, прописујући да се „посебне мере" могу применити према лицу, групи или организацији за коју постоје основи сумње да предузима или припрема радње против безбедности Републике Србије, а околности указују на то да се оне на други начин не би могле открити, спречити или доказати, или би то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност (члан 14 Закона о БИА).

Прво, намеће се питање круга лица у погледу којих је могућа примена ове мере. Док се у кривичном поступку наредба може издати само према осумњиченом и мора да садржи расположиве податке о осумњиченом, по Закону о БИА не мора да се одреди само према појединцу, тј. поименице одређеном лицу, већ је њена примена могућа и у погледу групе или организације. Група или организација не постоји независно од својих чланова, нити група као таква може вршити комуникацију, већ то у њено име чине њени припадници. Нејасно је, дакле, ко су чланови групе (осим ако не носе видљива обележја), да ли се мера одобрава према свим члановима групе (организације) и може ли се проширивати на све њене потенцијалне чланове.

Друго, питање је како тумачити појам „радњи усмерених против безбедности Републике Србије"? Задирање у приватност и кршење ос-

---

[19] ЕСЉП је у случају *Lüdi v. Switzerland* истакао да проактивно деловање државних органа, пре него што је извршено неко кривично дело, не представља само по себи повреду ЕКЉП уколико за циљ има „спречавање злочина" и уколико нема сумње да је такво деловање неопходно у демократском друштву, иако је један број држава чланица о овом питању имао другачија решења у законодавству. *Lüdi v. Switzerland,* App. No. 12433/86, пресуда од 15. јуна 1992. године, пар. 39.

новних уставних гаранција по логици ствари захтева да се ради о радњама такве тежине које спадају у домен кривично-правне заштите. Међутим, коришћење прилично широког и неодређеног појма „радњи усмерених против безбедности РС" даје овлашћење и да се ове мере, примера ради, примењују и на свим законито пријављеним јавним скуповима или спортским манифестацијама под образложењем да су „безбедносно интересантни".[20]

Поједине одредбе Закона о БИА су већ оспорене пред Уставним судом РС. Раније законско решење је садржало још неодређенију формулацију по којој

> „директор Агенције може, ако је то потребно из разлога безбедности Републике Србије, својим решењем а на основу претходне одлуке суда, одредити да се према одређеним физичким и правним лицима предузму одређене мере којима се одступа од начела неповредивости тајне писама и других средстава општења, у поступку утврђеним овим законом."[21]

Закон, дакле, није дефинисао које су то мере, већ је користио формулацију „*одређене мере*", нити је прецизирао која су то „*одређена правна и физичка лица*" према којима се оне могу применити. Ову одредбу Уставни суд је прогласио неуставном, под образложењем да она „*није ни прецизна, ни одређена ни одредива*", чиме се грађанима „*ускраћује могућност да се штите од недопустивог ограничења права или од произвољног мешања у право на поштовање приватног живота и преписке*".[22]

Важећа формулација из члана 14 Закона о БИА по којој се ове мере „*могу применити према лицу, групи или организацији за коју постоје основи сумње да предузима или припрема радње против безбедности РС, а околности указују на то да се оне на други начин не би могле открити, спречити или доказати, или би то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност*", такође је спорна из угла ЕСЉП који инсистира на томе да мере тајног надзора морају бити „*у складу са законом*", „предвидљиве" и „неопходне у демократском друштву".

Руски ЗОИР садржао је сличну формулацију, дозвољавајући надзор комуникације, између осталог, и након пријема обавештења о догађајима или активностима које угрожавају националну, војну, економску или

---

[20] В. Бајовић, „Тајни надзор од стране полиције и служби безбедности" у Ђ. Игњатовић (ур.): *Казнена реакција у Србији – XII део*, Универзитет у Београду-Правни факултет, библиотека *Crimen*, Београд, 2022, 234.

[21] Закон о БИА (чл. 13.), *Службени гласник РС*, бр. 42/02 и 111/09.

[22] Одлука Уставног суда ИУз-252/2002 од 26. децембра 2013. године.

еколошку безбедност Руске Федерације (члан 8, став 2). Као замерку овој формулацији ЕСЉП је навео да у руском закону нигде није дефинисано који су то догађаји или активности за које се може сматрати да представљају такве безбедносне ризике. Наглашено је и да су претње националној безбедности могу варирати по карактеру, могу бити непредвидиве или тешко дефинисане унапред, па се од држава не очекује да таксативно наброје сва понашања која могу дати повода за подвргавање појединца тајном надзору по основу „националне безбедности". Међутим, мана ЗОИР-а је то што не даје никакве назнаке о околностима под којима се комуникација неке особе може пресретати по основу догађаја или активности које угрожавају националну, војну, економску и еколошку безбедност Русије. „То оставља готово неограничен степен дискреције код утврђивања догађаја или радњи које представљају такву претњу и да ли је претња довољно озбиљна да оправда тајни надзор, чиме се отвара простор за злоупотребе".[23]

б) Одобравање тајног надзора комуникације

Одобрење суда за сваки вид надзора комуникације представља важну гаранцију против произвољног или насумичног тајног надзора, с тим да ЕСЉП не искључује могућност да надзор одобрава и несудски орган, под условом да је тај орган довољно независан од извршне власти.[24]

У нашем праву суд законски одобрава сваки вид надзора комуникације, али у различитој функционалној надлежности. Када се надзор спроводи по одредбама ЗКП, наредбу даје судија за претходни поступак, по Закону о БИА председник Вишег суда или судија којег он одреди међу судијама распоређеним у Посебно одељење тог суда за организовани криминал,[25] док се ВБА за примену мера тајног надзора обраћа Врховном (касационом) суду.

Одобрење надзора од стране суда представља значајан гарант контроле и заштите грађана, али проблематични су случајеви надзора који

[23] *Zakharov*, пар. 246–248.

[24] *Klass*, пар. 51; *Weber and Sarabia*, пар. 115; *Kennedy*, пар. 31.

[25] Пре измена Закона о БИА за одлучивање о примени ових мера и издавање наредбе био је надлежан председник ВКС, па је део стручне јавности промену којом је ту надлежност преузео председник Вишег суда у Београду доводио у везу са тадашњим кадровским променама на челу овог суда; види: Г. Илић, „Како тајне службе прислушкују грађане", *Време*, април 2021. године, доступно на: https://www.vreme.com/vreme/kako-tajne-sluzbe-prisluskuju-gradjane/, 25. септембар 2023. године.

се спроводи мимо и без ове наредбе (о чему ће у даљем излагању бити више речи). Овде је важно поменути да ЕСЉП не инсистира само на томе ко одобрава надзор комуникације, већ посебно наглашава значај образложења наредбе. У том смислу се наводи да наредба којом се одређује надзор мора бити образложен тако да се наведу разлози на којима се заснива сумња као основ за примену ове мере, односно мора да садржи чињенична сазнања на основу којих се сумња да наведена особа планира, врши или је извршила кривична дела или друга дела која су повод за мере тајног надзора, попут, на пример, дела угрожавања националне безбедности. Поред тога, мора се установити да надзор испуњава услов „неопходности у демократском друштву" у складу са чланом 8, став 2 ЕКЉП, као и утврдити да ли је мера надзора пропорционална легитимним циљевима који се њиме желе постићи, тако што ће се, на пример, проверити да ли је могуће наведене циљеве остварити мање рестриктивним средствима.[26]

Руском решењу је замерено то што закон судијама не налаже да образлажу постојање „разумне сумње" против лица које се ставља под надзор нити да примењују тест неопходности и пропорционалности.[27] Такође је замерено то што руски судови, поступајући по ЗОИР-у, понекад издају одобрења за надзор у којима не наводе одређену особу или број телефона који ће се пресретати, него одобравају надзор свих комуникација у подручју где је извршено кривично дело.[28]

Слично томе, у предмету *Драгојевић против Хрватске*, ЕСЉП је нашао повреду члана 8 ЕКЉП, будући да наредбе суда за надзор комуникације нису биле образложене на адекватан начин, већ су само аргументоване тврдњом да је полиција захтевала примену посебних доказних радњи и да се истрага не може спровести на другачији начин. Наглашено је да:

> „[д]омаћи суд [је] пропустио да образложи зашто је у конкретној ситуацији потребно спровођење посебне доказне радње и због чега истрагу није могуће спровести на други начин који би мање задирао у права осумњиченог. Оваквим поступањем је занемарен захтев који постоји у хрватском ЗКП да је неопходно да наредба за спровођење надзора мора бити образложена, а домаћи судови су пропустили да размотре жалбу подносиоца представке и само су констатовали да се докази прибављени на наведени начин могу користити као доказно средство у поступку. На овај

[26] *Klass*, пар. 51; *Ekimdzhiev*, пар. 79. и 80; *Kennedy*, пар. 31. и 32; *Zakharov*, пар. 260.

[27] *Zakharov,* пар. 262.

[28] *Zakharov*, пар. 265.

начин, надлежни судови су погрешно тумачили одредбе домаћег законодавства, што је довело до нејасне примене одредаба и у пракси није осигурало одговарајуће мере заштите од злоупотребе и тиме је дошло до повреде члана 8 Конвенције".[29]

Наш ЗКП прокламаторно налаже да наредба о тајном надзору комуникације садржи, између осталог и „*разлоīе на којима се заснива сумња*" (члан 167, став 2),[30] мада су у пракси наредбе најчешће штуро и неадекватно образложене, што је ЕСЉП замерио хрватској пракси. Поред тога, тест неопходности и пропорционалности мере надзора, на коме ЕСЉП посебно инсистира, се уопште и не спроводи, нити законодавац на то обавезује. Посебан проблем представља и потенцијални и тешко доказиви надзор, посебно када га врше службе безбедности и мимо судске наредбе.

1. Надзор комуникације мимо судске наредбе

У предмету *Захаров* подносилац представке је тврдио да обавештајне службе поседују техничка средства за пресретање комуникације путем мобилних телефона и без судске наредбе, те да могућност надзора одређених појединаца фактички и није условљена достављањем наредбе мобилном оператеру или другом пружаоцу телекомуникационих услуга.[31]

Разумљиво је да „технике" надзора нису познате широј јавности, али је забрињавајући развој све софистиранијих техника који омогућавају надзор сваког појединца мимо постојећих заштитних механизама. На ову појаву је указао тренутно најпознатији – „систем Пегаз", који је развијен у Израелу и који се продаје владама широм света уз посебну дозволу Министарства одбране Израела, јер га је оно сврстало у категорију „оружја". Овај систем функционише као „*malware''* („*spyware"*) компјутерски вирус који се инсталира у оперативне системе

[29] *Dragojević v. Croatia*, App. No. 68955/11, пресуда од 15. јануара 2015. године, пар. 101 и 102.

[30] Закони о БИА и о ВБА такође налажу да наредба о одређивању посебне мере садржи, између осталог, разлоге о испуњености услова за њену примену (чл. 15а ст. 2 Закона о БИА и чл. 13а ст. 6 Закона о ВБА).

[31] Конкретно, спорна је била наредба Министарства комуникација којом је свим пружаоцима телекомуникационих услуга наложено да инсталирају опрему којом се полицији и безбедносним службама омогућава директан приступ комуникацијама свих корисника мобилне телефоније. Поред тога, пружаоци телекомуникационих услуга су били дужни да креирају базе података свих претплатника и услугама које им се пружају за период од три године, а тајне службе имају директан даљински приступ овим базама података – *Zakharov*, пар. 269.

мобилних телефона и омогућава прикупљање и сортирање велике количине информација и то не само о активностима лица у дигиталном свету, већ и разне друге податке о приватном животу лица које је предмет оваквог вида надзора. Појава оваквог и других сличних система се правда пре свега ефикасном борбом против тероризма, али посебно забрињава чињеница да до сада јавно познати подаци откривају да су они коришћени и за борбу против политичких противника, као и прислушкивање новинара и сузбијање слободе говора.[32]

Овај вид софтвера не може бити сврстан у групу уређаја и софтвера који омогућавају тајни надзор комуникација лица на чији мобилни телефон је софтвер инсталиран, имајући у виду да, када софтвер „нападне" оперативни систем мобилног телефона, он омогућава прикупљање свих података који су доступни на том телефону – од порука и позива, преко лоцирања помоћу *ГПС* сигнала, до снимања разговора лица чак и онда када се телефон уопште не користи, већ је само физички присутан на месту разговора. Посебан проблем представља чињеница да је тешко временски ограничити примену овог софтвера, будући да, када се једном инсталира, он истог тренутка омогућава приступ свим раније ускладиштеним информацијама у мобилном телефону. Такође, за његово коришћење технички није потребна подршка мобилних оператера, јер софтвер функционише и у „ромингу", као и када се промени *СИМ* картица која је била постављена у неки уређај.[33]

Иако не постоје јавно доступни подаци о државама корисницама система *Пегаз*, интересантно је напоменути да се, према извештају Европског парламента из 2015. године, Србија нашла на листи држава чије обавештајне службе користе шпијунски програм *FinFisher*.[34] Реч је о посебном програму за надзор комуникација креираном од стране Британско-немачке компаније *Gamma Group* који функционише тако што корисницима на рачунар или телефон шаље вирус а затим са њега прибавља све податке који се прослеђују централном серверу.[35]

---

[32] О томе: M. Rojszczak, „EU Criminal Law and Electronic Surveillance: The Pegasus System and Legal Challenges It Poses", *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, број 29, Варшава, 2021, 290–316.

[33] *Ibidem,* 294.

[34] Поред Србије на листи „купаца" овог програма нашле су се и Аустралија, Бахреин, Бангладеш, Брунеи, Канада, Чешка, Естонија, Етиопија, Немачка, Индија, Индонезија, Јапан, Литванија, Малезија, Мексико, Монголија, Холандија, Катар, Сингапур, Туркменистан. Уједињени Арапски Емирати, Велика Британија, САД, Вијетнам.

[35] European Parliament, *Mass Serveilance- Risks, Opportunities and Mitigation*

Ове наводе је тешко доказно поткрепити али је интересантно да Закон о БИА, за разлику од ЗКП и Закона о ВОА и ВБА, уопште не садржи одредбу којом предвиђа да су поштанска, телеграфска и друга предузећа, друштва и лица регистрована за преношење информација дужна да омогуће спровођење надзора и снимања комуникације,[36] па остаје дискутабилно да ли се овај надзор врши преко провајдера регистрованих за пренос информација или на неки други начин.

Судећи по неким наводима, главни сервер за спровођење тајног надзора комуникације поседује БИА, која телефоне осумњиченог може директно „прикључити" на овај сервер, мимо телекомуникационог оператера, што са собом повлачи још једно важно питање – колико полиција има реалних могућности да самостално спроведе посебне доказне радње које су јој поверене наредбом судије за претходни поступак, имајући у виду да главни сервер за спровођење ових радњи поседује БИА? Чак и онда када је спровођење радњи поверено полицији, полицијски службеници достављају пропратни акт Безбедносно информативној агенцији која прикључује телефон; на овај начин је могуће да припадници БИА и тада, уколико су заинтересовани за лица која су обухваћена наредбом, могу преслушати спорне разговоре, па чак их и учинити недоступним полицији и јавном тужилаштву.[37]

Сличан „проблем" уочен је у руском законодавству где, према ЗОИР, обавештајне службе немају дужност да покажу судску наредбу мобилном оператеру, већ ова обавеза постоји само кад се надзор врши по ЗКП. С тим у вези, ЕСЉП је навео да *„систем попут руског, који омогућава тајним службама и полицији да директно пресретну комуникацију сваког грађана а да притом не морају показати судско одобрење за надзор пружаоцу комуникационих услуга, нарочито подложан злоупотреби"*.[38] Даље је Европски суд истакао да овакво решење обесмишљава било какве заштитне механизме и чини неефикасним било какав надзорни механизам за откривање незаконитог надзора и пресретања комуникације. Наглашено је и да се надзор који врши ФСБ у оквиру контраобавештајног рада може проверавати само на основу притужбе појединца, а како се појединци и не обавештавају о надзору, мало је вероватно да ће оваква притужба икада и бити поднета. Резул-

Strategies, January 2015, 28, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/527409/EPRS_STU(2015)527409_REV1_EN.pdf

[36] Ово је прописано чл. 168 ст. 2 ЗКП и чл. 16 Закона о ВБА и ВОА.

[37] О томе: Г. Илић, „Како тајне службе прислушкују грађане".

[38] *Zakharov*, пар. 270.

тат је да мере надзора које се односе на контраобавештајни рад *de facto* не подлежу контроли.[39]

Ово би се могло пренети и на нашу праксу, с тим да се намеће питање какав је значај тако прибављених података? Могу ли се они користити као доказ у кривичном поступку?

2. Комуникација прибављена од стране обавештајних служби као доказ у кривичном поступку

Сасвим је легитимно да се материјал прибављен оперативним радом обавештајних служби користи у циљу заштите од различитих видова претњи по националну безбедност попут терористичких напада, угрожавања уставног поретка и сл., али је дискутабилно може ли се овако прибављеном материјалу дати доказни значај у кривичном поступку, или се пак у тим случајевима надзор комуникације мора спровести по одредбама ЗКП.

Када БИА и ВБА поступају по ЗКП и спроводе налоге суда, неспорно је да се прибављени материјал може користити као доказ у кривичном поступку, али је упитно какав је доказни значај података прибављених по законима који регулишу безбедносне агенције, посебно имајући у виду да многе „мере" прописане овим законима, фактички имају исту садржину као посебне доказне радње. Тешко је прихватити тезу да је *„прикупљање безбедносно интересантних података веома ретко повезано са потребом процесуирања одређеног кривичног дела, већ са потребом да се предупреде и осујете претње делатности екстремиста, терориста или страних држава и међународних организација које су усмерене на заштићена добра попут безбедности земље, уставног уређења, економских и националних интереса"*[40] имајући у виду да управо Кривични законик бројним инкриминацијама штити управо та заштићена добра,[41] као и да се доказне радње у великом броју случајева могу одредити према лицу за које постоје основи сумње да припрема неко кривично дело у складу са чланом 161, став 2 ЗКП.

---

[39] *Zakharov*, пар. 281.

[40] Р. С. Лазић – „Судска контрола законитости у раду служби безбедности у Србији", *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад, бр. 1/2015, 160.

[41] Илустрације ради наводимо кривична дела саботаже (чл. 314 КЗ), шпијунаже (чл. 315 КЗ), удруживања ради противуставне делатности (чл. 319 КЗ), припремање дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије (чл. 320 КЗ), удруживање ради вршења кривичног дела (чл. 346), финансирање тероризма (чл. 393 КЗ) и сл.

Србија спада у групу земаља у којима исти органи који су задужени за прикупљање доказа који се користе у кривичном поступку имају и овлашћења која се тичу заштите националне безбедности, а овакав начин организације представља повећан ризик од злоупотребе овлашћења која ови органи поседују, јер се, по правилу, када је реч о питању националне безбедности критеријуми постављају на флексибилнији начин него када је реч о прикупљању доказа који се могу користити у кривичном поступку.[42] Тако су према Законику о кривичном поступку за предузимање посебних доказних радњи овлашћени полиција, БИА и ВБА, при чему није одређено у којим ситуацијама је који орган надлежан.

„Посебне мере", регулисане законима о службама безбедности, првенствено се примењују у случају безбедносних ризика државе, независно од извршења одређеног кривичног дела, али није искључена могућност да се њима прибави материјал од значаја за кривични поступак. Ако би, примера ради, прислушкивани разговори припадника „сумњиве" организације указивали да се припрема неки терористички акт, то би, са једне стране, омогућило да се терористички акт спречи, док би са друге стране дало „материјала" тужиоцу да се кривични поступак покрене.[43] Питање доказног значаја материјала прикупљеног од стране безбедносних агенција, применом посебних мера, је од великог значаја, имајући у виду да безбедносне агенције неке државе често имају техничке могућности и овлашћења која им омогућавају да злоупотребе „*снагу државе*" а уз то постоје и бројни примери најозбиљнијег кршења људских права која су учињена „*у име унутрашње сигурности неке државе*".[44]

Закон о ВБА и ВОА у том смислу јасно предвиђа да се подаци прикупљени применом посебних поступака и мера у превентивне сврхе не могу користити као доказ у кривичном поступку (члан 11, став 2), а ако прикупљени подаци указују да се припрема или да је извршено кривично дело које се гони по службеној дужности, ВБА о томе обавештава надлежно јавно тужилаштво (члан 18, став 1). ВБА тужилаштву може предложити примену тајног надзора комуникације или неке друге доказне радње под условима и на начин прописан ЗКП (члан 18,

[42] M. Rojszczak, 290–316.

[43] В. Бајовић, 239-240.

[44] T. Moonen, „Special Investigation Techniques, Data Processing and Privacy Protection in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Pace International Law Review Online Companion*, Pace University, 2010, 103.

став 3).[45] ВБА је надлежна да примењује посебне поступке и мере искључиво према запосленима у Министарству одбране и припадницима Војске Србије, а у случају да оцени да ове поступке и мере треба применити и према другим лицима, дужна је да о томе одмах обавести БИА или полицију, са којима заједно утврђује начин даљег поступања (члан 19, став 2). Сходно томе, ВБА може прикупљати доказни материјал и спроводити посебне доказне радње само по наредби судије за претходни поступак, у складу са ЗКП.

Међутим, у члану 18, став 2 Закона о ВБА и ВОА постоји одредба која може бити спорна из угла ЕСЉП, јер може ограничити увид органа поступка – јавног тужилаштва и суда у оперативни рад ВБА. Према овој одредби, и онда када обавести тужилаштво о основама сумње да је извршено неко кривично дело, ВБА том приликом неће обавестити то тужилаштво о примени посебних поступака и мера којима је дошла до таквих информација, чиме може ускратити комплетан увид у поступање према осумњиченом и отежати процену тужилаштва. У случају *Захаров*, од значаја је било и то што је утврђено да је у руском законодавству било прописано да је свако пресретање телефонске или друге комуникације морало бити одобрено од стране суда, али чињенично стање је показало да је судска контрола била непотпуна, јер судије нису имале увид у целокупан ток надзора, тј. многе информације о оперативном раду полиције нису достављане судијама и судије нису имале комплетан увид који би им омогућио да процене да ли заиста постоји довољан основ – „разумна сумња" да би одобрили радње према осумњиченим лицима које је од њих захтевала полиција.

Закон о БИА садржи далеко више нејасноћа у том погледу. Члан 15в Закона о БИА предвиђа да ако је приликом примене посебних мера прикупљен материјал о кривичном делу у односу на које се могу одредити посебне доказне радње, такав материјал се доставља надлежном јавном тужилаштву и са њиме се поступа у складу са одредбама које регулишу кривични поступак. Реч је, дакле, о материјалу који су припадници БИА прибавили применом посебних мера, мимо одредаба ЗКП и мимо постојања основа сумње да се припрема или да је извршено неко од кривичних дела у погледу којих је могућа примена посебних

[45] Закон о ВБА и ВБО је у чл. 18, ст. 3 терминолошки неусклађен са ЗКП јер говори о „надзору и снимању телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичком снимању лица", што је у складу са некадашњим називима посебних доказних радњи по ЗКП из 2001. године. Ово је разумљиво имајући у виду да је Закон о ВБА и ВОА донет пре доношења важећег ЗКП, али би у некој будућој реформи требало размислити о њиховом усклађивању.

доказних радњи, па произилази да такав материјал и не би могао да се користи као доказ у кривичном поступку имајући у виду да се докази прикупљају и изводе у складу са ЗКП (члан 15, став 1 ЗКП), а не неким другим законима. Није јасно како тужилаштво може да поступа са овако прикупљеним материјалом у складу са одредбама које уређују кривични поступак, уколико тај материјал није прикупљен у складу са тим одредбама, већ са одредбама које пружају мањи степен заштите Уставом загарантованих права. Мишљења смо да би достављени материјал тужилац требало да третира као материјал прибављен оперативним радњама, без доказног значаја, на основу које би од судије за претходни поступак могао да захтева доношење наредбе за примену неке од посебних доказних радњи. На исти закључак упућује и аналогија са поступањем ВБА у таквом случају. Супротно тумачење би омогућило заобилажење гаранција прописаних ЗКП, тако што би у пракси доказе фактички прикупљала БИА и прослеђивала их тужилаштву, и то мимо одредаба ЗКП.

в) Трајање мера тајног надзора

Трајање мера надзора у сваком појединачном случају ЕСЉП препушта дискрецији, односно слободној оцени домаћих органа надлежних за издавање наредбе, захтевајући једино да постоји законски јасно дефинисање трајања наредбе, услова за њено обнављање и околности под којима се наредба мора поништити.[46] Анализирајући законска решења Руске федерације, ЕСЉП је закључио да се захтев за прекид надзора, чим та мера више није потребна, помиње само у ЗКП, док ЗОИР такву одредбу не садржи, налазећи да недостатак одредбе о прекиду мере надзора не пружа адекватну заштиту од злоупотреба и произвољног мешања. „*У пракси то значи да су пресретања у оквиру кривичног поступка подложна већем броју мера заштите него пресретања која се врше ван тог оквира, нарочито у вези са догађајима или активностима које угрожавају националну, војну, привредну или еколошку безбедност*”.’[47]

ЗКП прописује да тајни надзор комуникација може трајати три месеца и може се продужити за још три месеца, а када је реч о кривичним делима у погледу којих је одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, може се продужити још највише два пута у трајању

[46] *Kennedy*, пар. 161; *Klass*, пар. 52; *Weber and Saravia*, пар. 98; *Zakharov*, пар. 250.

[47] *Zakharov*, пар. 251–252.

од по три месеца (члан 167, став 3). По Закону о БИА, посебна мера такође свеукупно може трајати 12 месеци, односно може трајати три месеца и може се продужити још највише три пута у трајању по три месеца (члан 15а, став 3). И по Закону о ВБА и ВОА посебни поступци и мере тајног прикупљања података могу се примењивати шест месеци и могу се продужити још једанпут на шест месеци (члан 17, став 2). Од наведених закона једино Закон о ВБА и ВОА не предвиђа да мера тајног надзора комуникације престаје чим престану разлози за њену примену,[48] што може бити спорно из угла горе наведеног става ЕСЉП, мада суштински гледано, ова прокламаторна одредба и не значи пуно, ако се не може у пракси проверити и исконтролисати да ли је мера стварно престала онда када су престали разлози за њену примену.

Оно што је посебно проблематично је фактичко заобилажење поменутих рокова у кривичном поступку, другачијом правном квалификацијом дела. Тако је у једној одлуци Апелационог суда у Крагујевцу наведено:

> Када је у питању законитост доказа у случају када је суд издао наредбу за тајно праћење и снимање на основу члана 162, став 1, тачка 1 ЗКП-а, тј. због сумње да је учињено кривично дело за које је надлежно тужилаштво посебне надлежности, а та наредба је затим на основу закона продужена још три пута по три месеца, да би након тога поступак био покренут пред Вишим судом у Пожаревцу због кривичног дела које спада у групу кривичних дела из члана 162, став 1, тачка 2 ЗКП-а, а не пред Посебним одељењем Вишег суда у Београду, Апелациони суд је оценио да се у том случају пред Вишим судом у Пожаревцу могу користити и докази који су прикупљени и након протека шест месеци од издавања наредбе, јер се законитост доказа који су прибављени применом посебних доказних радњи цени искључиво према времену њиховог прибављања, као и да је Тужилаштво за организовани криминал изјавило да ће се прикупљени докази користити пред Вишим јавним тужилаштвом у Пожаревцу, те да накнадна измена правне квалификације не може утицати на законитост прибављених доказа.[49]

Спорно је да ли је овакво решење у складу са циљем који је законодавац хтео постићи раздвајањем кривичних дела за која су надлежна тужилаштва посебне надлежности, код којих посебне доказне радње тајног надзора могу трајати укупно 12 месеци, од друге групе кривич-

---

[48] ЗКП прописује да се спровођење надзора прекида чим престану разлози за његову примену (чл. 167 ст. 3 ЗКП), а иста одредба садржана је и у чл. 15а, ст. 3 Закона о БИА.

[49] Решење Апелационог суда у Крагујевцу, Кж2 404/2019 од 27. јуна 2019. године – *Билтен судске праксе Апелационог суда у Крагујевцу*, бр. 1/2020.

них дела из члана 162, став 1 тачка 2 ЗКП-а за која је законодавац проценио да је оправдано да могу свеукупно трајати највише шест месеци. Можемо рећи да је горе поменутом одлуком *de facto* дозвољено да радња тајног праћења и снимања траје дуже од онога што је законодавац сматрао оправданим за групу кривичних дела која се ставља на терет окривљенима коначном квалификацијом тужилаштва, а такво тумачење отвара врата и за бројне злоупотребе. У том смислу, кривична дела намерно могу бити иницијално теже квалификована како би се ставила у надлежност посебном тужилаштву и тиме се омогућила примена мера тајног надзора у дужем трајању од онога који је законодавац предвидео. Елементарна правичност налаже да „грешке тужилаштва" у виду погрешне првобитне квалификације дела не могу ићи на штету одбране, већ искључиво на штету онога ко је погрешну процену направио.

Исти проблем се јавља у случају да је лице било под „мерама" обавештајних служби одређен временски период, а да је затим против њега, на основу прибављених података покренут кривични поступак, па судија за претходни поступак опет наређује тајни надзор комуникација како би се прибављени материјал користио као доказ у кривичном поступку. На тај начин лице фактички бива прислушкивано дуже него што закон то дозвољава, чиме се његово уставом загарантовано право на приватност доводи у питање; но, проблем је што такво лице најчешће и не зна да је прислушкивано будући да га нико о томе и не обавештава, па не може ни знати да су му права повређена.

ī) Уништавање прибављеног материјала

Важна заштитна мера када је реч о тајном надзору комуникација, односи се законску регулативу везану за поступање са прибављеним материјалом, која подразумева приступ и коришћење прибављених података, њихово достављање трећим лицима, а посебно процедуре и услови за уништавање прибављеног материјала.

У члану 163, став 1 ЗКП постоји обавеза да се материјал прикупљен коришћењем посебних доказних радњи уништава уколико јавни тужилац не покрене кривични поступак у року од шест месеци од дана када се упознао са материјалом или ако изјави да га неће користити у поступку или да се уопште неће покретати поступак према осумњиченом. Закон о БИА предвиђа једино уништавање оног материјала који је прибављен без судске наредбе, до чега би дошло ако припадник Агенције приликом примене мера открије да лице или група која је под надзором користи друго средство комуникације, а суд накнадно одбије проширење примене посебне мере (члан 15б Закона о БИА). Са друге стране, подаци

о предлагању, одлучивању и примени посебних мера, као и материјал прибављен применом ових мера, представљају тајне податке и чувају се у посебном омоту (члан 15г ставови 1 и 2), а ниједна законска одредба не предвиђа уништавање овако прибављеног материјала. У Закону о ВБА и ВОА постоји боље решење према ком се сав материјал који није у надлежности ВБА и ВОА мора доставити надлежној служби безбедности или полицији, након чега се мора уништити у року од 30 дана, при чему комисија саставља записник; али остаје нејасно шта је са материјалом који је прикупљен а који јесте у надлежности ВОА или ВБА. Неприхватљиво је решење да за такав материјал нема прописане процедуре за уништавање, нити рока у ком се такав материјал може чувати.

Оваква решења спорна су из визуре ЕСЉП. У вези са уништавањем прибављеног материјала, руски ЗОИР предвиђа да се материјал прибављен пресретањем мора уништити у року од 6 месеци након прибављања, ако против окривљеног није подигнута оптужница. Ако је лице оптужено, суд на крају кривичног поступка доноси одлуку о даљем чувању или уништавању прибављеног материјала. ЕСЉП је нашао да се аутоматско похрањивање евидентно ирелевантних података на период од 6 месеци не сматра оправданим у смислу члана 8 ЕКЉП, као и да ЗОИР даје неограничену дискрецију суду да, након окончања кривичног поступка, одлучи како ће поступити са прибављеним материјалом. Закон грађанима не даје никакве назнаке о околностима у којима се материјал прибављен тајним надзором може чувати по окончању суђења, па домаће право није јасно у том погледу, закључак је ЕСЉП.[50]

Исте примедбе могле би се применити и на наша законска решења, будући да Закон о БИА уопште не садржи одредбу о уништавању материјала прибављеног тајним надзором комуникације и других „мера", док ЗКП и Закон о ВОА И ВБА само парцијално уређују ову материју. ЗКП, наиме, предвиђа уништавање прибављеног материјала само у случају да кривични поступак није покренут односно након изјаве јавног тужиоца да прибављени материјал неће користити у кривичном поступку, али не говори о судбини овог материјала након окончаног кривичног поступка. Логично је да, ако је материјал коришћен као доказ, његову садржину имамо у образложењу пресуде, и његово чување је важно из визуре евентуалног подношења ванредних правних лекова, али то опет не значи да је сав прибављени материјал у пресуди употребљен и да се он накнадно не може злоупотребити. Поред тога, у члану 163, став 2 ЗКП постоји само могућност обавештавања лица

[50] *Zakharov*, пар. 255, 256.

према коме је спроведена доказна радња тајног надзора комуникације, да ће материјал бити уништен, док могућност обавештавања о уништењу материјала прибављеног осталим посебним доказним радњама не постоји. Закон о ВБА и ВОА такође не предвиђа уништавање прибављеног материјала који јесте у надлежности ових служби.

Интересантно би било анализирати колико се ова могућност користи у пракси односно колико се често лица према којима је примењена мера тајног надзора комуникације обавештавају о таквом надзору и о уништавању прибављеног материјала, а слободни смо да претпоставимо да је такво поступање у пракси екстремно ретко. Прикупљање и складиштење информација од стране државе, са или без сагласности грађана, увек ће се тицати приватног живота грађана, а начелно је неопходно и омогућити грађанима приступ таквим подацима. Када су у питању кривични поступци и документи са ознаком тајности, неопходно је да такав приступ буде ограничен у одређеној мери, али је при томе важно у ком обиму држава ограничава право приступа и да ли је то ограничење образложила на прихватљив начин. У овако прикупљене податке, пракса ЕСЉП је уврстила и пресретање, снимање и складиштење телефонских разговора.[51]

У вези са поступањем са прибављеним материјалом у пракси се јавила још једна дилема. С обзиром на то да је чланом 165 ЗКП прописано да подаци о предлагању, одлучивању и спровођењу посебних доказних радњи представљају тајне податке и да су лица која у било ком својству сазнају ове податке дужна да их чувају, наметнуло се питање да ли су законити докази који су прибављени спровођењем посебне доказне радње *тајни надзор комуникације*, који су прикупљени у свему у складу са ЗКП и наредбом, уколико полицијски службеници који су спроводили посебну доказну радњу и који су имали приступ тајним подацима, нису поседовали сертификат који је по Закону о тајности података неопходан за руковање и приступ тајним подацима. Врховни касациони суд је рекао да чињеница да су подаци прибављени супротно Закону о тајности података не представља повреду закона и да се прикупљени аудио снимци телефонских разговора и њихови транскрипти не представљају незаконит доказ те да судови могу заснивати своје одлуке на тако прибављеним доказима. Суд је овакву своју одлуку образложио тиме да оваква обавеза руковања тајним подацима није прописана одредбама ЗКП, а да је чланом 163, став 3 ЗКП одређено да ће се прикупљени доказни материјал сматрати незаконитим само уколико је

[51] T. Moonen, 05.

при предузимању посебних доказних радњи поступљено супротно одредбама ЗКП-а или наредби органа поступка.[52]

Међутим, имајући у виду члан 16, став 1 ЗКП према коме се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања, у супротности не само са ЗКП, већ и са другим законом, сматрамо да образложење ВКС у овом случају није довољно и да наведеном пресудом није јасно образложено зашто се у конкретном случају ради о законитим доказима, иако су они прибављени супротно одредбама Закона о тајности података. Овде би се могло радити о одредбама чије кршење не доводи до ништавости у сваком случају, али би се свакако могло радити о релативној ништавости прикупљених доказа у конкретном случају.[53] Према томе, било је неопходно утврдити да ли је кршењем мера прописаних Законом о тајности података поступљено супротно Уставу, ЗКП или другом закону и стандардима људских права у кривичном поступку сходно члану 16 ЗКП и да ли је такво поступање евентуално имало неке негативне последице по тајне податке, оптужене или кривични поступак у целини, због чега би се докази прибављени на тај начин могли сматрати незаконитим.

g) Обавештавање о надзору комуникације и делотворност правних средстава

Захтев да лице чије је комуникација била под надзором буде обавештено о томе, везује се за делотворност правног лека, будући да лице мора знати да је било под надзором како би могло захтевати да се испита законитост и оправданост ове мере.[54] Међутим, ЕСЉП прихвата да у пракси накнадно обавештавање о надзору није изводљиво у свим случајевима, па сама чињеница да лица обухваћена мерама тајног надзора нису о томе обавештена након престанка надзора сама по себи не значи повреду Конвенције.[55] Исто тако, ЕСЉП је заузео, став да не до-

---

[52] Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 603/2021 од 2. јуна 2021. године.

[53] Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, *Коментар законика о кривичном поступку*, *Службени гласник*, Београд, 2018, 320–326.

[54] *Klass*, пар. 57; *Weber and Saravia*, пар. 135.

[55] Европски суд је истакао да би накнадно обавештавање сваког појединца о укинутој мери могло битно угрозити сврху због које је и одређена нека доказна радња, као и да би овакво обавештавање могло довести до проблема у функционисању тајних служби и да би то могло открити њихове методе рада и поље деловања, као да би у крајњем случају могло довести и до откривања идентитета службених лица која су ове радње спроводили – *Zakharov*, пар. 287.

лази у обзир обавештавање осумњиченог о посебним доказним радњама док су те радње у току и подвукао је да би такав вид обавештавања „*очигледно*" негативно утицао на поступак у целини.

Државе чланице Савета Европе имају подељен приступ по овом питању и нису све увеле обавезу обавештења лица према коме је био примењен тајни надзор комуникације, када су испуњени постављени услови.[56] Као пример позитивне праксе, ЕСЉП је навео немачко и британско законодавство, истакавши да у Немачкој независно тело (Комисија Г10) одлучује да ли је требало обавестити појединца који се прати о мери надзора, чиме је по мишљењу Суда обезбеђен „делотворан механизам обавештавања који доприноси ограничењу мешања путем надзора телекомуникација у оквире онога што је неопходно за постизање легитимних циљева".[57] У Великој Британији постоји посебно тело (*Investigatory Powers Tribunal*) са овлашћењима да приступи свим подацима добијеним применом мера тајног надзора, да поништи налог за примену ових мера, захтева уништавање прибављеног материјала и нареди компензацију лицу које је било под мерама. Свако ко сумња да је био подвргнут некој од мера тајног надзора може се обратити овом телу како би се испитала основаност сумњи. Сходно томе, ЕСЉП је нашао да је систем надзора у Великој Британији без накнадног обавештавања лица о томе компатибилан са Конвенцијом, будући да свако лице које сумња да је било подвргнуто некој од ових мера има могућност да поднесе ефикасно правно средство овом Трибуналу.[58] [59]

За разлику од тога, у предмету *Екимџејев против Бугарске* ЕСЉП је нашао да је бугарски закон у супротности са Конвенцијом јер уопште не предвиђа могућност обавештавања лица о мерама надзора, чиме се појединац лишава могућности да тражи обештећење за незаконито

[56] Ф. Boehm, P. de Hert, „Notification, an important safeguard against the improper use of surveillance – finally recognized in case law and EU law", *European Journal of Law and Technology*, vol. 3, no. 3, 2012.

[57] *Klass*, пар. 58; *Weber and Saravia*, пар. 136.

[58] *Kennedy*, пар. 167.

[59] Опет, у теорији се и овакво решење критикује и наводи се да чак и оно оставља простора за злоупотребе, јер намеће се питање шта ако се тајни надзор примењује према лицу које није извршило никакво кривично дело и нема разлога да сумња да је према њему примењена ова мера, па нема разлога ни да се обраћа овом телу како би се испитало да ли је било под надзором; види: Maria Helen Murphy, „Surveillance and the Right to Privacy: Is an 'Effective Remedy' Possible?" in: A. Diver, Jacinta Miller (eds.), *Justiciability of Human Rights Law in Domestic Jurisdictions*, Springer, 2015, 4–14.

мешање у његова права из члана 8 ЕКЉП, а правне лекове чини теоретским и илузорним а не практичним и делотворним.[60] Наведено је и да није прихватљиво да лице према коме је примењиван тајни надзор комуникације нема прилику да се упозна са тиме, осим уколико против њега не буде покренут кривични поступак или уколико дође до „цурења" информација на други начин, јер је на тај начин лицу онемогућено да постави питање законитости тајног надзора коме је био подвргнут.

Руски ЗОИР такође не предвиђа обавезно обавештавање лица да је било подвргнуто надзору, с тим да лице које има сазнања о оперативно-истражним радњама којима је било подвргнуто, а против кога није подигнута оптужница или пак доказана кривица, може добити информације о подацима прикупљеним применом оперативно-истражних радњи, са изузетком оних са ознаком поверљивости (члан 5 ЗОИР). ЕСЉП ово законско решење такође сматра неделотворним будући да појединац мора имати податке о оперативно-истражним мерама којима је био подвргнут како би поднео правно средство, а приступ подацима је условљен способношћу тог лица да докаже да су му надзирали комуникацију.[61] Руски закон даље прописује да лице које тврди да су му применом ових мера повређена права може да се жали лицу које је непосредно надређено службенику који је примењивао мере, тужиоцу или суду. С тим у вези ЕСЉП је нагласио да хијерархијска жалба директно надређеном или тужиоцу не испуњава стандарде независности који су неопходни за заштиту од злоупотребе овлашћења,[62] а могућност жалбе суду ЕСЉП је такође прогласио неделотворном, будући да руска влада није предочила ниједну судску одлуку којом се испитује законитост надзора комуникације.[63] Сходно томе, Суд је закључио да руски закон не пружа делотворне правне лекове лицу које сумња да је било подвргнуто тајном надзору, чиме је повређен и члан 13 ЕКЉП.

ЗКП предвиђа да судија за претходни поступак, након што донесе решење о уништавању материјала прибављеног применом неке од посебних доказних радњи (члан 163, став 1) може (али не мора) обавестити лице према коме је она примењена, под условом да је утврђена истоветност тог лица и да то не би угрозило могућност вођења кривичног поступка (члан 163, став 2), док Закони о БИА и ВБА не садрже сличну одредбу, прописујући да се ради о тајним подацима (члан 15г

[60] *Ekimdzhiev*, пар. 90 и 91.

[61] *Zakharov*, пар. 290.

[62] *Zakharov*, пар. 292.

[63] *Zakharov*, пар. 295.

Закона о БИА). Чак је и поменута одредба ЗКП у теорији основано критикована, будући да постоји само могућност, али не и обавеза обавештавања лица да је било под надзором, када су за то испуњени услови. У том смислу се наводи да би се, када би постојала обавеза оваквог обавештавања, отворила и могућност остваривања права лица према коме је била одређена радња тајног надзора комуникације да присуствује уништењу материјала добијеног на овај начин, као и за евентуално улагање одговарајућег приговора.[64]

Разумљиво је да ове мере носе ознаку тајности док је њихова примена у току, али се решењу по коме се појединац готово никада не обавештава о томе да је био под надзором може упутити примедба коју је ЕСЉП изнео у предмету *Екимџијев* – да лице према коме су такве мере предузете неће ни сазнати за њих, осим ако информације не „исцуре" или ако против тог лица буде покренут кривични поступак. На тај начин се доводи у питање не само право на приватност из члана 8 ЕКЉП, већ и право на делотворан правни лек загарантовано чланом 13 ЕКЉП, имајући у виду да појединац није у могућности да покрене било какав поступак који се односи на испитивање оправданости, законитости и неопходности надзора његове комуникације.

IV. Закључак

Верује се да у друштвима која теже владавини права извршна власт може прикупљати информације о грађанима само када је то неопходно ради постизања циљева који су *„важнији од личног права да изаберемо шта ће други моћи да сазнају о нама"*, а што је случај само када постоји озбиљна опасност, која оправдава ограничење уставима загарантованих права.[65] У више наврата ЕСЉП је закључио да државе чланице Савета Европе и потписнице ЕКЉП немају неограничено право да користе тајни надзор комуникацији и повређују право на приватност позивајући се на борбу против криминала, шпијунаже и тероризма, већ морају постојати адекватни механизми за контролу и спречавање злоупотреба од стране извршне власти._

---

[64] Г. Илић, М. Матић Бошковић – *Посебне мере тајног прикупљања података у кривичном поступку: поглед из правосуђа, 2015,* Београд, 23; Б. Бановић, М. Веселиновић – „Посебне доказне радње и нови законик о кривичном поступку", *Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012, 148 и 149.

[65] Т. Moonen, 135 и 136.

У случају *Роман Захаров против Русије*, ЕСЉП је нашао повреду члана 8 и члана 13 ЕКЉП под образложењем да руске законске одредбе о надзору комуникације не пружају делотворне гаранције заштите од произвољности и ризика од злоупотребе који је инхерентан сваком систему тајног надзора, а нарочито је висок у системима у којима тајне службе и полиција имају директан приступ, путем техничких средстава, свим мобилним телефонским комуникацијама. Наведено је да околности у којима тајне службе имају овлашћења да прибегну мерама тајног надзора нису довољно јасно дефинисане, да домаћи закон дозвољава чување очигледно ирелевантних података и није довољно јасан по питању околности у којима се прибављени материјал чува и уништава по окончању суђења, а да је делотворност правних лекова подривена непостојањем адекватног обавештења о пресретању. Сходно томе, закључено је да руски закон не испуњава захтев „*квалитета закона*" и да није у стању „*мешање власти*" свести на оно што је „*нужно у демократском друштву*", обавезујући Русију да подносиоцу представке плати износ од 40.000 евра на име трошкова и издатака.

Многе „замерке" упућене од стране Суда у Стразбуру у погледу тајног надзора комуникације, аналогно су примењиве на наша законска решења и поступајућу праксу. Примера ради, иако ЗКП прокламаторно налаже да наредба о тајном надзору комуникације садржи, између осталог и „*разлоге на којима се заснива сумња*", те наредбе су у пракси најчешће штуро и неадекватно образложене. Поред тога, тест неопходности и пропорционалности мере надзора на коме ЕСЉП посебно инсистира се уопште и не спроводи, нити законодавац на то обавезује.

Закон о БИА не одређује јасно лица према којима се могу применити посебне мере, нити околности у којима се оне могу применити, препуштајући дискреционој процени надлежних органа ко се и шта се сматра „*безбедносно интересантним*". Тешко је рећи да формулација по којој се посебне мере могу применити према „*лицу, групи или организацији за коју постоје основи сумње да предузима или припрема радње против безбедности РС*", испуњава захтев предвидљивости и неопходности у демократском друштву.

Не постоје јасно прописане процедуре за уништавање прибављеног материјала, лице које је било под надзором се о томе не обавештава, а самим тим нема ни могућност да делотворним правним средством испита законитост и основаност таквог надзора. Нејасно је и да ли се материјал који БИА прибави поступајући по Закону о БИА може користити као доказ у кривичном поступку, као и да ли се надзор може сукцесивно одређивати по различитим законима, чиме се „заобилазе" одредбе којима се ограничава његово трајање.

Закон о БИА има свега 25 чланова и оставља велики простор додатном регулисању кроз подзаконске акте, а чланом 8 прописано је и да директор Агенције интерним упутствима ближе уређује поједина питања која се односе на унутрашње организовање и обављање послова из делокруга Агенције, као и да даје припадницима Агенције обавезне инструкције о начину обављања послова. Ипак, када је реч о материји која се односи на посебне доказне радње, очигледно је да Закон о БИА не препушта регулисање посебне доказне радње тајног надзора комуникације и рачунарског претраживања података и сличних радњи ЗКП-у у потпуности, нити се позива на одредбе ЗКП-а, нити прецизније регулише ове одредбе и уподобљава их ЗКП-у, већ ове радње регулише самостално и то различито у односу на начин како је то учињено у ЗКП-у. Поред тога, није јасно разграничено када је законодавац желео да регулише оперативне и истражне методе, мере и радње, а када прописује одређене доказне радње које се као такве могу примењивати у кривичном поступку и које би представљале законите доказе.

Закон о БИА и Закон о ВБА и ВОА донети су пре важећег ЗКП, али законодавац ни накнадним изменама ових закона није покушао, или није успео, да их усклади са ЗКП у деловима који се односе на примену посебних доказних радњи, односно, по терминологији ових закона, посебних „мера". Чињеница да ова материја није регулисана на јединствен начин, као и различите терминолошке одреднице истих радњи које се односе на ограничавање Уставом утврђених и загарантованих права – могу имати изразито негативне последице. Због оваквих разноликих законских решења настају и одређене недоумице „у ком правном режиму и на који начин службе безбедности примењују неке од одобрених и наложених мера".

Professor Vanja Bajović, PhD
Faculty of Law of the University of Belgrade
Nikola Bošković, LLM,
Higher Public Prosecutor's Office in Pančevo

SECRET SURVEILLANCE OF COMMUNICATION IN THE LIGHT OF THE ECHR DECISION ROMAN ZAKHAROV V. RUSSIA

Summary:

Confidentiality of letters and other means of communication is guaranteed by Serbian Constitution (Article 41), which allows derogation only for a specific period of time, based on the court's decision, if necessary to conduct criminal proceedings

or to protect the security of the country. The same is assured by Article 8 of ECHR through the guarantee of respect for private and family life, home, and correspondence Legal restrictions of these rights are foreseen by the Criminal Procedure Code in the form of special evidentiary actions in order to conduct criminal proceedings, as well as by the laws on security agencies in order to protect the security of the Republic of Serbia. These laws are largely inconsistent, both terminologically and in content, which opens the door to legal insecurity and raises the logical question: Who and under which conditions „may covertly surveillance us and our communication"?

Confused legislative provisions allow each person to be declared security interesting and subjected to surveillance, without possibility to, thereafter, be informed about that. Unlike the CPC, which at least prescribes the possibility of notifying the person under whom some of the special evidentiary actions have been implemented, the laws on the Security Agencies do not even contain such a possibility, so a person who does not know that he/she was under surveillance cannot even know how long it lasted nor can question the legality of such surveillance. This calls into question not only the violation of the right to privacy, but also the right to legal remedy, *i.e.* the right to judicial protection due to violation of the right guaranteed by the Constitution, bearing in mind that a person who does not know that he/she was under surveillance cannot even seek judicial protection due to an infringement of the right to privacy. Furthermore, despite the constitutional guarantee of inviolability of the home, the laws on the security services, unlike the CPC, do not exclude the application of secret surveillance measures at homes.

In this paper are analyzed some controversial legal rules related to the covert supervision of communication, surveillance, and recording, conducted by the police and security agencies. The problem is approached from the perspective of the right to privacy and existing ECHR case law.

Key words: secret surveillance of communication, criminal proceeding, security agencies, ECHR

UDK

Др Ђорђе Сарапа,
адвокат у Београду

ЗАБРАНА ТОРТУРЕ И СВИРЕПИХ, НЕЧОВЕЧНИХ И ПОНИЖАВАЈУЋИХ ПОСТУПАКА И КАЗНИ

Сажетак:

Општа декларација о људским правима забрањује тортуру и свирепе, нечовечне и понижавајуће казне и поступке. За њом следе Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Декларација о заштити свих лица од тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни, Кодекс понашања лица одговорних за примену закона и Конвенција против тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни.
На регионалном плану, у оквиру Савета Европе, најзначајнији међународноправни документи су Конвенција за заштиту људских права и основних слобода и Европска конвенција о спречавању тортуре и нечовечних или понижавајућих поступака или казни.
У складу са међународноправном регулативом су и одредбе Устава Републике Србије, Кривичног законика и Законика о кривичном поступку. Устав Републике Србије гарантује неповредивост физичког и психичког интегритета. Кривични законик инкриминише тортуру као кривично дело злостављања и мучења. Законик о кривичном поступку забрањује тортуру и нечовечне и понижавајуће поступке.

Кључне речи*:* тортура, људска права, међународно право, Уједињене нације, Савет Европе, Устав Републике Србије, Кривични законик, Законик о кривичном поступку

I. Увод

Слобода је категорија разумног бића и једно од његових одређења. Многи великани људске мисли, од антике, дали су своје одређење слободе. По Гају „*слобода је важнија од свих ствари*."[1] За Паулуса „*слобода*

[1] *Libertas omnibus rebus favorabilior es (Gaius – D. 50, 17, 122).*

је од непроцењиве вредности."[2] Слобода је универзална и недељива и као таква представља слободу не само физичког него и психичког интегритета. То, на њему својствен начин генијалне једноставности, потврђује велики римски говорник, политичар, књижевник и филозоф, Маркус Тулиус Цицерон речима: „*Слободно је размишљати*."[3]

Нажалост, историја човечанства је и историја најгрубљих кршења слободе, често на незамисливо свиреп начин. Готово увек то се оправдава позивањем на слободе оних који слободу ускраћују другима. То је доказ да, без обзира на њену универзалност, ни слобода не може да буде неограничена – ограничена је утолико да не може и не сме да угрози слободу другог. Да не би прерасла у своју супротност, Цицерон каже: „*Сви робујемо законима да бисмо били слободни*."[4] И Флорентинус указује на неодрживост апсолутне слободе, својом чувеном сентенцом: „*Слобода је од природе дато право свакоме да ради оно што му се свиђа сем онога у чему је спречен силом или правом*."[5] Четрнаест векова касније, Хуго Гроциус поставља темеље природног права, на учењу класичног римског права, посебно Домициуса Улпијана, за кога је природно право „*оно што је природа дала свим живим бићима*."[6] Овај морални, филозофски, етички и правни постулат учења природног права, као дела „*интелектуалне, духовне и материјалне, наднационалне и наткласне, културе сваког човека и свих људи заједно*"[7], налази свој пуни смисао и у наше време. „*Филозофија природног права надживела је све векове, да би нам се данас, као рационална концепција, представила именом људских права или права човека у кодификованом мозаику докумената Уједињених нација и стандардима Међународне заједнице*."[8]

Једно од најтежих кршења слободе је злостављање и мучење. Као начин добијања признања у кривичном поступку, познато је већ у рим-

---

[2] *Libertas inaestimabilis res est (Paulus – D. 50, 17, 106)*.

[3] *Liberae sunt nostrae cogitationes (Cicero – Pro Mil. 29)*.

[4] *Legibus idcirco omnes servimus, ut liberi esse possumus (Sec. Cicero – Pro Clue. 53, 146)*.

[5] *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere licet, nisi si quod viant iure prohibetu (Florentinus – D. 1, 5, 4 pr.)*.

[6] *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit (Ulpianus – D. 1, 1, 1,3)*.

[7] „Декларација Копаоничке школе природног права", 2.1. Текст предлога Декларације сачинио је проф. др Слободан Перовић. Предлог Декларације једногласно је усвојен 16. децембра 2002. године на Завршној пленарној седници Копаоничке школе природног права. Текст Декларације објављен је у часопису *Правни живот*, Београд, бр. 9/2002.

[8] *Ibid.*, 4.2.

ском праву. У права словенских и германских народа ушло је као реликт из римског права. У XV и XVI веку постаје легални институт кривичног права за добијање признања, познат као тортура[9]. Под тим називом користи се и данас, како у међународном праву, тако и у великом броју националних законодавстава. Као институт кривичног поступка, у већини европских држава укинута је крајем XVIII века. У XIX веку укнути су остаци физичке присиле према окривљенима, заостали из времена тортуре. Са хуманог становишта тортура заслужује најтежу осуду јер значи нерационалну примену најтежих облика мучења.[10] Данас је у свим правним системима цивилизованих земаља забрањена свака примена присиле било које врсте да би се изнудило признање, и кривичноправно је инкриминисана, јер представља најгрубље кршење људских права, утемељених на природном праву сваког људског бића на слободу.

Право на физички и психички интегритет у најужој је вези са заштитом људских права. До Првог светског рата донето је неколико декларација и конвенција које се односе на ратно право и заштиту особа у време рата. Ни након оснивања Лиге народа ситуација се није знатније променила. И даље је главни интерес био усмерен на спречавање рата као начина решавања нерешених међудржавних питања. Тек након Другог светског рата, у оквиру Уједињених нација, почиње стварна активност на доношењу докумената у вези са заштитом људских права и слобода.

[9] Корен речи тортура је латински глагол *torqueo, torsi, torsum*. Једно од значењу је „мучити". У том значењу израз је коришћен и у старом Риму. Најстрашнија тортура примењивана је у време инквизиције, у поступцима против јеретика. Инквизиција је основана актом *Inquisitio haereticae pravitatis* или *Sanctum officium*. Привилегиј за вођење инквизиције 1235. године дат је доминиканцима, а 1246. године и фрањевцима. Најпознатија је шпанска инквизиција, која се осамосталила у односу на Ватикан. На челу јој је био велики инквизитор, кога је постављао краљ. По окрутности никада није превазиђен инквизитор Томазо де Торквемада, доминиканац, постављен 1483. године.

[10] Владимир Бајер (*Bayer*), *Југославенско кривично процесно право, књига друга*, Загреб, 1978, 130.

II. Нормативна делатност у оквиру Уједињених нација

1. Повеља Уједињених нација[11]

Од самог оснивања, активност Уједињених нација на пољу људских права била је једна од основних активности ове светске организације. Повеља не спомиње тортуру. То је разумљиво, с обзиром на то да се ради о темељном документу Уједињених нација у којем се наводе основни циљеви и организациона структура. Међутим, без обзира на то, у преамбули се наводи решеност да се потврди вера у основна права човека и достојанство и вредност људске личности.[12] Један од задатака и овлашћења Уједињених нација, према одредби члана 13, став 1 тачка б Декларације, је да покреће проучавање и даје препоруке у циљу помагања остварења права човека и основних слобода.[13]

2. Општа декларација о људским правима[14]

Генерална скупштина је 10. децембра 1948. године усвојила и прогласила Општу декларацију о људским правима. Она је темељни међународноправни документ о људским правима. Из ње проистичу сви остали, донети у оквиру Уједињених нација и на регионалном нивоу. Представља суштину, и рецепција је свега што гарантује слободу и достојанство човека. У преамбули, Декларација се позива на Повељу Уједињених нација.

Члан 5 Декларације забрањује тортуру и свирепе, нечовечне и понижавајуће поступке и казне. Конкретизација је природног права и принципа универзалне правичности: *„Нико не сме бити подвргнут тортури или свирепом, нечовечном или понижавајућем поступку или казни."*

Одредба је генерална. Не одређује на кога се односи забрана поступања у супротности са одредбама Декларације.

---

[11] *Charter of the United Nations*. Потписана 26. јуна 1945. Ступила на снагу 24. октобра исте године. *Службени лист ДФЈ*, бр. 69/45.

[12] *„ ... to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, ...".*

[13] *„ ... assisting in the realization of human rights and fundamental freedoms ...".*

[14] *Universal Declaration on Human Rights*. Усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација *217 A (III)* од 10. децембра 1948.

О значају Опште декларације о људским правима видети: Војин Димитријевић, „Универзална декларација о људским правима после четрдесет година", *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, бр. 4/1988.

3. Међународни пакт о грађанским и политичким правима [15]

У преамбули Пакт се позива на Општу декларацију о правима човека. Члан 7 Пакта идентичан је са чланом 5 Декларације. Забрањује подвргавање тортури, нечовечном или понижавајућем поступку или казни. Шири је од члана 5 Декларације утолико што одређује да нико не сме без свог слободног пристанка бити подвргнут лекарским или научним експериментима. Члан 10 одређује да се са сваким ко је лишен слободе мора поступати човечно и са поштовањем урођеног достојанства људске личности.[16]

Ни Пакт не одређује на која се лица односи забрана поступања у супротности са одредбама Пакта. Без обзира на то, имајући у виду смисао члана 7 Пакта, као и члана 5 Декларације, очигледно је да се ради о лицима која делују у службеном својству. То потврђују и одредбе докумената који су следили након Пакта.

Пактом је предвиђено да се установи Комитет за људска права, којем ће странке Пакта подносити извештаје о донетим мерама којима се спроводе права призната Пактом и о напретку у остваривању тих права.[17] Почетак рада Комитета за људска права у првим годинама његовог деловања био је највећим делом обележен разматрањем питања тортуре.

---

[15] *International Covenant on Civil and Political Rights*. – додатак резолуцији Генералне скупштине Уједињених нација *2200 A(XXI)* од 16. децембра 1966. Ступио на снагу 23. марта 1976. *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71, *UN Doc. A/6316(1966), 999 UNTS 171.*

О међународном пакту о грађанским и политичким правима видети: „Општи коментари одредби Међународног пакта о грађанским и политичким правима донесени од стране Комитета за људска права", *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, Београд, бр. 1/1989, 31–71.

[16] Опширније у вези са заштитом слобода и права у кривичном поступку у светлу одредаба Међународног пакта о грађанским и политичким правима видети: Ђорђе Лазин, „Ефикасност кривичног поступка и заштита слободе и права грађанина гарантованих Међународним пактом о грађанским и политичким правима", *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, Београд, бр. 4/1986.

О концепту људског достојанства у заштити људских права видети: Родољуб Етински, „Људско достојанство и људска права", *Правни живот*, Београд, бр. 12/2013, 107–124.

[17] Опширније о Комитету за људска права видети: Војин Димитријевић, „Комитет за људска права", Објављено у: Војин Димитријевић, Јелена Јолић, Синиша Милатовић, Весна Петровић, *Заштита индивидуалних права пред уговорним телима Уједињених нација*, Београд, 2003.

Уз Пакт постоје два факултативна протокола. Првим Факултативним протоколом[18] странке Протокола признају надлежност Одбора за права човека да прима и разматра представке појединаца који потпадају под њихову јурисдикцију, који тврде да су жртве повреде неког од права наведених у Пакту од стране државе чланице. Другим Факултативним протоколом[19] одређена је забрана изрицања и предузимање мера за укидање смртне казне.

4. Декларација о заштити свих лица од тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни[20]

Генерална скупштина Уједињених нација усвојила је ову Декларацију 17. децембра 1975. године. Декларација представља нови приступ овој материји, јер више не третира тортуру и друге свирепе, нечовечне и понижавајуће поступке и казне генерално, заједно са осталим видовима кршења људских права. На ову Декларацију позивају се Кодекс понашања лица одговорних за примену закона и Конвенција против тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни.

У члану 1 Декларација дефинише тортуру. У готово неизмењеном тексту, то одређење тортуре наведено је и у члану 1 Конвенције против тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни.[21] Не дефинише свирепе, нечовечне и понижавајуће поступке и казне. Разлог за такав поступак наведен је у коментару члана 5 под ц) Кодекса понашања лица одговорних за спровођење закона: *„Израз 'свирепи, нечовечни или понижавајући поступак или казна' није одредила*

---

[18] *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*. Усвојен резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација *2200 A(XXI)* од 16. децембра 1966. Ступио на снагу 23. марта 1976 – *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/01. *UN Doc. A/6316(1966), 999 UNTS 302*.

[19] *Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*. Усвојен резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 44/128 од 15. децембра 1989. године. Ступио на снагу 11. јула 1991 – *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/01. *UN Doc. A/44/49(1989), UNTS, vol. l642*.

[20] *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Усвојена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација *3452 (XXX)* од 9. децембра 1975. *UN Doc. A/10. 034(1975)*.

[21] Текст члана наведен у делу рада о Конвенцији против тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих казни и поступака.

Генерална скупштина, него треба да се тумачи тако да се осигура најшира могућа заштита од злоупотреба физичког или менталног карактера."

5. Кодекс понашања лица одговорних за спровођење закона[22]

Пре доношења Конвенције против тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни, утемељен на Декларацији о заштити свих лица од тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни, на коју се у преамбули и позива, усвојен је Кодекс понашања лица одговорних за примену закона. Као што се види, већ је у називу документа наведен круг лица на која се односи; која су то лица наведено је у коментару члана 1 под а) и б):

„а) Израз „лица одговорна за примену закона" обухвата све представнике закона, наименоване или изабране, који извршавају полицијска овлашћења, а нарочито хапшење и притварање.

б) У земљама где полицијска овлашћења спроводе војне власти, у униформи или у цивилу, или снаге државне безбедности, израз „лица одговорна за примену закона" примењује се и на припаднике тих служби."

Члан 5 Кодекса одређује:

„Ниједно лице одговорно за спровођење закона не може примењивати, подстицати или допуштати тортуру или неки други свирепи, нечовечни или понижавајући поступак или казну, нити се може позивати на то да је добило наређење од претпостављеног или на изузетне околности попут ратног стања, ратне опасности, претње националној безбедности, унутрашње политичке нестабилности или било којег другог ванредног стања као оправдања за тортуру или други свирепи, нечовечни или понижавајући поступак или казну."

За разлику од ранијих докумената, одређење Пакта је шире, јер искључује позивање на наређење добијено од претпостављеног, као и на наведене ванредне околности, а то је управо оно на што се често позивало у случајевима грубих кршења људских права, представљајући те околности као више циљеве.

---

[22] *Code of Conduct for Law Enforcement Officials*. Усвојен резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 34/169 од 17. децембра 1979. Не подлеже ратификацији, јер није међународни уговор – *UN Doc. A/34/46(1979).*

6. Конвенција против тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни [23]

И Конвенција против тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни у преамбули се позива на Декларацију о заштити свих лица од тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни од 9. децембра 1975. године.

Ни ова Конвенција, као ни ранији документи, не дефинише свирепе, нечовечне и понижавајуће поступке и казне, иако се, што свакако произилази и из назива, односи не само на тортуру, него и на друге свирепе, нечовечне и понижавајуће поступке и казне. У члану 1, који је готово идентичан са чланом 1 Декларације о заштити свих лица од тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни, дефинише само тортуру:

> „(1) У смислу ове Конвенције, израз „тортура" означава сваки акт којим се неком лицу намерно наносе бол или тешке физичке или психичке патње, у циљу добијања од њега или неког трећег лица обавештења или признања или њиховог кажњавања за дело које је то или неко треће лице извршило или за чије извршење је осумњичено, застрашивања тог лица или вршења притиска на њега или застрашивања или вршења притиска на неко треће лице или из било којег другог разлога заснованог на било којем облику дискриминације, ако тај бол или те патње наноси службено лице или било које друго лице које делује у службеном својству или на његов подстицај или са његовим изричитим или прећутним пристанком. Тај израз се не односи на бол или патње које су резултат искључиво законских санкција, неодвојивих од тих санкција или које те санкције проузрокују.
>
> (2) Овај члан је без штете по било који међународни инструмент или било који национални и закон који садржи или може садржати одредбе ширег значаја."

У смислу радње извршења, тортуром се сматра намерно наношење бола или тешких физичких или менталних патњи.

Као и Кодекс о понашању лица одговорних за примену закона, и Конвенција, као оправдање за тортуру искључује позивање на изузетне околности, било да се ради о ратном стању или опасности од рата,

---

[23] *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.* Усвојена и отворена за потписивање, ратификацију и приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 39/46 од 10. децембра 1984. Ступила на снагу 26. јуна 1987 – *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 9/91. *UN Doc. A/39/51(1984).*

унутрашњој политичкој нестабилности или било којем другом стању. Такође, сходно ставу 3 члана 2, као оправдање за тортуру не сматра се ни наредба претпостављеног или органа власти.

Кад је реч о кругу лица на која се односи забрана поступања противног одредбама Конвенције, она има шире одређење од Кодекса понашања лица одговорних за примену закона, јер је службено или било које друго лице које делује у службеном својству шира категорија од лица одговорног за примену закона.

Службена лица или било која друга лица која делују у службеном својству или на њихов подстицај или са њиховим изричитим или прећутним пристанком наводе се као учиниоци тортуре, али не и других свирепих, нељудских или понижавајућих поступака и казни. Ова формулација не би се смела тумачити уско лингвистички, јер би такво тумачење могло навести на закључак да се као учиниоци свих осталих дела обухваћених Конвенцијом могу сматрати и сва остала лица, ван наведених категорија лица. Одредбу члана 1 Конвенције треба тумачити доводећи је у везу са одредбом члана 5 Кодекса о понашању лица одговорних за спровођење закона, по којем су само лица одговорна за спровођење закона потенцијални учиниоци не само тортуре него и других свирепих, нељудских или понижавајућих поступака или казни.

Спровођење Конвенције надгледа Комитет против тортуре[24]. То је тело Уједињених нација установљено у складу са чланом 17 Конвенције, које чини десет независних експерата, којем државе чланице шаљу извештаје у вези са спровођењем Конвенције. Почео је са деловањем 1. јануара 1988. године.

Опционим протоколом[25] којег је Генерална скупштина Уједињених нација усвојила 18. децембра 2002. године, а ступио на снагу 22. јуна 2006. године, установљен је Поткомитет за спречавање тортуре[26]. То је тело које има мандат да посећује места у државама чланицама где се налазе особе лишене слободе.

[24] *Committee against Torture (CAT).*

[25] *Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (OPCAT); UN Doc. A/RES/57/199.*

[26] *Subcommittee on Prevention of Torture and other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (SPT).*

III. Нормативна делатност у оквиру Савета Европе

С обзиром на важност и значај заштите људских права, а посебно ценећи европску традицију идеје хуманизма, европске државе су, поред деловања у оквиру Уједињених нација, паралелно активно деловале на међународноправној регулативи и заштити људских права и на регионалном плану, у оквиру Савета Европе. То је неминовно укључивало и забрану тортуре. На том пољу два најзначајнија документа су Конвенција за заштиту људских права и основних слобода и Европска конвенција о спречавању тортуре и нечовечних или понижавајућих поступака или казни.

1. Конвенција за заштиту људских права и основних слобода[27] (позната као Европска конвенција о људским правима)

Међународноправна регулатива у оквиру Уједињених нација била је узор за деловање у оквиру Савета Европе. То се види и по томе што је члан 3 Конвенције идентичан са чланом 5 Опште декларације о правима човека и чланом 7 Међународног пакта о грађанским и политичким правима: „*Нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступку или кажњавању*".[28]

Овом Конвенцијом отишло се даље од нормативне регулативе. Да би се обезбедило поштовање обавезе из Конвенције, и протокола уз њу, установљен је 21. јануара 1959. године Европски суд за људска права[29] (у даљем тексту „Суд") на основу члана 19 Конвенције. Суд је наднационални и наддржавни орган за заштиту људских права. Од 1959. до 1998. године деловао је као једна од три институције Савета Европе. Поред Суда, судску функцију је, од 1954. године, обављала и Европска

---

[27] *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Рим, 4. новембра 1950. године. Ступила на снагу 3. септембра 1953. године – *Службени лист СЦГ-Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005-испр.; *Службени гласник РС-Међународни уговори*, бр. 12/2010; *ETS No. 005*.

[28] Видети: Љуба Слијепчевић, „Забрана мучења – члан 3 Европске конвенције о људским правима", *Билтен судске праксе Вишег суда у Новом Саду*, Нови Сад, бр. 2/2011; Владимир Вековић, „Заштита од мучења лица лишених слободе – у праву и пракси Европске конвенције о људским правима", *Правни живот*, Београд, бр. 9/2005.

[29] *European Court of Human Rights; Cour européenne des droits de l'homme*. Суд има седиште у Стразбуру.

комисија за људска права.[30] Иако је у почетку имала улогу централног органа Савета Европе за заштиту људских права, није била судски орган у правом смислу јер није пресуђивала у споровима него посредовала ради мирног решења спора. Стални судски орган за заштиту људских права Суд је постао 1. новембра 1998. године, кад је ступио на снагу Протокол број 11,[31] којим је укинута Комисија.[32] Специфичност Суда је у томе да му се, без обзира што је међународни суд, обраћају, првенствено, појединци, групе појединаца, као и невладине организације. Поред наведених субјеката, поступак пред Судом могу иницирати и државе уговорнице једна против друге.

На члан 3 Конвенције, као темељну одредбу, позивају се пресуде Суда, донете у поступцима иницираним ради кршења људских права повређивањем физичког и психичког интегритета. У пресуди *Ribitsch против Аустрије* од 4. децембра 1995. године[33] наводи се да захтеви истраге и тешкоће у борби против криминала не могу бити оправдање да се постављају границе у вези са поштовањем физичког интегритета особа.[34] Такав поступак сматра се кршењем члана 3 Конвенције. У пресудама *Tomasi против Француске* од 27. августа 1992. године [35] и *Askoy против Турске* од 18. децембра 1996. године[36] Суд ја заузео становиште да чак ни учествовање у терористичким акцијама не може оправдати примену мера које су противне члану 3 Конвенције, за којег Суд наводи да представља израз фундаменталних вредности демократског друштва.[37] У пресуди *Askoy против Турске* наводи се да је тортура нехумано

[30] *European Commission of Human Rights.*

[31] *Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; ETS No. 155.*

[32] Комисија је наставила са радом до 31. 10. 1999. ради окончања текућих поступака.

[33] *Judgment of 4 December 1995, Ribitsch v. Austria; Series A, No. 336; Application No. 18896/91.*

[34] *„It reiterates that the requirements of an investigation and the undeniable difficulties inherent in the fight against crime cannot justify placing limits on the protection to be afforded in respect of the physical integrity of individuals."*

[35] *Judgment of 27 August 1992, Tomasi v. France; Series A, No. 241-A; Application No. 12850/87.*

[36] Judgment of 18 December 1996, *Askoy v. Turkey*; Publication 1996 – VI, No. 26.

[37] *„Article 3, as the Court observed on many occasions, enshrines one of the fundamental values of democratic society. Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against organised terrorism and crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment."* Пресуда *Askoy против Турске.*

поступање које узрокује врло озбиљне и тешке патње.[38] У пресуди *Coering против Уједињеног Краљевства* од 7. јула 1989. године[39] пресуђено је да би изручење у Сједињене Америчке Државе било противно одредби члана 3, јер би изручено лице могло бити осуђено на смртну казну.

2. Европска конвенција о спречавању тортуре и нечовечних или понижавајућих поступака или казни[40]

Иницијатива за доношење Конвенције потекла је од Комитета за правна питања Саветодавне скупштине Савета Европе. Ценећи значај материје, изради текста Конвенције пришло се са изузетном пажњом. У току припрема, Комитет министара се саветовао са Европском комисијом и Судом за људска права. Пре него што је уводни нацрт Конвенције прослеђен Координационом комитету, Комитет експерата је узео у обзир мишљење Европског комитета за сарадњу у области права и Европског комитета за кривичноправна питања.

У преамбули, Конвенција се позива на Конвенцију о заштити људских права и основних слобода од 4. новембра 1950. године (Европска конвенција о људским правима), посебно на члан 3 (забрана подвргавања мучењу, нечовечном или понижавајућем поступку или кажњавању). Конвенцијом се установљава Европски комитет за спречавање тортуре и нечовечних или понижавајућих поступака и казни.[41] Комитет је почео деловати у новембру 1989. године, непуних годину дана након што је Конвенција ступила на снагу, а већ 16. новембра те године усвојио је Правила о поступку. Установљавање Комитета и његова активност у складу са одредбама Конвенције значи могућност активне контроле спровођена преузетих међународноправних обавеза

---

[38] *„... inhuman treatment causing very serious and cruel suffering".*

[39] *Judgment of 7 July 1989, Coering v. United Kingdom; Series A, No. 161; Application No. 14038/88.*

[40] *European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.* Комитет министара Савета Европе усвојио је текст Конвенције 26. јуна 1987. године. Отворена за потписивање државама чланицама Савета Европе 26. новембра 1987. године; ступила на снагу 1. фебруара 1989. године – *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03; *ETS No. 126*.

[41] *Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.*

Опширније о Европском комитету за спречавање тортуре и нечовечних или понижавајућих поступака и казни видети: Ивана Крстић, „Европски комитет за спречавање мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака", *Правни живот*, Београд, бр. 12/2004.

од стране држава уговорница, како је то одређено у члану 2 Конвенције: *„Свака страна уговорница ће дозволити да се, у складу са овом Конвенцијом, спроводе посете особама које су јавне власти лишиле слободе на сваком месту које је у оквиру њене надлежности."*

Имајући у виду значај ове Конвенције, Протоколом број 1[42] омогућено је приступање Конвенцији и држава које нису чланице Савета Европе, по позиву Комитета министара Савета Европе.

3. Додатни протокол Европској конвенцији о сузбијању тероризма[43]

Европска конвенција о сузбијању тероризма[44] темељни је мултилатерални антитерористички акт Савета Европе, донет због актуелности проблема тероризма по убрзаном поступку 1977. године. Ступила је на снагу 1978. године. Конвенција у многоме редуцира изузетке већ постојеће обавезе изручења, како извршиоци не би остали некажњени. Међутим, без обзира на озбиљност тероризма као глобалног проблема, ценећи значај људских права, а у складу са Европском конвенцијом о људским правима и судском праксом Европског суда за људска права, Додатни протокол у члану 4. искључује обавезу изручења ако би изручена особа могла бити подвргнута тортури [45].

IV. Устав и законодавство Србије

Југославија је активно деловала на пољу међународноправне регулативе и ратификовала већину међународних уговора у вези са заштитом људских права. Република Србија је прихватила међународноправне обавезе бивше државе. У складу са тим су и одредбе Устава, Кривичног законика и Законика о кривичном поступку.

---

[42] *Protocol No. 1 to the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Отворен за потписивање 4. новембра 1993.* Ступио на снагу 1. марта 2002; *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03; *ETS No. 151.*

[43] *Protocol amending the European Convention on the Suppression of Terrorism, Стразбур, 15. мај 2003. ETS No. 190.*

[44] *European Convention on the Suppression of Terrorism, Стразбур, 27. јануар 1977. European Treaty Series, No. 90. Ступила на снагу 4. августа 1978 – Службени лист СРЈ-Међународни уговори*, бр.10/2001.

[45] *„Nothing in this Convention shall be interpreted as imposing on the requested State an obligation to extradite if the person subject of the extradition request risks being exposed to torture."*

1. Устав Републике Србије

Неповредивост физичког и психичког интегритета гарантована је одредбом члана 25 Устава Републике Србије:[46]

„(1) Физички и психички интегритет је неповредив.

(2) Нико не може бити изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка."

2. Кривични законик

У Кривичном законику,[47] тортура је инкриминисана у члану 137, као кривични дело злостављања и мучења:

„(1) Ко злоставља другог или према њему поступа на начин којим се вређа људско достојанство, казниће се затвором до једне године.

(2) Ко применом силе, претње, или на други недозвољени начин другоме нанесе велики бол или тешке патње с циљем да од њега или од трећег лица добије признање, исказ или друго обавештење или да се он или неко треће лице застраши или незаконито казни, или то учини из друге побуде засноване на било каквом облику дискриминације, казниће се затвором од шест месеци до пет година.

(3) Ако дело из ст. 1. и 2. овог члана учини службено лице у вршењу службе, казниће се за дело из става 1. затвором од три месеца до три године, а за дело из става 2. затвором од две до десет година."

За разлику од међународноправне регулативе, Кривични законик је шири у одређењу извршилаца овог кривичног дела. Док из текста Конвенције против тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни и Кодекса понашања лица одговорних за примену закона следи да се ради о лицима која поступају као службена лица, по одредбама члана 137 Кривичног законика кривично дело из овог члана може учинити свако лице. Ако га учини службено лице у вршењу службе, то представља квалификаторно обележје. У смислу одредбе у члану 112, став 3 Кривичног законика службеним лицем сматра се:

„1) лице које у државном органу врши службене дужности;

2) изабрано, именовано или постављено лице у државном органу, органу локалне самоуправе или лице које стално или повремено врши службене дужности или службене функције у тим органима;

---

[46] *Службени гласник Републике Србије*, бр. 83/2006 и 115/2021.

[47] *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/2005, 88/2005–испр., 107/2005–испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

3) јавни бележник, јавни извршитељ и арбитар, као и лице у установи, предузећу или у другом субјекту, којем је поверено вршење јавних овлашћења, које одлучује о правима, обавезама или интересима физичких или правних лица или о јавном интересу;

4) службеним лицем сматра се и лице којем је фактички поверено вршење појединих службених дужности или послова;

5) војно лице."

Службено лице из члана 112, став 3 Кривичног законика обухвата шири круг лица него лице одговорно за примену закона из коментара члана 1 под а) и б) Кодекса понашања лица одговорних за примену закона. У односу на одређење из члана 1, став 1 Конвенције против тортуре и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни, које се може врло широко тумачити, одређење из члана 112, став 3 Кривичног законика није нимало уже, али је конкретније.

3. Законик о кривичном поступку

Забрана тортуре и нечовечних и понижавајућих поступака према окривљеном или другом учеснику у кривичном поступку одређена је, у складу са међународноправном регулативом, и у члану 9 Законика о кривичном поступку[48] (Забрана мучења, нечовечног поступања и изнуде), који је део Основних одредаба из Главе I:

„Забрањена је и кажњива свака примена мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку."

Сличну одредбу садржавао је и претходни Законик о кривичном поступку,[49] у члану 12, који је део Основних начела из Главе I: *„Забрањено је и кажњиво свако насиље, као и свако изнуђивање признања или какве друге изјаве од окривљеног или другог лица које учествује у поступку*."

[48] *Службени гласник Републике Србије*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлуке УС и 62/2021 – одлука УС.

[49] *Службени лист Савезне Републике Југославије*, бр. 70/2001, 68/2002; *Службени гласник Републике Србије*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009, 76/2010.

4. Закључак

Очигледно је да законодавство Србије следи и прихвата решења и стандарде у вези са заштитом људских права, установљене у темељним међународноправним документима.[50]

Đorđe Sarapa, PhD,
attorney at law, Belgrade

PROHIBITION OF TORTURE AND OTHER CRUEL, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT

Summary:

The Universal Declaration on Human Rights forbids torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The document is followed by the International Covenant on Civil and Political Rights, Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Code of Conduct for Law Enforcement Officials, and the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

On a regional plan, within the ambit of the Council of Europe, the most important international legal documents are the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

The provisions of the Constitution of the Republic of Serbia, the Penal Code, and the Law on Criminal Procedure are in harmony with the international legal regulations. The Constitution of the Republic of Serbia guarantees the sanctity of a person's physical and psychological integrity. The Penal Code incriminates torture as a crime of abuse and punishment. The Law on Criminal Procedure further forbids torture and inhuman and degrading treatment.

Key words*:* torture, human rights, international law, United Nations, Council of Europe, Constitution of the Republic of Serbia, Penal Code, Law on Criminal Procedure

---

[50] О примени међународноправно установљених стандарда у националном законодавству видети: Ђорђе Лазин, „Ефикасност кривичног поступка и заштита слободе и права грађана гарантованих Међународним пактом о грађанским и политичким правима", *Зборник: Девето саветовање Удружења за кривично право и криминологију СР Србије*, Златибор, 1986, 69–83; Владимир Вековић, „Стандарди Европског комитета против мучења", *Правни живот*, Београд, бр. 9/2004, 761–776; Владимир Вековић, „Стандарди Европског комитета против мучења и пенитенцијарна регулатива и пракса у Републици Србији", Међународни научни скуп, Тара, 2004, *Зборник: Примена међународних кривичних стандарда у националним законодавствима*, 327–341.

UDK

Др Драган Нововић
адвокат у Новом Пазару*

ПУТЕВИ ОБЕШТЕЋЕЊА ЖРТАВА РАТА ИЗ СРБИЈЕ**
У вези са за догађајима из Другог светског рата

Сажетак:

У раду се, применом аналитичке и историјске методе, говори о ратној штети причињеној Србији од Немачке у Другом светском рату: о различитом приступу обрачуна висине штете од надлежних домицилних и међународних институција; о мерама које је Југославија као правни претходник Србије предузимала да постигне наплату ратне штете и обештећење жртава, као и о правцима даљих покушаја да Република Србија од Немачке наплати преостали ратни дуг у износу од 548.311.768,00 УСД. Циљ је да се, поред дипломатског приступа, иницира поступак судске заштите обештећења жртава подношењем заједничке тужбе од стране заинтересованих држава пред Међународним судом правде против Немачке, због неиспуњавања уговорних обавеза, пре свих из Лондонског споразума из 1953. године, и оснивање мешовитог међународног тела које би поступало у име заинтересованих држава.

Кључне речи: Други светски рат, ратна штета, жртве нацизма, повреда хуманитарних права, обештећење

---

* Др Драган Нововић, адвокат, је члан и координатор Комисије Владе Републике Србије за питања процене ратне штете из Другог светског рата и члан Експертског тима Министарства спољних послова Републике Србије, за утврђивање злочина геноцида над Србима, Јеврејима и Ромима у Другом светском рату.

** Као заступник жртава Другог светског рата из Србије, аутор је овај рад изложио на међународној конференцији *POST-CONFLICT JUSTICE: OPENING LEGAL PATHS / POST WAR JUSTICE. ESTABLISHING A LEGAL PATH*, која је одржана 13. јуна 2023. године у Атини, у организацији влада Републике Пољске, Италије и Грчке.

I. Структура ратне штете причињене Југославији[1]
(Процене југословенских институција)[2]

У Југославији је у Другом светском рату смртно страдало око 1.706.000 становника, по чему је по броју жртава, после Русије и Пољске, земља са највећим бројем страдалих у односу на број становника. Око 700.000, углавном Срба, али и Рома и Јевреја, побијено је у комплексима логора Јасеновац на територији тадашње Независне Државе Хрватске, и око 20.000 деце. Од ратних дејстава потпуно је онеспособљено око 425.000 људи, у ратно заробљеништво одведено је 234.721 војника и 2.653 официра Војске Краљевине Југославије, интернирано је, депортовано и одведено на принудни рад око 350.000 људи.

У пољопривреди је уништено око 18.000.000 воћки, 84.496 хектара винограда, уништено или опљачкано 798.132 коња, 2.397.343 говеда, 6.324.000 оваца и коза, 2.123.282 свиње, 12.604.817 комада живине, 329.450 комада пчелињих кошница, опљачкано је и одвучено 1.910.364 вагона житарица и биљних производа, 1.766 вагона вуне, уништено је 1.530 трактора, 2.480 парних локомобила, 5.300 разних мотора, 495.890 плугова, 485.000 сељачких кола, 8.900 рибарских чамаца и бродова, већих и мањих рибарских мрежа 21.500 комада, итд.

У шумарству је девастирано 295.000 расадника и шума, а око 175.000 хектара шума претворено је у камењар, посечено је око 48.700.000 кубних метара дрвета. Поред тога, окупатор је присвојио затечене залихе обрађеног дрвета, и то: целулозног, таинског и огревног дрвета око 2.200.000 м^3, техничког дрвета око 3.400.000 м^3, паркета, фурнира и шперплоча око 87.000 кубних метара. Потпуно је уништено 1.150 пилана, а оштећено још 1.316 објеката, једна фабрика шибица, две фабрике за импрегнацију дрвета, једна фабрика шперплоча, итд.

У осталој индустрији, материјална штета само на зградама и постројењима, процењена је на 106.000.000 УСД (из 1938), тј. 36,5% од вредности целокупне индустрије. У хемијској индустрији је разорена 21 фабрика, а 57 је оштећено. Штета је процењена на 16.000.000 УСД. У

[1] Југославија је правни претходник Србије. После њеног распада и сецесије бивших република у њеном саставу, Србија је са 35% следбеник свих њених преосталих финансијских потраживања према иностранству.

[2] Извештај Репарационе комисије при Влади ФНРЈ *Људске и материјалне жртве Југославије у ратном напору 1941–1945*. Извештај је коришћен на мировној конференцији у Паризу 1946. године на основу којег је Конференција признала Југославији укупну ратну штету у износу од 9,1 милијарди УСД, од чега је Немачка одговорна за 7,1 милијарду УСД по курсу долара из 1938.

металној индустрији, разорено је 18 фабрика, а оштећено 52 фабрике, процењена штета износи 27.500.000 УСД. У електроиндустрији, разорено је 75 централа, а оштећено њих 79. Процењена штета износи 18.000.000 УСД, све према вредности долара из 1938. године, итд.

Рударству су причињене такође огромне штете уништавањем и рушењем рудничких постројења и зграда, затрпавањем и потапањем рудних окана, нерационалном експлоатацијом рудника, и слично. Разорено је и оштећено 142 рудника угља, 7 рудника олова и цинка, 2 рудника бакра, 12 рудника железа, 8 рудника антимона, 9 рудника хрома, итд. Само из рудника бакра из Бора одвучено је више од 115.000 тона бакра (115 милиона УСД по вредности из 1938. године), затим огромне количине олова и цинка. Из рудника олова у Трепчи однето је 62.897 тона рафинираног олова, 80.893 тона цинк-концентрата и 20.846 кг сребра, што обрачунато према данашњим вредностима износи неколико десетина милијарди УСД.

Саобраћајна структура је, такође, катастрофално оштећена. Немци су, специјалним машинама за уништавање прагова и шина, разорили скоро све постојеће железничке пруге. Рушили су и спаљивали железничке станице и постројења и возни парк. Одвучено је или уништено 976 локомотива, 30.301 вагон, оштећено је 465 локомотива и 15.905 вагона. Уништено је свих 13 великих мостова челичне конструкције, у укупној дужини од 5.450 м, а разорено је још 1.685 мањих челичних или камених мостова у дужини од 41.180 м, те 1.875 дрвених мостова у укупној дужини од 45.627 м. Реквирирано је и одвучено 30.238 аутомобила, 5.920 аутобуса, 1.250 шпедитерских кола, 2 милиона двеста педесет хиљада бицикала, 18.540 кола. Тешко су оштећена сва три велика бродоградилишта, а од 83 мања многа су сасвим уништена, а преостала знатно оштећена.

Цивилно ваздухопловство је потпуно уништено. Од укупно 95 бродова дуге и велике обалне пловидбе Југославија је изгубила 56. Изгубљено је још 60 бродова обалне пловидбе, 166 моторних бродова и 1.734 других мањих пловних објеката.

Изгубљено је 35 већих путничких бродова, 115 теретних речних бродова, 505 шлепова, 650 већих и 8.301 мањих пловних речних објеката. Пристаништима и лукама на мору нанесене су огромне штете рушењем и разарањем лучких постројења. Посебно је страдала ријечка лука и индустрија; међутим, ова штета није урачуната у нашу ратну штету. Сличан случај је и са Задром.

Од укупно 210 болница, 179 је тешко оштећено, уништено или опљачкано.

Просвета је посебно страдала. Пре свега, спаљена је Народна библиотека у Београду са својих 500 хиљада свезака и 1.390 оригиналних рукописа и много других докумената, као и осталих штампаних књига. Од укупно 10.900 школа, велики број је потпуно уништен, у 5.397 случајева уништени су кабинети и лабораторије, а у 6.478 библиотеке. У Београду су Немци запалили нову зграду Универзитета у Београду и уништили збирке, библиотеке, лабораторије и научне институте.

Опљачкане су и архиве, нарочито архив Српске академије наука, Државни архив, Трогирски архив, Дубровачки архив, музеји у Београду и другим градовима.

Тешко су оштећени многи историјски споменици, у првом реду Смедеревски град у Србији. Срушено је 450, а оштећено 800 православних цркава, оштећени су тешко средњевековни манастири (Жича, Хопово и др), итд.

Само у бомбардовању Београда 6. априла 1941. године погинуло је 2.274 људи. Порушено је 627 зграда, веома оштећена 1.601 зграда, делимично оштећено 6.829 зграда (укључујући део зграде Старог двора). Тешко је оштећена Вазнесењска црква у којој је било верника који су били дошли на јутрење. Најзначајнији споменик културе, Народна библиотека, потпуно је уништена.

Штета, проузрокована губитком људских живота, оштећењима телесног интегритета и здравља као и губитком слободе, одвођењем на принудни и робовски рад ратних заробљеника, интернираца, присилно расељених лица, принудно мобилисаних, вишеструко је већа од материјалне штете и никада није извршена њена званична процена.

У Крагујевцу је, током неколико дана, побијено око 7.000 цивила,[3] од чега и 270 деце. Немци су одводили на стрељање право из школске клупе читаве разреде ђака. Најмлађи је имао 11 година. На сличан начин је поубијано око 2.190 цивила у Краљеву.[4]

У логорима и кроз логорске организације, нацисти су вршили и непосредне злочине. Код Београда су основана два концентрациона ло-

[3] На суђењу у Нирнбергу (20. новембар 1945 – 1. октобар 1946) прихваћено је да је у Крагујевцу 21. октобра 1941. године стрељано око 7.000 цивила. Тачна имена и презимена стрељана 2.792 грађанина наведена су на спомен плочи музеја у Шумарицама, Крагујевац.

[4] Према подацима музеја у Краљеву, више од половине краљевачких жртава чинили су радници Фабрике авиона и железничари, али ту су били и учитељи, професори, свештеници, бербери, судије, зидари, домаћице, жандарми, а најмање 102 лица су била млађа од 18 година. Стрељани су чак и болесници из краљевачке болнице. Жртве су углавном били православци, али је било и 73 католика од којих су већину чинили Словенци.

гора: Бањица[5] и Сајмиште.[6] Процењено је да је кроз Бањички логор прошло више од 90.000 људи. Утврђено је да је у Јајинцима ископано и спаљено око 68.000 лешева. Многа лица су одвођена право на стрељање, код Јајинаца, а да нису ни спроведена кроз евиденције логора.

Логор Сајмиште је формиран као гето-логор (*Judenlager*) за српске Јевреје, а коришћен је од СС јединица и за све остале нацистичке акције, уперене како против припадника покрета отпора тако и против цивилног становништва. Из њега су људи одвођени на убијање у мочваре Доњег Баната, код Панчева и Јабуке. Ту је, само током два дана, стрељано више од 16.000 људи. Нађени су ровови са по 6.500 лешева, са 3.600 лешева, итд. Неки *Walter* је послао извештај да је за 40 минута убијао по 100 људи.

Логор, у којем је извршен највећи број злочина, јесте Јасеновац,[7] на територији ондашње нацистичке, марионетске Независне Државе Хрватске.

Према процени Репарационе комисије при Влади ФНРЈ од 1945. године, укупна ратна штета коју је Југославија претрпела у Другом светском рату износила је 46,9 милијарди долара (по вредности из 1938. године – обрачун висине је вршен по ценама уочи рата). Од тога, на нацистичку Немачку отпада 35,786 милијарди долара.[8] Прерачунато на данашње вредности, узимајући као параметар за обрачун цену злата (цена једне унце злата је 1938. године била око 35, а данас је око 1.900 УСД), износ ратне штете од Немачке би износио око 1.800 милијарди УСД. Експертски тим Заједнице удружења жртава Другог светског рата Југославије, проценио је да дуг Немачке према Србији у данашње време износи око 548.311.768,00 УСД.[9]

---

[5] Логор Бањица је основан у јуну 1941. године, а немачка војска га је напустила 3. октобра 1944. године, пошто су претходно ископани и затим спаљени лешеви на месту Јајинци код Београда. Лица која су ископавала и спаљивала лешеве и сама су била побијена. Такође је и знатан део логорске архиве уништен.

[6] У логору Сајмиште поубијано је преко 50.000 људи, а кроз њега је прошло 150.000–200.000 људи. Он је био резервоар и за принудну радну снагу. Када би људи постали исцрпљени и преморени, одвођени су на стрељање.

[7] Gideon Greif, „*Jasenovac was for a long time under the whale od silence as a Hidden Holocaust*", JASENOVAC AUSCHWITZ OF THE BALKANS Ustasha empire of cruetly, Knjiga komerc, Beograd, 2018.

[8] Исто

[9] Експертским тимом, чији је један од чланова био и аутор овог рада, руководио је проф. др Иван Чукаловић, шеф Катедре за Међународно јавно право на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу.

II. Путеви обештећења

На Париској мировној конференцији[10] Југославији је призната само материјална штета, у висини од 9 милијарди и 145 милиона УСД, од чега је Немачка одговорна за 7,1 милијарди УСД по курсу из 1938. године.

Завршни акт о репарацијама, усвојен на Париској конференцији, оставио је питање репарација отворено и у погледу висине, и у погледу облика, као и у погледу трајања. У члану 2, став Б, свакој држави је остављено да, са Немачком, коначно уреди питање репарација и да јој поставља разне друге захтеве.[11] Конвенцијом, закљученом 23. октобра 1954. године између западних савезника и Немачке, о уређењу питања насталих из рата и окупације, питање репарација је остављено за мировни уговор или евентуалне споразуме, који би били пре тога закључени.[12]

Уговор о миру између Југославије и Немачке, а након распада Југославије, ни између Србије и Немачке никада није закључен, а ни евентуални споразум о исплати ратне штете, тако да је то питање отворено и данас. Заправо, један од разлога за великим ангажовањем Немачке на разбијању Југославије крајем двадесетог века, и признавања Хрватске и Словеније, био је да се питање репарација из Другог светског рата дефинитивно скине са дневног реда.

Репарациона политика савезничких земаља према Немачкој после Другог светског рата и њени резултати, могу се обележити као неуспели, с гледишта правде уопште. као и интереса Југославије, и Србије посебно. Она је изневерила оба постављена циља: нити је Немачка онемогућена као потенцијални агресор, нити је допринела обнови и подизању земаља разорених и опљачканих од Немачке. Тај неуспех може се приписати великим силама. Оне су имале своје посебне циљеве, мимо циљева који су постављени репарацијама. Сам поступак оства-

---

[10] Мировна конференција у Паризу, одржана је од 29. јула 1946. до 15. октобра 1946. године.

[11] Иако се могло очекивати да Финалном акту следе нови акти о репарацијама, до њих није дошло. Питање репарација је узгред додирнуто у Лондонском споразуму о немачким спољним дуговима, из 1953. године. Али и то не да би се неко питање решило, већ да се одређена питања искључе из регулисања и као отворена оставе за решавање будућим споразумима.

[12] Да се питање репарација сматрало, па се и данас мора сматрати, отвореним, говоре и споразуми, које је Немачка после тога закључила о накнади жртвама нацистичког прогона, јер та обавеза Немачке произилази из рата и као таква припада области репарација.

ривања репарација није гарантовао правилност и целисходност извршења репарационог плана и постизање циљева. Велике силе гледале су своје интересе, нарочито када се почео примењивати Маршалов план, Немачка је сматрана као део западно-европске привреде, па ју је ваљало санирати и опоравити. С друге стране, велике силе су обезбедиле себи наплату репарација у другим, прикривеним видовима. Ту је, пре свега, трговина немачким производима. Оне су куповале у Немачкој производе по ранијим немачким ценама, стопираним на нивоу 1936. године, а продавале по знатно вишим ценама ондашњег светског тржишта, оскудног одмах после рата.

Према Извештају Репарационе комисије при Влади ФНРЈ, Југославија је до 1964. године, преко Међусавезничке репарационе агенције *IAR*,[13] остварила од Немачке накнаду ратне штете у укупној вредности од 35.789.118,00 УСД, односно нешто више од једног промила од штете коју је проценила државна репарациона комисија 1946. године, и то у облику демонтираних немачких старих фабрика и постројења и других индустријских објеката који су пренети у Југославију.[14, 15]

Међународним споразумима које је СР Немачка закључила са савезничким земљама (Лондон 1953,[16] Париз 1954[17]), уговорено је да се разматрања потраживања која су произашла из Другог светског рата

---

[13] Међусавезничка репарациона агенција, (*IAR*), основана је 14. јануара 1946. године у Паризу, од представника СССР, САД и Велике Британије.

[14] Као у фусноти 1.

[15] *Југословенски преглед,* од децембра 1964. године, на страни 488, наводи да је Југославија од СР Немачке наплатила 35.786.418 долара, што се разликује од података који садржи извештај Репарационе комисије, и мањи је за 2.700,00 долара.

[16] Лондонски споразум о немачким спољним дуговима од 27. фебруара 1953. године; од посебне је важности члан 5 Споразума, чија тачка 2 гласи: „*Одлаже се до коначног регулисања проблема репарација разматрања свих из Другог светског рата проистеклих потраживања држава које су биле у рату са Немачком или им је територија била окупирана од Немачке, као и потраживања њихових држављана према бившем Рајху и његовим установама или лицима која су дејствовала по налогу Рајха; под овим се подразумевају и трошкови немачке окупације, клириншка потраживања стечена за време окупације, као и потраживања од кредитних каса Рајха*"; *Међународни уговори СФРЈ,* 1957, свеска бр. 67.

[17] Париски Споразум о регулисању питања насталих из рата и окупације од 23. октобра 1954. године у Глави VI третира питање репарација. По чл. 1: „*Питање репарација решиће се уговором о миру између Немачке и њених бивших непријатеља или ранијим споразумима о том питању. Три силе се обвезују да ни у које време неће постављати захтев за репарације из текуће производње Савезне Републике Немачке*".

одложе „*до коначног решења проблема репарација*", односно „*питања репарација решиће се уговором о миру између Немачке и њених бивших непријатеља или ранијим споразумима о том питању*".

У периоду од 1959. до 1964. године група западних земаља је успела да од СР Немачке (СРН) издејствује обештећење за „жртве нацизма", и то: Француска 400 милиона ДМ, Холандија 230 милиона ДМ, Грчка 115 ДМ, Аустрија 101 милион ДМ. На основу посебног споразума са владом Израела (1952), СРН је обештетила јеврејске жртве нацизма износом од 3,45 милијарди ДМ. Ова обештећења обухватала су само усмрћене жртве нацизма, али нису обухватала репарације и принудни рад ратних заробљеника.[18]

Непостојање дипломатских односа између Југославије са СРН (који су прекинути 1957. због признавања Источне Немачке), чинили су безуспешним све југословенске покушаје да се разговара и о обештећењу жртава из Југославије. Издејствовано је само обештећење за жртве „вивоекспериментa" (медицински експерименти на живим људима), у укупној висини од осам милиона марака, односно тадашњих два милиона УСД (Споразум од 7. септембра 1963. године). То је једини износ који је Југославија примила на име репарација преко онога што је примљено од *IAR*-е.[19]

Ново питање обештећења југословенских жртава нацистичких прогона покренула је влада ФНРЈ у својој ноти од 1. јуна 1962. године, упућеној влади СР Немачке. У одговору од 8. марта 1963. године, западнонемачка влада је истакла да финансијске обавезе које је преузела на основу споразума о обештећењу са извесним бројем земаља, не представљају плаћање обавезе по било ком основу па ни на име дуга за ратну штету већ је то: „*добровољни допринос за ублажавање штете коју су претрпели прогоњени, допринос који се даје у име читавог немачког народа, те из тог разлога не постоји могућност да се изађе у сусрет предлогу југословенске владе и да се приступи преговорима о овом питању*."[20]

Исти, одбијајући став, у нешто модификованом облику, остао је непромењен до данас, са очигледним настојањем да се стави под сумњу међународноправна природа обавезе обештећења.

---

[18] Видети: „*Информација о проблему репарација и обештећења са СР Немачком*", од 17. јуна 1993. године, Архив Савезног министарства за иностране послове.

[19] Ладислав Серб, „Југославија и немачке репарације после Другог светског рата", *Зборник Правног факултета у Загребу,* год. XVI, број 3–4.

[20] Видети, „*Југословенски преглед*", Београд, децембар 1964, стр. 488. *О обавези* плаћања дуга – ни једна реч.

Након обнављања дипломатских односа, СРН је 1972. године одобрила Југославији кредит у износу од 300 милиона марака, а 1974. године, још 700 милиона ДМ, и у вези са тим потписан је Споразум о помоћи у капиталу (*Kapital hilfe*),[21] од укупно једну милијарду ДМ кредита под повољним условима кредитирања. Споразум је, по садржини и форми, чист уговор о финансијском кредиту и представља *contradictio in adjecto*, те се са те стране не може нападати и оспоравати његова међународноправна ваљаност.[22] Али, како је Споразуму претходило усвајање *Aide memoire*-а[23], и договор између тадашњих канцелара две државе, Тита и Бранта, познатог као „Брионска формула",[24] Немачка страна злоупотребом своје позиције јаче економске и политички утицајније силе у међународним односима, тај кредитни однос истиче као дефинитивно решење свих југословенских потраживања по основу ратне штете из Другог светског рата.

Правно стање ствари у вези са тим Споразумом је такво да се влада СФР Југославије према влади СР Немачке изричито одрекла даљих потраживања само за усмрћене жртве нацистичког прогона. Висина кредита одређена према броју од 950.000 убијених жртава, према „француском моделу" (по коме је Француска за 180.000 жртава нацистичког терора добила 400 милиона ДЕМ или по 2.200 ДЕМ за једну жртву), за шта је Југославији требало да се исплати одштета око 2.09 милијарди ДЕМ, али је због неопрезног приступа представника Југо-

---

[21] Уговор је ратификован у Скупштини СФРЈ 26. децембра 1974. године – Указ о ратификацији Споразума објављен је у *Службеном листу СФРЈ*, бр. 66/1974.

[22] Томислав Митровић, Анализа „Брионске формуле", Документација Уреда за заштиту југословенске имовине у иностранству.

[23] *„Влада СФРЈ у принципу прихвата предлог владе СРН да се у износу од укупно милијарду немачких марака кредита у виду помоћи у капиталу (Kapital hilfe), компензира обештећење југословенских жртава нацистичког прогона"*. Садржина и текст *Aide memoire*, усвојен је на 184. седници Савезног извршног већа (Влада тадашње СФРЈ, *примедба аутора*), 21. новембар 1973. године; Стеван Ђорђевић, „Потраживања Југославије према Немачкој на основу ратне одштете после Другог светског рата", *Анали Правног факултета у Београду* бр.1–3/1991, 112.

[24] Брионска формула је произашла из саопштења о разговорима Јосипа Броза Тита и Вили Бранта 1973. године на Брионима, и дословце гласи: *„Обе стране су се сагласиле да је на основу поверења створеног кроз развијену и плодну сарадњу између њих могуће решити и преостала отворена питања из прошлости на начин који би одговарао интересима једне и друге стране. Оне су се сагласиле да ово треба да се постигне кроз дугорочну сарадњу у економској и другим областима, о чијим формама треба што пре водити даље преговоре*"; Никола Живковић, „Ратна штета учињена Југославији у Другом светском рату", *Војноисторијски гласник*, бр. 1–2/94.

славије током преговора, Југославија на крају уместо одштете добила кредит и то у двоструко мањем износу.[25] У Протоколима две владе и споразумима о кредиту, наведено је да се кредити одобравају у циљу развијања дугорочне привредне сарадње две земље. Обештећење на име ратне штете се не помиње. Ови кредити отплаћивани су у складу са одредбама споразума из 1973. и 1974. године, а билатерално су регулисани 2002. године."[26]

Народна скупштина Републике Србије је 1991. године донела Декларацију о поништењу одлука руководства земље о праштању накнаде за ратну штету,[27] и исте године је званично покренуто питање репарација. Влада СРН је негативно одговорила наводећи да су се питања која покреће Југославија 45 година после рата *„решила протоком времена и променама ситуације у Европи, као и немачко-југословенског односа*", а грађане упутила да се појединачно обрате држави Југославији за накнаду штете по том основу.[28] Исто се десило и са нотом коју је Југославија поновила 1992. године.

Велики број удружења жртава и наследника жртава, као и невладиних организација, од којих је најбоље организована Заједница удружења жртава Другог светског рата Југославије,[29] са седиштем у Београду, и даље сматрају да је питање ратне штете од Немачке отворено и у име свог чланства које броји више од сто хиљада грађана из Србије, наставља са обраћањима немачкој држави за плаћање индивидуалне накнаде на име штете настале повредом хуманитарних права у рату.

Нова превара жртава рата уследила је две хиљадите године, доношењем немачког Закона о оснивању Фондације „Сећање, Одговорност, Будућност."[30] Тим Законом Немачка је појединим категоријама

---

[25] Предраг Капор, *Берлински зид, између Немачке, Европе и Србије*, Београд, 2022.

[26] НБС, Сектор за међународну сарадњу, Бр. III/2-29/2/210, Београд, 8. фебруар 2010. године.

[27] *Службени гласник РС,* бр. 48/1991.

[28] СМИП СФРЈ, „Информација о проблему репарација и обештећења са СР Немачком", Београд, 17. јун 1993. године, Архив Савезног министарства за иностране послове.

[29] Након распада Југославије, промењен је назив у Заједницу удружења жртава Другог светског рата 1941-1945 Србије.

[30] Закон је донет 2. августа 2000. године (*Bundesgesetz zur Stiftung Errinerung, Verantwortung und Zukunft*), објављен у *Савезном службеном листу* BGBl 2000 I 1263; ступио је на снагу дана 12. августа 2000. године, и у примени је био до половине 2007. године.

жртава, за злочине које су претрпели у Другом светском рату, одобрила индивидуалну исплату у форми хуманитарне помоћи, али уз услов да потпишу изјаву којом се одричу од свих даљих потраживања по основу ратне штете од Немачке. Исплате су биле симболичне, али њихов циљ није ни био да се жртвама пружи адекватно обештећење, већ да се Немачка исплатом тадашњих десет милијарди марака, што је нешто више од пет милијарди евра, на име хуманитарне помоћи, обезбеди односно ослободи од стотинама пута веће правне обавезе на накнаду штете која ће им кад тад бити сервирана на њихов сто.

Према саопштењу Међународне организације за миграције из Женеве (МОМ), која је била задужена за исплате у Србији, из Србије је поднето око 18.000 захтева за исплату по немачком закону,[31] али МОМ никада није дао званично саопштење колико је исплата и одобрено[32].

III. Обим обештећења жртава нацизма у Србији

Ако се као веродостојан узме податак Репарационе комисије Владе ФНРЈ, који је као такав фигурирао на Париској мировној конференцији 1946. године, да је Југославија од нацистичке Немачке претрпела ратну штету у износу од 35.858 милијарди долара (према курсу из 1938), те да је преко *IAR*-е, до 1964. године остварила накнаду у износу од 35.786.118,00 долара,[33] и још 2.000.000 долара за жртве медицинских опита на живим људима, произилази да је Југославији, од стране Немачке исплаћено нешто више од једног промила штете, а да 99,9% није надокнађено. Овај податак је значајан за држављане Републике Србије, јер је након распада Југославије, а на основу деобног биланса према закључцима Бадентерове комисије,[34] Србија је правни следбеник и ко-

[31] Саопштење за јавност МОМ, јул 2001. године, www.compensation-for-forced-labour.org.

[32] Према подацима Заједнице удружења жртава Другог светског рата Србије, око 7.500 подносилаца захтева из Србије је добило обавештење од *МОМ*-а да им је захтев позитивно решен, али да је велики број њих приликом исплате добио само 50% од одобреног износа, са објашњењем *МОМ*-а, да примљена средства од Немачке нису довољна за исплату целог износа.

[33] Новчани износи из више међународних уговора са СР Немачком од 10. марта 1956. године, укључујући и 26.000.000,00 ДЕМ на име југословенског потраживања из социјалног осигурања за време и после Другог светског рата намерно нису приказани, јер они не улазе у репарације већ проистичу из остварења Лондонског споразума о спољним дуговима из 1953. године.

[34] Арбитражна комисија Мировне конференције о Југославији (*Arbitration*

рисник са 35% свих југословенских заосталих финансијских потраживања према иностранству.

Тражећи кључ од немачких „чаробних врата" иза којих се крије ратна одштета, жртве из Србије су, сите неуспелих дипломатских покушаја од стране државе да им обезбеди сатисфакцију, покренуле две врсте поступака за правну заштиту својих потраживања. Један је био пред судовима у Немачкој, а други пред судовима у Србији.

Наиме, господин Радомир Батричевић, бивши ратни војни заробљеник из Србије, принудни радник, поднео је тужбу немачком суду против СР Немачке,[35] тражећи накнаду за четворогодишњи рад у току трајања заробљеништва. Навео је да принудни рад без накнаде представља ратни злочин, те да је Немачка, пропуштајући да му плати накнаду, неосновано стекла корист. Првостепени суд је одбио тужбени захтев[36] из разлога што, по мишљењу суда, не постоји законски основ за исплату накнаде за извршени принудни рад од стране ратних војних заробљеника. Другостепени суд је одбио захтев за дозволу жалбе, пошто према правном схватању другостепеног суда, првостепена пресуда није противна пракси Савезног уставног суда СР Немачке исказаној у пресуди од 13. маја 1996. године.[37] Другостепени суд, са позивом на међународно право, упућује да се бивши ратни војни заробљеник обрати сопственој држави, која ће му на основу националног права извршити накнаду за принудни рад,[38] и пресуђује да непосредно право оштећеног није осно-

---

Commission of the Peace Conference on Yugoslavia), познатија као Бадентерова комисија (*Badinter Committee*). Комисију је саставио Савет министара Европске економске заједнице 27. августа 1991. да би за Мировну конференцију о Југославији обезбедио правне савете. Роберт Бадинтер је именован за председника петочлане комисије, коју су чинили председници уставних судова држава у ЕЕЗ. Арбитражна комисија је изрекла десет мишљења о „*великим правним питањима*" која су покренула сукоб у Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији.

[35] Тужбу је поднео бивши ратни војни заробљеник Радомир Батричевић, заробљен у априлу 1941. године и одведен у логор у Немачкој, за неисплаћену зараду по основу принудног рада у трајању од 48 месеци.

[36] *Verwaltungsgericht* (Управни суд у Келну), пресуда 8 *K* 7248/98 од 11. новембра 2002. године.

[37] Пресуда Савезног уставног суда СРН БвЛ 33/93 од 13. маја 1996. године, Збирка одлука Савезног уставног суда 94, 315 и даље: „*Индивидуални захтеви бивших принудних радника нису искључени неком општом одредбом међународног права*" … али и … „*О томе у појединачним случајевима не треба да одлучује Уставни суд, већ суд надлежан за дати случај*".

[38] Одлука објављена у *Новом правном часопису СРН*, 1998, 2302.

вано према земљи поробљивачу.[39] На тој међународној судској инстанци су исцрпљене финансијске могућности господина Батричевића да тражи правду од онога ко му је већ једном нанео неправду, те после само неколико месеци умире, остављајући својим потомцима да наставе његову борбу.

Вођени Московском декларацијом из 1943. године[40] и ослањајући се на убеђење да ће судови у Републици Србији, као што су то учинили судови у Грчкој и Италији, поштовати принцип *lex loci delicti commissi*,[41] чланови породица цивила стрељаних у Крагујевцу и Краљеву у знак одмазде од стране немачке војске у Другом светском рату, поднели су против Немачке тужбе за накнаду штете пред националним судовима у Србији надлежним према месту догађаја. Реагујући на тужбе,[42] Немачка упућује протестне ноте Србији и указује на начело претпостављеног имунитета државе према којем једна држава не сме да суди другој држави.[43] Министарство правде Републике Србије,[44] дало је препоруку судовима у Србији да се списи у предметним тужбама преупуте надлеж-

---

[39] Виши Управни суд у Келну, Северна Рајна Вестфалија, 12 A 362/93, од 19. новембра 1997. године, објављена у *Правном часопису СРН*, 1998, 2302.

[40] Декларација о одговорности хитлероваца за почињена зверства, усвојена у Москви 30. октобра 1943. године. Ову декларацију усвојили су Совјетски Савез, САД и Велика Британија; потписали су је Рузвелт, Черчил и Стаљин. Декларацијом је одређено да ће Немци који су учествовали у масовним стрељањима пољских официра или у погубљењу француских, холандских, белгијских и норвешких талаца или критских сељака, или су учествовали у покољима народа у Пољској, или на територији Совјетског Савеза, бити враћени на место својих злочина и на лицу места суђени од народа који су злостављали.

[41] *Годишњак Комисије за међународно право*, 1991, други део, 44–46, и E. Vournas, „Префектура Виотија против Савезне Републике Немачке: Суверени имунитет и изузетак за кршење *jus cogens*-а", *Журнал њујоршке правне школе међународног и упоредног права*, 2002, 630, стр. 641–642.

[42] Немачка Амбасада у Београду оштро је реаговала Вербалном нотом број 503/1 указујући на универзално међународноправно признато начело имунитета државе према којем једна држава не сме да суди другој држави. По том питању одржан је састанак између представника МИП-а и Амбасаде СР Немачке у Београду 25. октобра 2001. године, на којем је закључено да треба одвојено третирати достављање судских позива од стране суда на адресу Амбасаде од суштине питања – потраживања оштећених у Другом светском рату.

[43] Видети Ноту 503/1 Амбасаде СРН у Београду од 22. октобра 2001. године.

[44] Видети акт Министарство правде Републике Србије бр. 948/01 од 7. новембра 2001. године.

ном суду у Немачкој.[45] Савезно министарство правде је заузело став да „[к]ако *се у конкретном случају ради о утврђивању одговорности за накнаду штете коју је држава Немачка у току Другог светског рата предузела као носилац суверенитета јавне власти, СР Немачка ужива претпостављени имунитет.*"[46] На крају и Врховни Суд Србије је одбио ревизије тужилаца као неосноване са образложењем да

> „ ...у конкретној правној ствари ради се о утврђивању одговорности за накнаду штете коју је држава Немачка у току Другог светског рата предузела као носилац суверене јавне власти, па тужена држава по правилној оцени нижестепених судова, сходно општепризнатим начелима међународног права ужива претпостављени имунитете, што значи да за решавање таквог спора није надлежан југословенски суд већ се такви спорови решавају на међународноправном нивоу тј. између држава."[47]

Наравно да се, по мишљењу аутора овог рада, само годину дана после бомбардована од НАТО снага без одобрења Савета безбедности УН, није ни могло очекивати да југословенско правосуђе покаже одважност у примени права коју су показали судови у Италији и Грчкој, и да осуди Немачку да жртвама ратних злочина, извршених у Другом светском рату над цивилним становништвом у Србији, пружи сатисфакцију. Жртве су овог пута остале без заштите и ускраћена им је правда од своје домицилне државе.

IV. Како даље

Без обзира што не постоји мировни уговор којим би се Немачка обавезала на исплату ратне одштете Србији, са аспекта међународног права потпуно је легално и легитимно покретање захтева од стране Србије да јој Немачка плати ратну репарацију, обзиром:

– да право на репарацију не застарева;
– да Немачку везују „света правила" међународног уговарања, *bona fides*, односно *pacta sunt servanda*, која јој, као страни уговорници Лондонског споразума од 1953. године, налажу да своје уговорне обавезе изврши;

---

[45] Видети акт Министарство правде Републике Србије бр. 700-00-179/2001-03 од 13. новембра 2001. године.

[46] Видети акт Министарства правде СРЈ бр. 81/7-01-02 од 20. новембра 2002. године.

[47] ВСС, Рев. 2387/03 од 9. јула 2003. године; ВСС, Рев. 4352/03 од 6. фебруара 2004. године.

– да је Југославија потписница Лондонског споразума, а Србија једна од држава сукцесора СФРЈ;
– да дужност обештећења није суспендована стварањем јединствене СР Немачке, распадом СФРЈ, или било којим другим политичким догађајем.

Уговор *2+4* о аспектима уједињења две Немачке из 1990. године, мада се у немачкој политичкој елити, а и шире на Западу, сматра својеврсним мировним уговором којим је окончан Други светски рат, није садржавао клаузуле о репарацијама; но, тај уговор веже искључиво државе потписнице – две Немачке и четири силе победнице, не и остале заинтересоване државе, па ни Србију, као једног од сукцесора СФРЈ.

Важно је истаћи да обавеза плаћања репарација није стриктно везана за постојање мировног уговора. Мировни уговор је само уобичајени и најчешћи формални израз којим се уређује процес извршавања репарације, која, као таква, произилази из суштинске одговорности државе за делање њених органа. Дакле, противправни акт, односно деликт, представља основ репарације, а не мировни уговор. Конкретно, Немачка је кршењем Бријан–Келоговог пакта из 1928. године, учинила међународни деликт према свим осталим државама потписницама, и тиме постала одговорна за сву штету насталу кршењем забране нападачког рата из овог документа, а следствено томе и обавезана да произашлу штету надокнади.

Међутим, чињеница да мировни уговор није нужан предуслов остварења права на репарацију, значи, истовремено, да се и мимо њега, у некој другој форми споразумевања, могу решавати питања репарације, као што је то жалосни случај брионских преговора и потоњег доношења *Aide memoire*-а којима се СФРЈ *де факто* одрекла даљих потраживања за убијене жртве нацистичких прогона. *Aide memoire* Владе СФРЈ је приличан проблем за нашу ствар. Правно ваљан је са позиција Међународног јавног права. Међутим, у заједничком саопштењу Брант–Броз, стоји и да ће евентуалним закључењем мировног споразума питање обештећења бити стављено на дневни ред билатералних односа Немачке и СФРЈ. Овим се, још једном, као могуће и најефикасније решење питања репарација од Немачке, намеће инсистирање на склапању мировног уговора између Немачке, са једне стране, и заинтересоване државе са друге стране, у нашем случају Србије, као једног од сукцесора СФРЈ. Дакле, потребно је вршити стални притисак да питање мировног уговора са Немачком увек буде у агенди билатералних односа између Србије и Немачке, до коначног пристајања Немачке на такав след догађаја. Ово јесте веома тешко остварљив сценарио, али на овом питању

свакако треба инсистирати. Мишљења сам, такође, да би једна међународна иницијатива од стране *кластера* заинтересованих држава представљала једини озбиљан ударац бахатој политици игнорисања, од стране Немачке, њених моралних и правних обавеза према жртвама из Другог светског рата.

Немачка оправдано стрепи од заједничког наступа више заинтересованих држава. Такав један *кластер* држава могао би покренути низ иницијатива пред одговарајућим међународним организацијама, пре свега пред органима УН, као што је Савет за људска права, па и пред Саветом безбедности, а можда и најцелисходније, пред арбитражним комисијама у оквиру ОЕБС-а.

Сматрам да би заинтересоване земље требало да размотре питање стварања једног мешовитог међународног тела (представници организација које се баве проблематиком ратне одштете од Немачке, представници струке, представници влада заинтересованих држава) са задатком да поступа у име заинтересованих држава и појединаца, те да координира активности у правцу остварења заједничких интереса и крајњег циља – наплате ратне штете од Немачке. Предлог је да поменуто међународно тело буде састављено, на бази паритетног учешћа, од представника заинтересованих држава, представника националних удружења жртава, и експерата.

Иако у правној пракси других држава наилазимо и на другачије примере,[48] у разматрању једине преостале могућности – судског поступка тужбом за накнаду штете који би државе евентуално покренуле против СР Немачке пред Међународним судом правде у Хагу, наилази се на непремостиву препреку; наиме, према Статуту Суда, за заснивање надлежности за вођење спора потребна је сагласност обе стране које су у спору. Имајући у виду ставове СР Немачке о том питању, није тешко закључити да она никада неће дати пристанак на вођење спора.[49]

---

[48] Пресудом Врховног суда Грчке бр. 92234 од 11. јуна 2003. године, и поред позивања од стране представника СР Немачке на имунитет, обавезана је СР Немачка да плати одштету за стрељане цивиле у месту Дистомо у Другом светском рату од стране немачке војске, Александра Гогоуши, *Накнада ратне штете по српском и грчком праву*, докторска дисертација, Правни факултет, Београд, 2008.

[49] B. Graefrath, *Iralji Reparations and the Security Council*, ZaöRV, 1995, v. 55 s. 1; R.B. Lillih (ed.), *The United Nations Compensation Commission*, New York, 1995, а посебно J. R. Crook, 87 f, као и: Gordon A. Christenson, 326, 340. од 30. марта 2000: „*У датом случају одлучује се о једној ситуацији, при којој у односу на Савезну Републику Немачку не може постојати никакав аутоматизам. Напротив она учествује у свим консултацијама и одлукама у пуној мери са својим правом вета*."

V. Закључак

Међународно право, упркос свом развоју у послератном периоду, и даље је на почетку када је у питању гарантована наплата ратног обештећења, јер не постоје прописана правила са елементима принуде, нити прецизно прописана и проводива могућност принудне наплате према држави одговорној за проузроковану штету. То је урођени недостатак међународног права које је условљено односом снага у свету и политичким одлукама за примену *jus ad bellum*.

Србија нема право да се одрекне накнаде ратне штете из Другог светског рата коју је проузроковала Немачка. На било који начин да се приступи ревалоризацији износа који Немачка по том основу дугује Србији, износ дуга креће око цифре од пет стотина милијарди долара. Пољска, Италија и Грчка упорно врше притисак на Немачку да им плати заостали дуг по основу ратне штете, а посебно су испољили упорност на конференцији у Атини од 13. јуна 2023. године, којој је са пуном подршком истакнутим захтевима приступило и неколико европских парламентараца из Велике Британије. Србија треба да испита могућност покретања спора заједничком тужбом поднетом са другим заинтересованим државама пред Међународним судом правде због неиспуњавања дела уговорних обавеза Немачке из међународних уговора, пре свих из Лондонског споразума из 1953. године.

Dragan Novović
attorney at law in Novi Pazar

WAYS TO COMPENSATE WAR VICTIMS FROM SERBIA
RELATED TO THE EVENTS OF WORLD WAR II

Summary:

The paper, using the analytical and historical method, talks about the war damage caused to Serbia by Germany in the Second World War: about the different approach to calculating the amount of damage from the competent domicile and international institutions; on the measures that Yugoslavia, as Serbia's legal predecessor, was taking to achieve the collection of war damages and compensation for victims, as well as on the directions of further attempts for the Republic of Serbia to collect the remaining war debt from Germany in the amount of USD 548,311,768.00. The goal is to initiate, in addition to the diplomatic approach, the process of judicial protection of compensation for victims by filing a joint lawsuit by the interested states before the International Court of Justice against Germany, due to non-fulfillment of contractual obligations, primarily from the London

Agreement of 1953, and the establishment of a mixed international body that would act on behalf of the countries concerned.

Keywords: Second World War, war damage, victims of Nazism, violation of humanitarian rights, compensation

UDK

Владимир П. Миљевић
адвокат из Београда

ПОГЛЕД НА НЕКЕ ПОВРЕДЕ КОДЕКСА ПРОФЕСИОНАЛНЕ ЕТИКЕ АДВОКАТА КОЈЕ НАРУШАВАЈУ УГЛЕД АДВОКАТУРЕ КОД СТРАНАКА

Сажетак:

Рад се бави тежим повредама Кодекса професионалне етике адвоката, предвиђене Статутом Адвокатске коморе Србије, које, према мишљењу аутора, највише нарушавају углед адвокатуре код клијената. Ове повреде су: – тражење накнаде веће од накнаде прописане тарифом, – одбијање издавања, на захтев странке, обрачуна награде и накнаде трошкова за извршене радње и издатке за трошкове, – неврaћање, на захтев странке, списа и докумената, и – несавесно вођење послова и губитак документације странке. На крају рада износи се захтев адвокатским коморама и дисциплинским органима да обрате посебну пажњу на ове повреде и да раде на њиховом сузбијању у интересу адвокатуре и највећег броја адвоката који поштују одредбе Кодекса професионалне етике.

Кључне речи: Кодекс професионалне етике адвоката, теже повреде професионалних норми адвоката, дисциплински органи, тарифа, обрачун награде и трошкова, неврaћање списа и докумената, губитак документације.

I. Увод

Кодекс професионалне етике адвоката[1] је својеврстан каталог понашања која представљају обавезе или забране у обављању адвокатске професије. У том мноштву правила јавља се потреба издвајања оних повреда дисциплине које највише нарушавају углед адвокатуре, пре свега према странкама, јер оне су те преко којих се на најаутентичнији начин у јавности ствара утисак о адвокатској професији. Медији јесу моћни и кадри да адвокатуру и сатанизују, али на однос поверења између странке и адвоката највише утиче сам адвокат. Већина адвоката

[1] Кодекс професионалне етике адвоката – Кодекс, *Службени гласник РС*, бр. 27/2012 и 159/2020-одлука УС.

се придржава Кодекса чак и без потребе да се посебно подсећају одредби које им забрањују одређене облике понашања. Ипак, има и оних (који су, на срећу, у мањини) који врше повреде Кодекса.

Медији и држава се периодично устремљују на адвокатуру оркестрираним кампањама, које су најчешће неутемељене, јер се појединачни случајеви уздижу на ниво уопштених закључака о начину на који се понашају адвокати у обављању своје професије. Отуда, неопходно је указати на оне повреде Кодекса које изазивају одијум код странака и у великој мери доприносе паду угледа адвокатуре, а спадају међу чешће повреде етичких норми. Ово треба чинити са циљем да адвокатске коморе и дисциплински органи утичу, колико год је то могуће, на њихово смањење у пракси. У том смислу Адвокатска комора Војводине, на пример, редовно објављује у свом Гласнику сентенце из праксе дисциплинског суда, што сматрамо веома корисним.

Овај чланак нема морализаторски карактер и не желимо да држимо моралне придике колегама. Ограничићемо се на то да скренемо пажњу на повреде Кодекса које, из више разлога, спадају међу оне које значајно штете угледу адвокатуре, а да они који их врше тога нису увек свесни. Јер лоша поступања адвоката, ма колико их било мало, више и дуже се препричавају од добрих.

II. Теже повреде етичких норми предвиђених Статутом АК Србије које се разматрају

Овде смо издвојили само оне повреде етичких норми које, чини нам се, адвокати често врше револтирани понашањем странака, из немара, због преоптерећености или других разлога који се могу, у неким ситуацијама, блаже осудити, али не и оправдати. Оне заслужују посебну пажњу јер спадају међу чешће прекршаје због којих се странке обраћају дисциплинским тужилаштвима основних адвокатских комора.

У трећем поглављу Закона о адвокатури[2] набрајају се права и дужности адвоката које су детаљније регулисане Кодексом професионалне етике и Статутом Адвокатске коморе Србије.[3]

Кодекс професионалне етике адвоката својим начелима указује на особине које треба да одликују адвоката и на то како треба да се постави у обављању њему поверених обавеза. У посебном делу се разрађују,

[2] Закон о адвокатури, *Службени гласник РС*, 31/2011 и 24/2012 – одлука УС.

[3] Статут Адвокатске коморе Србије – Статут, *Службени гласник РС*, 85/2011, 78/2012, 86/2013 и 11/2023 – одлука УС.

између осталих, питања везана за заступање странака, наплаћивања накнаде за обављене адвокатске услуге, међусобни односи адвоката, као и однос адвоката према суду и другим државним органима. Сматрамо да су сва ова питања, па и друга, значајна, али овде ћемо издвојити она која се тичу односа клијента и адвоката, јер највећи део повреда Кодекса извире из тог односа који је суштина бављења адвокатском професијом.

1. Тражење накнаде веће од накнаде прописане Тарифом

(члан 241, став 2, тачка 4 Статута)

Чињеница је да Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката[4] за све радње не предвиђа адекватну награду, те се поједини адвокати одлучују да наплате своје услуге преко износа предвиђених Тарифом, сматрајући да је њихов труд мерен проведеним временом на раду у предмету и сложености посла такав да заслужују већу награду. Скок цена временом обезвређује висину хонорара прописаног Тарифом, па је и то разлог што се адвокати одлучују да захтевају већу награду. Овде, међутим, постоји опасност да клијент у неком тренутку оспори адвокату право на већу награду, јер не сагледава озбиљност и обим предузетих радњи или нема материјалних могућности да плати већи хонорар од оног који је прописан тарифом. Зато је важно да адвокати благовремено упозоре странку да потражују већу награду од оне предвиђене Тарифом, те да ово уговоре у писменом облику, а како је предвиђено у члану 4, став 2 Тарифе. Додали бисмо и да необразложени поднесци не би смели да се наплаћују по пуној тарифи и на тај начин непотребно увећавају трошкови странке.

2. Одбијање издавања странци, на њен захтев, обрачуна награде и накнаде трошкова за извршене радње и издатке за трошкове

(члан 241, став 2, тачка 5 Статута)

Странке су у појединим случајевима боље упућене у Тарифу од самих адвоката који понекад сматрају да је довољно бити стручан и

[4] Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката – Тарифа, *Службени гласник РС*, 43/2023.

коректан према клијентима, те да писмено правдање и предочавање висине награде и трошкова није од толиког значаја ако се посао ради савесно. Али, одбијање да се изда обрачун изазива код странке сумњу да адвокат нешто крије, те ће она бити још упорнија у захтеву да јој се правдају сви издаци. У сваком случају, штета је нарушавати свој углед, па и саме професије, одбијањем издавања потврде са обрачуном.

3. Неврaћање, на захтев странке, списа и докумената

(члан 241, став 2, тачка 8 Статута)

Међу чешћим повредама етичких норми је одбијање да се врати предмет када је адвокат ушао у сукоб са странком због неплаћања хонорара за предузете радње. Сматрамо да је овде реч, пре свега, о револту адвоката и осећању немоћи да на други начин брзо наплати свој рад. Оваква реакција веома штети угледу адвокатуре, јер се то препричава међу грађанима и тако ствара лош укупан утисак о адвокатима. А лишити странку могућности да располаже документацијом коју је поверила адвокату је свакако недопустиво. И тако адвокат, који осећа опасност да ће бити оштећен и жртва некоректног клијента, услед неадекватне реакције, постаје извршилац теже повреде Кодекса професионалне етике, што свакако шкоди његовом угледу, али и угледу професије.

Пријављени адвокати правдају свој поступак чињеницом да странка није платила адвокатске услуге и трошкове. Неки наводе да је предмет предат трећем лицу, али да нема потврде да га је клијент заиста и преузео. Међутим, дужност је адвоката да врати клијенту тражене списе у својој канцеларији, независно од тога да ли је наплатио своје услуге или не. Ово посебно ако се узме у обзир да адвокату стоји на располагању и могућност да судским путем наплати своје потраживање.

Из тог разлога би ову повреду, једнако као и остале које су предмет овог рада, требало издвојити на тај начин што би адвокатске коморе на све могуће начине опомињале своје чланове да се уздржавају од таквог поступања у интересу адвокатуре јер, сенка лоших поступака неких адвоката пада и на оне припаднике професије који се таквим методама не служе.

На крају, напоменимо и то да неке странке нетачно тврде да им документација није враћена. Из овог разлога адвокати треба обавезно да траже од клијената да им потпишу потврду о враћеним списима, посебно када је реч о оригиналима.

4. Несавесно вођење послова и губитак документације странке

(члан 241, став 2, тачка 18 Статута)

Тешко је замислити да адвокат изгуби документацију странке која му је поверена, па и на било који начин то правдати. Предаја документације, посебно оригиналне, је симболичан, али значајан начин на који странка указује поверење адвокату. Није потребно доказивати колико пропуст да се документација сачува представља нашу професију у лошем светлу. Можда би у савременим условима курсеви канцеларијског пословања помогли почетницима и појединцима да се боље сналазе у организацији рада; посебно ако се узме у обзир да је са дигитализацијом све постало и лакше и теже. Додајемо да ново време није уклонило неопходност да се најважнија документа чувају у оригиналу.

Према листи категорија регистратурског материјала,[5] обавеза адвоката је да трајно чува, између осталог, сву документацију, а посебно документа, предмете, фотографије које је клијент поверио као доказ у поступку, правноснажне одлуке у парничном, ванпарничном, оставинском и кривичном поступку, као и уговоре о промету непокретности. Ове обавезе трајног чувања адвокат је ослобођен када је реч о преписци и другој документацији која је саставни део предмета, а не представља доказ, с тим што је дужан да је чува две године по окончању поступка.

III. Напомене о другим тежим повредама

Повреде које адвокати врше некоректним понашањем према колегама, судијама и другим учесницима у поступцима мање су заступљене, а судије имају и могућност новчаног кажњавања адвоката; отуда, испади на рочиштима и претресима остају без већих последица када је реч о јавности, јер њу чине, пре свега, клијенти и грађани који размењују искуства која су имали са адвокатима, а тичу се пре свега начина на који су их заступали, као и да ли су од услуге изабраног адвоката имали користи или штете. Овде изузимамо ситуације када адвокат без своје кривице није успео у спору или да исходује пресуду којој се брањеник надао.

[5] Листа категорија регистратурског материјала објављена је уз Правилник о канцеларијском и архивском пословању у Адвокатској комори Србије и адвокатским коморама у њеном саставу, адвокатским канцеларијама, заједничким адвокатским канцеларијама и адвокатским ортачким друштвима од 16. септембра 2014. године.

Постоје и друге повреде етичких норми које производе лоше последице за адвокатуру, а за које се не може наћи оправдање, с обзиром на њихову тежину; неке од њих представљају и кривична дела. Сматрамо да није упутно апеловати на адвокате да овакве повреде не врше – на срећу, само ретки појединци крше Кодекс и Кривични законик.

IV. Закључак

Предлажемо дисциплинским органима да обрате посебну пажњу на повреде које највише руше углед адвокатуре, те да у сарадњи са адвокатским коморама раде на њиховом сузбијању. На то имају право адвокати који коректно раде свој посао, некада и на своју штету, али свакако не на штету клијената, чувајући на тај начин свој углед, али и углед професије од које живе.

Vladimir P. Miljević
attorney at law in Belgrade

REVIEW OF CERTAIN VIOLATIONS OF THE CODE OF PROFESSIONAL ETHICS DAMAGING THE REPUTATION OF LEGAL PROFESSION

Summary:

The paper considers the most serious violations of the Code of Professional Ethics, envisaged by the Statute of the Bar Association of Serbia, damaging the reputation of the advocates in their relations with the clients. The authors examines the following breaches: – claiming from the client the fees higher than those set forth in the Tariff, – refusal to present to the client the specification of fees for acts undertaken and expenses incurred, – non-return of files and documents of the case on request of the client, and – misconduct of the case and loss of client's documents. At the end, the author recommends to the authorities of the Bar Association, and especially to the disciplinary organs, to pay special attention to these disciplinary violations and to insist on their eradication in the best interest of the advocacy and majority of the legal professionals respecting the ethical norms.

Key words: Code of Ethics of attorneys, serious violation of norms of professional ethics, disciplinary authorities, Tariff, calculation of fees and expenses, non-return of files and documents, loss of records

UDK

Новак Лукић
адвокат из Београда*

ПРЕСУДА У СЛУЧАЈУ СТАНИШИЋ–СИМАТОВИЋ ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ РЕЗИДУАЛНИМ МЕХАНИЗМОМ ЗА КРИВИЧНЕ СУДОВЕ

Анализа могућих правних последица за Републику Србију

Сажетак:

У чланку се приказују основне карактеристике случаја и пресуде Међународног резидуалног механизма за кривичне судове у предмету Станишић–Симатовић, те разматрају могуће правне последице те пресуде за Републику Србију. Аутор најпре разматра импликације пресуде у вези са предметима вођеним пред Међународним судом правде по тужбама БиХ и Хрватске за геноцид, те закључује да није вероватно да се, по основу пресуде, могу изјавити ревизије у окончаним поступцима пред Међународним судом правде. У чланку се такође дискутује и о томе да ли жртве кривичних дела за које су, пресудом Резидуалног механизма, проглашени одговорним Станишић и Стаматовић могу пред судовима у Србији тражити накнаду штете од државе Србије. Аутор налази да би овакви случајеви отворили нека интересантна правна питања на која би парнични судови у Србији, пред којима би се поступци могли водити, требало да на њих пронађу исправне одговоре.

Кључне речи: Међународни кривични суд за бившу Југославију, Међународни резидуални механизам за кривичне судове, случај Станишић–Симатовић, удружени злочиначки подухват, геноцид, одговорност државе за накнаду штете жртвама кривичних дела

* Бранилац у више предмета пред Трибуналом у Хагу у периоду 1999–2014, члан тима Републике Србије у поступку по тужби Хрватске и противтужби Србије за повреду Конвенције о спречавању и кажњавању геноцида пред Међународним судом правде.

I. Уместо увода – претходне напомене

У домаћој стручној, па и лаичкој јавности може се приметити одређени образац у интересовању и реакцијама на поступке који су вођени пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију (у даљем тексту: Трибунал) и његовим правним следбеником – Међународном резидуалним Механизмом за кривичне судове (у даљем тексту: Механизам).[1] Интересовање јавности је у значајнијој мери постојало приликом иницијалног појављивања окривљених пред судом, у знатно мањем обиму током уводних и завршних речи и опет је појачано приликом изрицања пресуда. Сам ток, често вишегодишњих суђења, скоро уопште није побуђивао интересовање,[2] па су јавности у великој мери биле ускраћене информације о оном што се могло чути на суђењу. На крају, након изрицања пресуда, реакције на њих су биле врло бучне, у њих су се укључивале и јавне личности који, неретко, уопште нису знале ни шта је било предмет суђења, а своје ставове су износиле као да су детаљно упознате са поступцима и садржајима пресуда. Могло се јасно приметити да су изјаве пуне предрасуда и да је, по правилу, свако ко је иступао у јавности претендовао на то да има јасан и прецизан став око Трибунала и његовог рада. А потом, неколико дана након пресуде, случај је одлазио у заборав.

Поступак и пресуде против Јовице Станишића и Франка Симатовића (Френкија) прати иста линија интересовања јавности као и већину осталих предмета. Међутим, одређене реакције након коначне – жалбене пресуде у овом случају могу се свести на две опсервације: на чињеницу да је то било најдуже суђење у историји Трибунала и на питање да ли и какве последице коначна жалбена пресуда може имати по Републику Србију, а што заврређује посебну анализу (чији се основни елементи предлажу у овом раду).

II. Напомене о поступку и коначној пресуди

1. Трајање поступка и казна

У питању је заиста био најдужи судски поступак у вишедеценијској историји Трибунала и, касније, Механизма. Основни разлог за трајање

[1] Савет безбедности ОУН је резолуцијом 1966 (2010) основао Међународни механизам за извршење кључних функција Међународног кривичног суда за Руанду и Међународног кривичног суда за бившу Југославију.

[2] Веће интересовање јавности за сам ток поступка је једино постојала у предметима против Слободана Милошевића и Војислава Шешеља.

поступка лежи у томе што је то било једино суђење у коме је првостепена пресуда укинута од стране жалбеног већа и наложено ново суђење, које је вођено пред потпуно другим претресним већем. Поред тога, на дуги временски период суђења имало је утицаја и здравствено стање Јовице Станишића које је онемогућавало континуиране седнице већа у току целе радне недеље.

Иницијална оптужница је подигнута 2003. године, суђење започето 2008. године и првостепена пресуда изречена, након 226 судећих дана, 30. маја 2013. године. Том пресудом обојица оптужених су ослобођени од одговорности по свим тачкама оптужнице. Након жалбеног поступка, првостепена пресуда је у децембру 2015. године укинута и враћена на поновно суђење.

Поновни поступак је започет у јуну 2017. године, имао је 228 судећих дана и окончан је првостепеном пресудом 30. јуна 2021. године. Овом пресудом обојица оптужених су оглашени кривим за помагање и подржавање као обликом одговорности за кривична дела прогона и депортације као злочина против човечности, убиства као кршења закона и обичаја ратовања, али искључиво за злочине на територији општине Босански Шамац (БиХ) у априлу 1992. године „*приликом преузимања власти од стране српских снага*". Осуђени су на по 12 година затвора.

Жалбеном пресудом донетом 31. маја 2023. године, прихватајући део аргументације жалбе Тужилаштва, Механизам је у великој мери преиначио закључке из првостепене пресуде, како у погледу чињеничних налаза, тако и материјалноправних разлога, а казна је обојици окривљених повећана на по 15 година затвора.[3]

2. Закључци жалбеног већа у погледу узајамног злочиначког подухвата

Суштински најзначајнији закључак другостепене пресуде, који се рефлектовао на утврђивање одговорности окривљених за велики број кривичних дела на територији БиХ и једне општине на територији Хрватске, јесте закључак о постојању и учешћу окривљених у удруженом злочиначком подухвату (УЗП), као посебном виду кривичне одговорности. Примена тог врло контроверзног правног института, кад га

[3] Цео текст, за сада само на енглеском језику, може се наћи на „линку": https://www.irmct.org/sites/default/files/case_documents/IRMCT-Appeal-Judgement-Stanisic-Simatovic-ENG.pdf, а претходне пресуде и на српском језику преко „сајта" https://www.irmct.org/en/cases/mict-15-96

је жалбено веће утврдило (а супротно ставу из првостепене пресуде), довела је до битно другачијих закључака у односу на бројна кривична дела из базе злочина, као и у погледу веће одговорности оптужених.

Жалбено веће је утврдило да су, између осталих, поред окривљених, чланови УЗП били Слободан Милошевић, Радмило Богдановић, Радован Стојчић (Баџа), Михаљ Кертес, Милан Мартић, Милан Бабић, Горан Хаџић, Радован Караџић, Ратко Младић, Момчило Крајишник, Биљана Плавшић и Жељко Ражњатовић (Аркан). Ради се о неким од најзначајнијих личности државно-политичких структура власти Савезне Републике Југославије (СРЈ) и политичких и војних структура Републике Српске (РС) у периоду 1992–1995. година. Одговорност припадника УЗП је утврђена за велики број кривичних дела учињених у наведеном периоду на територијама општина Бјељина, Зворник, Босански Шамац, Добој, Сански Мост и Трново у БиХ и једног кривичног дела учињеног на територији Хрватске 3. јуна 1992. године (док за остале инкриминације које су им стављене на терет да су учињене на територији Хрватске није утврђено постојање УЗП).

III. Могуће импликације жалбене пресуде на Републику Србију

1. Поступци вођени пред Међународним судом правде у Хагу

Поједини предмети пред Трибуналом и Механизмом побуђивали су, у одређеној мери, интересовање државе Србије, такође, посебно Босне и Херцеговине и Републике Хрватске, због могућих правних и политичких импликација пред Међународним судом правде (МСП) и последица одлука тог Суда у виду утврђивања евентуалне одговорности једне државе према другој. Конкретно, у односу на позиције држава, ти поступци пред Трибуналом су се могли рефлектовати на поступке који су вођени по тужби БиХ против Србије (као правног следбеника СРЈ и Државне заједнице Србије и Црне Горе) и по каснијој тужби Републике Хрватске против Републике Србије, а све поводом евентуалне одговорности државе за повреду Конвенције о геноциду.[4] Поступак по тужби

[4] Пун назив конвенције је Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида (*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*); усвојена је и отворена за потписивање и ратификацију или приступање Резолуцијом Генералне скупштине УН 260 А (III) од 9. децембра 1948. године, а ступила је на снагу 12. јануара 1951. године и има 152 државе-чланице, међу којима је и Србија.

БиХ је пред МСП окончан у фебруару 2007. године, а други, по тужби Хрватске и противтужби Србије, окончан пресудом из фебруара 2015. године (пре доношења прве жалбене одлуке пред Трибуналом у предмету Станшић–Симатовић).

У оба поступка вођена пред МСП, тај Суд се у погледу чињеничног стања (постојања дела *геноцида* као предуслова за оцену примене Конвенције) претежно ослањао на налазе судских већа у поступцима пред Трибуналом. Тужилачке стране су се тада позивале у великој мери на тврдње из иницијалне оптужнице у предмету Станишић–Симатовић, као и на неке од значајнијих доказа из тог предмета. И поред већ донете прве првостепене пресуде у предмету Станишић–Симатовић, којом су они ослобођени одговорности, правни заступници Републике Хрватске су се пред МСП позивали у својој аргументацији на неке чињеничне закључке из те пресуде, посебно у односу на базу злочина који су утврђени на територији Хрватске.[5]

По процедури пред МСП, овај Суд доноси само једну пресуду. Међутим, Статутом суда је предвиђена могућност подношења ревизије уколико страна дође до нових чињеница које су од таквог значаја да би могле довести до другачије одлуке да су биле познате суду у време суђења. Рок за подношење ревизије је дефинисан чланом 61, став 4 Статута МСП и износи 6 месеци од дана сазнања за нову чињеницу, с тим да је објективни рок утврђен на 10 година од дана доношења пресуде.

Статутом МСП утврђени рокови за ревизију искључују могућност било каквог иницирања ревизије у поступку по тужби БиХ против Србије, који је, како је наведено, окончан фебруара 2007. године.

У односу на поступак по тужби Хрватске пред МСП, иницирање ревизије би, што се рокова тиче, било дозвољено све до фебруара 2025. године.

Међутим постојање УЗП, као евентуална нова околност из предмета Станишић-Симатовић тешко да би могло да представља разлог да се ревизија усвоји. Овај став се заснива, пре свега, на томе што је у односу на Хрватску постојање УЗП утврђено само за један инцидент, а за остале нису постојали докази за такав подухват, а како је то изричито утврђено и по налажењу првостепеног и другостепеног већа у предмету Станишић–Симатовић. У овом погледу такође треба имати у виду то да ни у иницијалној нити било којој касније прецизираној оптужници Станишићу и Симатовићу тужилаштво Трибунала никад није стављало на терет

[5] Пресуда МСП *Хрватска против Србије*, пара. 398, где се Суд позива на првостепену пресуду пред Трибуналом у предмету Станишић–Симатовић, пара 997.

извршење кривичног дела *геноцида*. Треба напоменути да ни за једно од осталих кривичних дела по тужби Хрватске пред МСП није утврђено да оно (ни појединачно нити збирно гледано), достиже праг потребног за постојање геноцида, што је био основ да се тужба одбије.[6]

Поред тога, ваља приметити да је постојање УЗП у врло сличном облику (како у погледу учесника, тако и погледу временског оквира) већ знатно раније утврђено у предмету Милана Мартића пред Трибуналом. Још у првостепеној пресуди (јуна 2007. године) у том поступку је утврђено да су чланови УЗП (поред Милана Бабића, Радмила Богдановића, Радована Стојчића Баце, Слободана Милошевића, Војислава Шешеља) и Франко Симатовић Френки и Јовица Станишић. На основу тих закључака, тешко да би се налаз из пресуде Станишић-Симатовић могао сматрати новом чињеницом потребном за подношење ревизије.

2. Последице везане за поступке накнаде штете покренуте од стране жртава и породица жртава у парничним поступцима пред судовима Републике Србије

Друга последица о којој је било говора у јавности у вези са наведеном пресудом Механизма у случају Станишић-Симатовић односи се на евентуалне поступке за накнаду штете које би могли потраживати жртве и породице жртава према Републици Србији, а на основу налаза и закључака о кривичној одговорности оптужених из ове пресуде.

Пред судовима у Србији су већ вођени одређени поступци за накнаду штете поводом захтева породица жртава у вези са кривичним делима која су учињени ван територије Републике Србије, а где је тужбени захтев био заснован на осуђујућим пресудама у кривичним поступцима за ратне злочине који су вођени пред домаћим судовима. Тако већ постоји више пресуда по захтевима за накнаду штете поводом случаја *Овчара* где су активно биле легитимисане као тужиоци породице жртава, а пасивно легитимисана Република Србија – Министарство одбране РС.

На основу такве судске праксе може се очекивати да би домаћи судови прихватали да се као тужиоци могу појавити жртве или породице жртава поводом злочина учињених ван територије Србије и у другим случајевима. Но, у погледу основа који би се тражио у пресудама Трибунала или Механизма могло би се као спорно поставити питање да ли те пресуде представљају основ за утврђивање одговорности.

[6] Пресуда МСП, Хрватска – Србија, https://www.icj-cij.org/case/118.

Основ захтева у правоснажно окончаним поступцима накнаде штете према држави је произлазио из кривичних пресуда, а пасивна легитимација из одредаба члана 172, став 1 Закона о облигационим односима,[7] које регулишу права на накнаду штете кад је трећем лицу штета проузрокована у вршењу или у вези са вршењем функција државног органа. Ова права проистичу и из уставне одредбе из члана 35, став 2 Устава Републике Србије[8] према којој се право на накнаду материјалне и нематеријалне штете јемчи свакоме коме штету проузрокује државни орган, ималац јавних овлашћења, орган аутономне покрајине, или орган јединице локалне самоуправе.[9]

Оно што представља новину у пресуди Трибунала односно Механизма, о којој је реч, су налази о утврђеној кривичној одговорности високих функционера (службеника) тадашње СРЈ за кривична дела учињена на територијама *других држава*,[10] што, како је наведено, отвара питање да ли ово може бити основ за остваривање права на накнаду штете по важећим прописима Србије.

Дакле, за домаће судове у парничним поступцима први изазов би могао бити да утврде да ли пресуде Трибунала и Механизма могу бити прихваћене као основ за утврђивање одговорности државе, као што су то представљале кривичне пресуде за ратне злочине пред судовима Републике Србије.

Посебним Правилником о поступцима и доказима, који се користи у процесима пред Механизмом, предвиђено је да жртве могу „*у складу са релевантним националним законима пред националним судом или другим надлежним телом*" државе „*које се то тиче*" потраживати надокнаду

---

[7] Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2009.

[8] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

[9] Неке државе у региону су донеле посебне законе којима је регулисано право и поступак накнаде штете жртвама и породицама жртава раних сукоба деведесетих (на пример Хрватска), а специјална већа *Косова* која поступају у Хагу су у свом правилнику о поступку и доказима посебно предвидела да се о захтевима за накнаду штете одлучује у кривчиној пресуди и већ је донета једна правоснажн пресуда којом је осуђени обавезан да лично накнади штету жртвама ратних злочина.

[10] Раније је донета пресуда против такође високих функционера Србије у предмету *Косово* (Шаиновић и др.) за кривична дела учињена на територији Србије. У поступцима за накнаду штете жртава у вези са догађајима на Косову и Метохији подносиоци тужби су се позивали на кривичне пресуде пред домаћим судовима као основ тужбеног захтева

штете по основу пресуде којом је оптужени проглашен кривим, те да је пресуда, *„у сврху потраживања ... коначна и обавезујућа у погледу кривичне одговорности осуђеног ...*" (правило 130 Правилника, са наднасловом *„Накнада штете жртвама*").

Република Србија је, доношењем Закона о сарадњи са МКТЈ,[11] у члану 1, став 2 прихватила да ће *„...поштовати и спроводити судске одлуке МКТ.....*" Имајући у виду да одредбе овог Закона о сарадњи са Трибуналом прецизно одређују обавезу Србије да поштује пресуде Трибунала, те пресуде би се могле уподобити пресудама домаћих судова у погледу одговорности која произлази из кривичне пресуде. Овде вреди додати да се Република Србија у више наврата обраћала Трибуналу и Механизму са захтевом да се осуђеници по тим пресудама, а држављани Србије, упуте на издржавање казне у Србију; тиме је Србија експлицитно признала пресуде Трибунала. То је, такође, показано и у захтевима за уступање одређених предмета пред Трибуналом и прихватању односно у преузимању неких предмета да да би се поступак спровео пред националним судовима.[12]

Са друге стане, супротну позицију у погледу признавања пресуда Трибунала, Република Србија је у своје законодавство увела кроз специфичне одредбе којим имплицитно негира признавање пресуда како Трибунала тако и Механизма као његовог следбеника. Тако је у Кривични законик[13] унета одредба у оквиру кривичног дела *расна и друге дискриминације* из члана 387, где се у ставу 5 прихвата став о постојању геноцида искључиво на основу пресуда домаћих судова и Међународног кривичног суда,[14] али не и Трибунала и Механизма; овим се, очигледно, потпуно негирају претходно прихваћене обавезе из Закона о сарадњи са МКТЈ.

Други изазов пред којим се могу наћи домаћи судови у парничном поступку је заузимање става о питању како треба оцењивати одговор-

---

[11] Закон о сарадњи Србије и Црне Горе са Међународним трибуналом за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права почињена на територији бивше Југославије од 1991. године, *Службени лист СРЈ*, бр. 18/2002 и *Службени лист СЦГ*, бр. 2003.

[12] Предмет *Ковачевић – Дубровник*.

[13] Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 72/2009, 1221/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

[14] Међународни кривични суд (енгл.: *International Criminal Court – ICC* или *ICCt*, франц.: *Cour penal internationale*), ступио на снагу 1. јула 2022. године – Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 5/2001.

ност државе за поступке њених чиновника на основу теорије УЗП; ово посебно имајући у виду велике резерве које је овај правни институт изазвао у домаћој стручној јавности. И овде се може очекивати да ће се истицати приговори недостатка пасивне легитимације уз образложење да Савезна Република Југославија од 19. маја 1992. године није била у рату,[15] да непосредни извршиоци нису у време инкриминација били у командној структури државе (за разлику од утврђене одговорности државе за накнаду штете породицама жртава у случају *Овчара*, где су непосредни извршиоци били у оквиру структуре тадашње ЈНА – 1991. године, на територији коју је тадашња држава сматрала као део своје територије, у оквиру које се десила „оружана побуна").

Судови такође могу бити суочени са утврђивањем нивоа незаконитог поступања државних органа ако су они поступали у име државе. По неким решењима у судској пракси, суд, у примени института из члана 172 ЗОО, код утврђивања постојања основа одговорности државе мора да утврди да „...[*о*]*дговорност државе постоји ако је штета настала као последица таквог рада њеног органа који се може сматрати прекорачењем, злоупотребом или погрешном применом датих овлашћења. Орган који поступа у оквиру законског овлашћења, није одговоран за погрешно тумачење законских норми*".[16] У том контексту закључци и налази из пресуде Станишић–Симатовић, ако се прихвате као основ или као доказ, могу бити велики изазов за поступајуће парничне судове у одлучивању поводом евентуалних захтева за накнаду штете од државе.

IV. Закључак

Коначна пресуда у предмету Станишић–Симатовић у поступку пред Међународним резидуалним механизмом за кривичне судове у Хагу не би могла да буде разлог за иницирање било какве ревизије пред Међународним судом правде у поступцима који су вођени од стране БиХ и Хрватске против Србије због повреде Конвенције о геноциду.

Налази и закључци из те пресуде, а посебно у погледу постојања и учешћа осуђених у *удруженом злочиначком подухвату*, могу да представљају изазов у евентуалним захтевима за накнаду штете усмереним

[15] Прописи који се тичу одговорности државе, а који произлазе из Женевских конвенција, посебно се разграничавају у односу на међународни и унутрашњи оружани сукоб и на постојање или непостојање проглашења ратног стања – које је у Србији било проглашено само у време сукоба са НАТО снагама 1999. године.

[16] http://bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=odgovornost-drzave-naknada-stete.

према држави Србији (како у вези са пасивном легитимацијом, тако и у погледу основа одговорности) поднетим од стране жртава и породица жртава по основу кривичних дела за која је утврђено да су извршена и за која дела је утврђена кривична одговорност оптужених.

Novak Lukić
attorney at law in Belgrade

DECISION IN STANIŠIĆ-STAMATOVIĆ CASE OF THE INTERNATIONAL RESIDUAL MECHANISM FOR CRIMINAL TRIBUNALS

Considerations of Possible Legal Consequences for the Republic of Serbia

Summary:

The article presents main characteristics of the case and decision of the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals in Stanišić-Simatović case, and considers possible legal consequences of the said judgement for the Republic of Serbia. The author starts with analysis of the implications of the decision in regard the completed cases initiated against Serbia for genocide before International Court of Justice; the author concludes that it is not likely that, on the basis of the decision of the Residual Mechanism, the requests for revision of the final judgments of the International Court of Justice may be filed. In the paper it is also discussed whether the victims of the criminal offences for which Stanišić and Simatović where pronounced liable may sue Serbia for damage before the Serbian courts. The author finds that, in case that such cases are initiated, the competent Serbian civil courts would have to deal with certain very interesting legal issues and to find proper answers in this matter.

Key words: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, Stanišić-Simatović case, joint criminal enterprise, genocide, liability of state for damage caused to victims of criminal offences

UDK

Ацо Манојловић
адвокат у Београду

ЧИЈИ СУ ЕМБРИОНИ

Сажетак:

Аутор анализира Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи са становишта недостатака законског текста. У раду се приказују одредбе које доводе до тешкоћа у пракси и предлажу исправна тумачења која су заснована на начелу заштите детета и других учесника поступка биомедицински потпомогнуте оплодње, које Закон прокламује. На крају, аутор предлаже да се, ради целовитог и смисленог уређења области вантелесне оплодње, измени и допуни Закон, и подвлачи да је, уз те промене, потребно извршити и измене још неколико закона.

Кључне речи: ембрион, репродуктивна ћелија, јајна ћелија, семена ћелија, потпомогнута оплодња, вантелесна оплодња

I. Увод

Доношењем Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења,[1] Србија је ушла у ред невеликог броја држава које детаљније уређују ту област; уређење ове материје наметнуо је развој науке која је омогућила зачетак и рађање деце путем вантелесне оплодње.

Наведени закон није био идеалан, као што то није ни било који други закон, али је свакако представљао помак у уређењу ове области. Недостаци, извесне недореченост и нејасноће отклоњене су доношењем новог закона – Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи,[2] којим

[1] Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпмогнутог оплођења – Закон о потпомогнутој оплодњи, *Службени гласник РС*, бр. 72/09.

[2] Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи, *Службени гласник РС*, бр. 40/2017 и 113/2017 – др. закон.

су унапређене одређене одредбе, и то тако што је, у односу на претходни закон, у одређеној мери поједностављен и олакшан начин и поступак спровођења биомедицински потпомогнуте оплодње; ово се унапређење односи како на парове тако и на индивидуе (у овом случају се превасходно мисли на особе женског пола, јер оне могу да обаве поступак вантелесне оплодње – ВТО – са семеним ћелијама непознатог даваоца).

Међутим, живот је увек бржи и сложенији од закона и колико год се законодавац трудио, или се труди, живот увек намеће оне ситуације које закон није предвидео, или, уколико их је и предвидео, онда је то тако учињено да се оставља простор за разна тумачења и дебатовања, као што је то, у неким сегментима, случај и са Законом о биомедицински потпомогнутој оплодњи.

У овом чланку се нећу осврнути на утврђени поступак спровођења ВТО, као ни на то ко све има право на тај поступак о трошку државе, а ко не (те, уколико то право има, под којим условима може да га користи); нећу указати ни на одређене техничке и сличне пропусте у законском тексту. Осврнућу се искључиво на правна питања која се намећу, а која вуку своје корене још из римског права и фикције *nasciturus*-а – *Nasciturus (infans conceptus) pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur* („Зачето дете се сматра рођеним уколико је то у његовом интересу").

II. Чији су ембриони након смрти једног од партнера?

Правно питање које ће бити обрађено садржано је у самом наслову чланка и гласи: *Чији су ембриони након смрти једног од партнера?* Потпитања која произилазе из овог, основног питања су:

- да ли преживели партнер полаже право на предметне ембрионе, или не?
- да ли преживели партнер може да располаже ембрионима и, ако може, на који начин?
- да ли преживели партнер може да искористи ембрионе у ону сврху из ког разлога су ембриони и настали;
- ко располаже ембрионима уколико то није дозвољено преживелом партнеру и одакле тај *неко* црпи право да располаже са, грубо речено, туђом ствари?

1. Погрешна тумачења Закона и разлози

У чланку ћу посебно указати на одређене одредбе Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи које се, сматрам, погрешно тумаче, и то нарочито од стране специјализованих установа за ВТО код којих се ембриони налазе на чувању. Ове установе, након смрти једног од партнера, желе да предметне ембрионе униште, уз образложење да Закон „*тако регулише*".

Проблем за једног од партнера настаје, и тада се постављају и основно питање, као и наведена изведена потпитања, оног тренутка када други партнер премине. Наиме, специјализоване установе за ВТО не желе да дозволе преживелом партнеру да преузме и искористи ембрионе, јер сматрају да оне у таквим случајевима полажу право на ембрионе, односно да ембрионе морају уништити у, како Закон каже, „*за то предвиђеној стандардној процедури*". Специјализоване установе сматрају да то право односно обавезу црпе из одредби члана 41 Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи, који прописује да је „*у поступку БМПО дозвољено* [*је*] *употребљавати репродуктивне ћелије, односно ембрионе давалаца који су живи*".

Мишљења сам да је такав став специјализованих установа искључиво страх од предвиђених високих законских казни, које се крећу од одузимање дозволе за рад, преко високих новчаних казни, па све до дугогодишњих година затвора. Сматрам да из тог разлога специјализоване установе траже да им неко (законодавац или суд) недвосмислено каже шта им је чинити у таквим случајевима, с обзиром на то да је Закона, како произилази из наведен одредбе, недоречен.

2. Значења израза

Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи, у члану 3, даје значење израза који су употребљени у Закону; ових дефиниција има 42, а у конкретном случају су од значаја изрази из става 1, под тачкама, и то:

1) поступак биомедицински потпомогнутог оплођења (БМПО) јесте поступак који се спроводи у складу са савременим стандардима биомедицинске науке у случају неплодности, као и у случају постојања медицинских индикација за очување плодности, и омогућава спајање мушке и женске репродуктивне ћелије ради постизања трудноће на начин другачији од сношаја;

2) репродуктивне ћелије су све ћелије намењене употреби у поступцима БМПО;

3) репродуктивна ткива су делови јајника или тестиса у којима се налазе репродуктивне ћелије;

4) јајна ћелија је женска (људска) полна ћелија, без обзира да ли је зрела или не;

5) оплођена јајна ћелија (у даљем тексту: зигот) је јајна ћелија након спајања са сперматозоидом у којој су уочена два или више пронуклеуса;

6) сперматозоид (у даљем тексту: семене ћелије) је мушка (људска) оплодна ћелија, без обзира да ли је зрела или не;

9) „ин витро" ембрион је ембрион ван тела људског бића;

10) рани ембрион је зигот који дељењем постиже вишећеличност и може достићи стадијум бластоцисте и обухвата период до 14 дана развоја или до појаве примитивне пруге (преембрионални период развоја);

15) давалац репродуктивних ћелија је особа која дарује сопствене репродуктивне ћелије у сврху поступака хетерологног оплођења;

16) даваоци ембриона јесу супружници, односно ванбрачни партнери који дарују преостале сопствене ембрионе настале у току сопственог поступка БМПО другом неплодном пару супружника, односно ванбрачном пару ради постизања трудноће;

17) давалаштво је добровољно даровање репродуктивних ћелија и ембриона намењених за примену у поступцима БМПО;

Ембрион односно плод је организам у почетним ступњевима свог развитка, дете које се развија за време првих неколико месеци трудноће, а за време свог каснијег развоја назива се фетус (тачке 11 и 12).

3. Разлика између репродуктивних ћелија и ембриона

Наведена значења израза дата су како би се разјаснили одређени појмови и како би се разумело да је потребно правити разлику између семених ћелија мушкарца и јајних ћелија жена, са једне стране, и ембриона са друге стране, односно да се репродуктивне ћелије (јајне ћелије и семене ћелије) и ембрион, не могу „стављати у исти кош". Из пропуста да се уочи ова разлика настали су одређени проблеми у пракси.

Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи, у члану 25, став 1, уређује да корисници права на БПМО, односно на поступак БПМО имају пунолетна и пословно способна жена и мушкарац којима је потребна помоћ у поступцима БМПО у лечењу неплодности, а који воде

заједнички живот у складу са законом којим се уређују породични односи – супружници, односно ванбрачни партнери који су способни да врше родитељску дужност и у таквом су психосоцијалном стању на основу кога се оправдано може очекивати да ће бити способни да обављају родитељске дужности, у складу са законом, у интересу детета.

У истом члану, у ставу 2, Закон уређује да „[*и*]*зузетно, право на поступке БМПО има и пунолетна и пословно способна жена која живи сама и која је способна да врши родитељску дужност и у таквом је психосоцијалном стању на основу кога се оправдано може очекивати да ће бити способна да обавља родитељске дужности, у складу са законом, у интересу детета*".

4. Потреба да се отклоне неспоразуми у тумачењу

Свакако да треба, како је наведено, правити разлику између јајних ћелија и семених ћелија, са једне стране, и ембриона, са друге стране. У неразумевању постојања ове разлике јављају се неспоразуми у тумачењу Закона и намеће се потреба да се одредбе које су извор неспоразума уреде законским изменама и то до граница које су највише могуће.

Основна разлика између семених и јајних ћелија и ембриона је та што су семене и јајне ћелије, понаособ, заправо репродуктивне ћелије, док је ембрион, ако се може грубо рећи, нова ствар настала спајањем јајне и семене ћелије. Својим настанком, ембрион је „удахнуо" живот.

Дакле, ембрион који је настао у поступку БМПО у лечењу неплодности, и то који је настао између мушкарца и жене, у складу са чланом 25 Закона, јесте ствар која је настала заједничким изразом воља жене и мушкарца, и која се чува у специјализованој установи, због одлагања, из одређеног разлога, да жена изнесе трудноћу, а што ће учинити у одређеном тренутку.

Као што је већ речено, члан 41 Закона предвиђа да се је у поступку БМПО дозвољено употребљавати репродуктивне ћелије, односно ембрионе давалаца који су живи. И у погледу ове законске одредбе мора се обавезно направити разлика између репродуктивних ћелија и ембриона, односно разумети шта се сматра употребом репродуктивних ћелија, а шта је употреба ембриона давалаца који су живи.

Члан 41 је јасан у случајевима када лица која испуњавају услове из члана 25 Закона оставе одвојено своје репродуктивне ћелије, тако што ће та лица накнадно дати сагласност када се те ћелије могу употребити и од њих направити ембрион, који је резултат њихових репродуктивних

ћелија. У таквом случају јасно је да ембрион не постоји, већ даваоци репродуктивних ћелија одлучују када ће доћи до њиховог „сношаја", само на другачији начин. Закон је ту јасан, а осим тога неспорно је да се услед смрти једног од партнера не могу искористити репродуктивне ћелије, јер за живота такве сагласности није било; дакле, није било сагласности воља та два лица за настанак нове ствари. Сагласност воља је остављена као евентуална могућност. Таква сагласност би се евентуално могла оставити завештањем, али то је посебна тема, о којој свакако треба расправљати у случају да дође до измена и допуна Закона.

Међутим, када је реч о ембриону, не може се говорити о употреби ембриона, односно сматрати да услед смрти једног од партнера други, преживели партнер, не може да искористи предметни ембрион у поступку БМПО. Право на ембрион мора да припада искључиво живом партнеру, и да му се омогући да тај ембрион може да искористи, како би се наставио даљи развој живота, и његово рађање, а чији је развој био привремено заустављен. Јер, ембрион је настао сагласношћу воља мушкарца и жене – до међусобног спајања репродуктивних односно до „сношаја" је дошло, а једина разлика је у томе што се то између мушкарца и жене одиграло на другачији начин, који је као такав, по Закону, могућ.

Дакле ако је, као што је већ речено, ембрион плод, организам у почетним ступњевима свог развитка, дете које се развија за време првих неколико месеци трудноће, онда се не може никако другачије гледати на ембрион, већ као што се гледа на ембрион који је настао сношајем између мушкарца и жене, а то значи једино путем примене фикције *nasciturus*-а.

Члан 35 Закона предвиђа да су даваоци ембриона – супружници, односно ванбрачни партнери који су одустали од коришћења свог ембриона насталог за њихову оплодњу. Даваоци морају дати писмени пристанак за употребу свог ембриона у оплодњи других супружника, односно ванбрачних партнера, односно жене из члана 25, став 2 овог Закона.

Сматрам да се члан 41 Закона може применити, када је реч о ембрионима, само у складу са чланом 35 Закона, а никако се члан 41 не може примењивати у случају смрти једног од партнера.

Члан 3, став 1, тачка 16 ЗБМПО прописује: „*Даваоци ембриона јесу супружници, односно ванбрачни партнери који дарују преостале сопствене ембрионе настале у току сопственог поступка БМПО другом неплодном пару супружника, односно ванбрачном пару ради постизања трудноће*".

Члан 3, став 1, тачка 17 Закона прописује: „*Давалаштво је добровољно даровање репродуктивних ћелија и ембриона намењених за примену у поступцима БМПО*". Дакле, да се подвуче, у случају смрти једног од партнера нема места позивању на члан 41 Закона, јер преминули партнер није давалац ембриона; он то не може ни да буде, јер Закон у члану 3, став 1, тачка 16 јасно прописује ко се сматра даваоцем и у ком случају.

5. Услови под којима ембрион припада преживелом партнеру

На који начин преживелом партнеру припада ембрион, и под којим условима?

Мишљења сам да је то потребно спровести кроз оставински поступак, с тим да се морају извршити измене Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи којим ће се јасно регулисати да, у случају смрти једног од партнера, право на ембрионе припада искључиво другом партнеру, и то искључиво за сврху за коју је био намењен, те да нико од других законских наследника не може полагати право на ембрион. Како нико други не може да полаже право на ембрион, судови би требало да издвоје из оставинске масе предметни ембрион и да га посебним решењем доделе преживелом партнеру, а све то како се не би чекало правоснажно окончање оставинског поступка који би могао трајати и неколико година.

У овом случају би се могао применити члан 41 Закона, односно сматрати да се тај ембрион не може даривати без сагласности другог партнера, односно услов је да преживели партнер нема право на даривање тог ембриона, како то Закон предвиђа, јер уколико је за настанак ембриона постојала сагласност воља, она за даривање не постоји.

6. „Дискриминација" мушкарца

Имајући у виду напред наведену одредбу члана 25, став 2 Закона, по којој „*право на поступке БМПО има и пунолетна и пословно способна жена која живи сама*", те с обзиром да такво право закон не дозвољава мушкарцу који живи сам, већ само жени, може се закључити да постоји једна врста „дискриминације" према мушкарцима у односу на жене (када кажем да је реч о дискриминацији, свакако да не мислим на природна својства жене, која по природи доноси живот на свет); конкретно, реч је о извесној дискриминацији мушкарца у односу на жену у погледу права на ембрионе у случају смрти једног од партнера, односно жене.

Из ког разлога се јавља дискриминација према мушкарцу, у случају да је жена партнер који је преминуо?

Према законском решењу, мушкарац не може да искористи ембрион како то може жена. Да не би било дискриминације према мушкарцу, то право се мора омогућити и њему. Једини начин за то је коришћење сурогат мајке, а што у овом тренутку Породични закон Републике Србије не дозвољава.

7. Примена начела заштите детета

Сам Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи предвиђа и основна начела од којих је једно *начело заштите права детета и лица повезаних са БМПО* (члан 7). Ово начело истиче да се заштита права детета и лица повезаних са БМПО остварује на тај начин што здравље, добробит и заштита права детета, као и права других лица повезаних са поступком БМПО, „*представљају првенство приликом доношења одлуке за сваки поступак БМПО, а посебно за жену која се подвргава БМПО, односно за дете које ће се на основу тог поступка родити*".

Како Закон предвиђа заштиту права детета које је на основу поступка БМПО рођено, опет се намеће фикција *nasciturus*-а. Ово начело треба изричито уредити односно спровести и за случај да је ембрион употребљен након смрти једног од партнера.

Осим полагања права на ембрионе у случају смрти једног од партнера, намеће се питање права на ембрионе у случају смрти оба партнера, а што Закон не регулише (као шта предвиђа поступак са ембрионима које партнери нису искористили).

Оно што додатно оптерећује целу ову ситуацију јесте да је Србија од 10. децембра 2022. године почела са увозом јајних ћелија, ембриона и семених ћелија, из Шпаније. Као разлог за увоз Министарство здравља наводи Националну политику пораста наталитета, јер је то један од приоритета државе, а све то имајући у виду недостатак домаћих донора. Парадокс је то што се жени којој је преминуо партнер не дозвољава да искористи своје ембрионе, док јој се, у исто време, дозвољава да може да искористи ембрионе од непознатих донора.

Питање које се само намеће у том случају је: Чији је то интерес?

III. Закључак и предлози

Оно што је неспорно је да специјализоване установе ВТО, након смрти једног од партнера, немају законско право да ембрионе униште, као ни право да не дозволе преживелом партнеру да ембрионе пренесе у другу специјализовану установу, јер члан 52, став 5 Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи предвиђа да:

> „[л]ица од којих потичу складиштене репродуктивне ћелије, ткива или ембриони могу из оправданих разлога тражити њихов премештај у други центар на територији Републике Србије, као и у другу установу изван територије Републике Србије која је регистрована за обављање поступака БМПО, а ради коришћења у поступку БМПО за сопствену потпомогнуту оплодњу."

Дакле, преживели партнер има право да предметне ембрионе премести на чување у било коју специјализовану установу, а установа код које се ембриони налазе нема право да то право ускрати.

Да би преживели партнер могао искористити ембрионе само у сврху због које је ембрион и настао неопходно је покренути поступак измене и допуне Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи. Међутим, измене Закона су могуће, односно уређење ове области ће бити успешно и делотворно само под условом да се уз Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи, изврше, и то у пакету, измене и допуне следећих закона:

1. Породичног закона, којим ће се регулисати мајчинство и очинство, као и однос детета са другим сродницима (нарочито треба регулисати и могућност сурогат мајке, у случајевима када је преминула жена);
2. Закона о матичним књигама, којим ће се регулисати поступак уписа оца или мајке детета; те
3. Закона о наслеђивању, којим ће се регулисати правни положај детета које је рођено након смрти једног од партнера, при чему је сигурно да ће бити рођено након протека више од 300 дана од дана смрти, с тим што треба имати у виду и правни положај фетуса у оставинском поступку (да ли се фетус може третирати као законски наследник, на који начин и до ког рока).

Уколико би се извршила измена и допуна само Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи, којим би се омогућило преживелом партнеру да може да искористи ембрион у сврху за коју је предвиђен, не би се много учинило, јер би остала нерешена правна питања која уређују остали закони, а која се намећу као изузетно важна када је реч о правима детета које би на свет дошло путем вештачке оплодње. Треба

подсетити да су права таквог детета загарантована једним од основних начела Закона, а то је *Начело заштите права детета и лица повезаних са БМПО*.

Узимајући у обзир чињеницу да је број случајева ВТО све већи, и да ће их бити све више, неопходно је што пре покренути иницијативу за измене и допуне наведених закона, а вероватно и још неког прописа који је од значаја за уређење ове правне ствари.

У ту сврху неопходно је формирати радну групу која ће узети у обзир све аспекте потребне за уређење ове области, и дати предлог измена закона.

Aco Manojlović
attorney at law in Belgrade

TO WHOM EMBRYO BELONGS

Summary:

The author reflects on the deficiencies of the Law on Biomedical Assisted Fertilization. The provisions of the Law causing certain difficulties in practice are presented and correct interpretation is proposed, on the basis of the principle of protection of the child and other participants in the proceedings of biomedical assisted fertilization, promulgated by the Law itself. At the end of the article the author proposes, for the purpose of complete regulation of the field of *in vitro* fertilization, the amendments of the Law on Biomedical Assisted Fertilization and underlines that the changes should also encompass modification of other laws influencing the matter.

Key words: embryo, reproductive cell, egg sell, sperm, assisted fertilization, *in vitro* fertilization

UDK

*Др Игор Митровић**

СОЦИОЛОГИЈА И ФИЛОЗОФИЈА ПРАВА, КРОЗ ПРИЗМУ СОЦИОЛОШКЕ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈЕ

Сажетак:

У раду се разматра однос социолошке јуриспруденције и социологије и филозофије права. Социолошка јуриспруденција у својој научној основи идентификује неколико основних обележја. Суштина за разумевање закона садржана је у његовом друштвеном контексту, а социолошка јуриспруденција у закону препознаје облик друштвене контроле. Стога се и труди да укаже на узроке и основе за истицање примарности интереса у опредељењу права и закона, па то открива у психологији, економији и диференцијацији друштва. Блискост социолошке јуриспруденције са социологијом права није никакав специјалитет односа између ове две дисциплине, већ одраз уобичајене и стандардне релације која постоји међу свим наукама. Филозофским проучавањем права, творац социолошке јуриспруденције, Роско Паунд наглашава постојање две основне потребе човека, друштвене потребе које се не могу остварити без прихватања филозофске концепције права. То су „*огроман друштвени интерес за општом сигурношћу, што је као интерес за миром и редом усмеравало право од самог почетка… и притисак мање насушних друштвених интереса и потреба да се они помире са захтевима за општом сигурношћу и непрестаним новим компромисима услед сталних промена у друштву*".

Кључне речи: социологија права, филозофија права, социолошка јуриспруденција.

* Заменик градског правобраниоца града Београда, Одељење: Вождовац, Раковица и Чукарица – Координатор одељења.

I. Увод

Ако имамо у виду начин настанка и развоја социолошке јуриспруденције, онда се морамо определити и у погледу односа које ова дисциплина успоставља према оним дисциплинама за које се може рећи да су јој најприближније. У складу са тезом Роска Паунда (*Roscoe Pound*) о аутономности социолошке јуриспруденције, подразумева се посебност овог истраживачког пута посебно у односу према социологији права. Свежина концепта овог теоретичара посебно је изражена и у идејама комбинације социолошке димензије права са филозофијом права. Инсистирањем на нужности да се право уподоби као оруђе за остваривање друштвених интереса, Роско Паунд не запоставља потребу доживљаја и анализирања права кроз филозофску форму. Таква врста форме има моћ презентације идеје, а њен примарни смисао је да се оцрта морална, правна и политичка карта друштва за сва времена. Филозофија права даје рационална објашњења за значење и разумевање права. Уопштено гледано, може се рећи да је и у социолошким теоријама о праву (као и у целокупном опусу теорије о праву) значајно присутно дуалистичко посматрање права, што је одраз историјских корена промишљања о праву. У тежњи да се критички преиспита допринос важећих правних поредака, био је више него неопходан један другачији правац погледа на право, којим би се омогућило откривање његове позадине, унутрашње садржине и појавних облика, а све то у циљу схватања функције која припада праву у друштву. У том смислу било је неопходно утврдити одговарајућу појмовну категоризацију у правном оквиру. Зато се и социологизирање права, правног поретка и правних појава може сматрати доприносом не само даљем развитку друштвене научне мисли, већ и развоју целокупног друштва. Отуда и значај ове теме за одговор на изазове односа социолошке јуриспруденције према правном позитивизму и природном праву.

II. Социолошка јуриспруденција и социологија права

Паундову тезу о аутономности социолошке јуриспруденције, треба разумети тако да она подразумева и посебност овог истраживачког пута посебно у односу према социологији права. Жорж Гурвич (*Georges Gurvitch*) ће истаћи да је Паундова богата научна продукција оквир са најбогатијим, најделикатнијим и најшире схваћеним идејама америчке социологије права. На тај начин, Паунд је проширио перспективе социологије права проширивши њене аспекте, а нама се чини да је то богатство истраживачког поступања довољно екстензивирало предмет про-

учавања социологије права, дозвољавајући нови ниво проучавања у облику социолошке јуриспруденције.

> „Паундова мисао формирала се у непрестаној конфронтацији социолошких проблема (проблема друштвене контроле и друштвених интереса), филозофских проблема (прагматизма и експерименталне теорије вредности), проблема правне историје (разних степена стабилности и еластичности код типова правних система) и, коначно, проблема рада америчких судова (елемент административне дискреције у судском поступку)".[1]

Гурвичева анализа и критика Паундове концепције првенствено се заснива на уочавању његових одступања од социологије права, тврдњом да није јасно одвојио социологију права као науку засновану на реалистичким оценама, јер јој приписује практичне циљеве. Паундово преображавање социологије права као телеолошке дисциплине заједно са морално-вредносним доживљајем права, чему Гурвич приговара, отвара простор за мисао о засебности социолошке јуриспруденције и њеној издвојености из социологије права. Јер, Паундова концепција не представља резултат конфузије и погрешног разумевања социологије права, већ је у питању намерна и свесна идеја о нужности емпиријског приступа приликом истраживања научно релевантних појава у оквирима права.

Само на први терминолошки поглед социолошка јуриспруденција има заводљивих сличности са социологијом права, због чега је неопходно направити прецизно појмовно разграничење у циљу овладавања правилним значењем социолошке јуриспруденције. Нема сумње да оба појма носе са собом опасности од конфузије и помешаности приликом утврђивања њихових научно-академских обележја. При томе, предност у прихватљивости разумевања припада социологији права, која има мање проблема у својој академској легитимности, док са социолошком јуриспруденцијом ствари стоје другачије, или боље речено ситуација је знатно отежана у том погледу. Уколико је тачно (а јесте) да социологија права изазива многобројне несугласице приликом расправа о њеном предмету и методолошком поступању, онда је још тачније рећи да је степен и интензитет тих недоумица израженији када се нађемо на терену социолошке јуриспруденције. Идући даље, уколико се сагласимо да је социологија права млада научна дисциплина, морамо констатовати да је она ипак зрелија у односу на социолошку јуриспруденцију. При томе, зрелост не меримо временским моментима, већ озбиљношћу прихватања ставова о оправданости постојања предмета и методолошког поступања, не зато што и време не игра улогу у овом случају, већ зато што нам је прихватљивија природа аргументације усмерене ка самој суштини.

---

[1] Жорж Гурвич, *Социологија права*, ЦИД, Подгорица, 1997, 151.

Блискост социолошке јуриспруденције са социологијом права је одраз уобичајене и стандардне релације која постоји међу свим наукама. Ако ћемо за социологију права прихватити идеју да се она налази негде на средокрађи, на усковитлалој и напетој средини социологије (опште) и права (уопште), онда ћемо се тек сусрести са проблемом опредељивања према локацији социолошке јуриспруденције. А да би се могло стићи до одређења предмета социологије права, претходно је потребно назначити предмет социологије, коју ћемо, по готово устаљеној навици, схватити као једну од најсложенијих наука, чија се сложеност издиже изнад оквира других наука, без обзира припадале оне друштвеном или природном полу расподеле научних области и поља.

Социолошка јуриспруденција представља у довољној мери комплексан појам, под којим се подразумева готово неограничен простор многоструких односа између права и друштва. Заједно са социологијом права[2] која је изузетно близак појам социолошкој јуриспруденцији, откривају се, може се рећи, сви аспекти интеракције која се успоставља између те две друштвене појаве. Свакако да је ризично инсистирање на обухвату односа о којима је реч, имајући у виду да је тешко оправдати да једна теоријска дисциплина обухвати све односе. Но, како се налазимо на терену стално живе и увек отворене дисциплине за опсервирање и анализу нових односа, могла би се и прихватити изнета тврдња о ширини мисаоног опсега у процесима проучавања којима се бави социолошка јурисприденција.

1. Закон као инструмент идентификације социолошке јуриспруденције

Током свог развоја социолошка јуриспруденција је еволуирала теоријским сусретима са правним позитивизмом, специфичним органицистичким варијантама и посебним интересовањем за психологистички приступ праву. Након таквог теоријског развоја, а упоредо пратећи збивања на пољу правног живота и правне праксе, социолошка јуриспруденција је кренула стазом сопствене интегративности, обједињујући сва она стечена теоријска искуства и научно прихватљиве

[2] *„Социологија права је релативно новија научна дисциплина. Њеним оснивачем се сматрају аустријски правник Еуген Ерлих који је у свом делу 'Основи социологије права' (1913) први употребио овај назив у наслову једне књиге*" –- Милош Марјановић, „Предмет социологије права и њен однос са сродним дисциплинама", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2009, Нови Сад, 2009, 143.

закључке, како би се још једном представила у светлу теоријске свеобухватности. При томе, не одступа се од темељних поставки о суштини, смислу и сврси права, већ се идеја о нужди хармонизовања друштвених односа подстиче и дубоко инкорпорира у бит социолошке јуриспруденције. Налазећи се на таквом фону, она ће идентификовати кроз закон првенствено циљ који је управљен ка тој хармонизацији, јер закон је, како то истиче Паунд, покушај да се задовоље, помире и ускладе често супротстављени интереси и захтеви различитих делова друштва и друштвених група, али и појединаца. У томе ће свежија теорија препознавати значај не само успостављања хармоније у виду задовољавања одређених и што свеобухватнијих интереса од стране законодавца, већ и сам напор законодавца што представља и његово основно обележје у смислу легалитета и легитимитета.[3]

Инсистирање на интересима и њиховом задовољењу како би се стигло до хармонизације друштвених односа и друштва у целини, представља формулу која се плански и смислено евидентира унутар социологије права и социолошке јуриспруденције. Уосталом, повезивање интереса као проблема тако својственог социологији и закона као препознатљивог проблема права, представља и искуствени основ за настајање социолошке јуриспруденције, којом се интегративно удружују, повезују и уједначено третирају и социологија и право, чиме се трансформише социологија права у социолошку јуриспруденцију.

У теоријском погледу архитектура социолошке јуриспруденције превазилази просторе социологије и права, издиже се изнад њиховог простог повезивања, стварајући сложен и компликован теоријски појам који је достигао самосвојност и моћ самосталне егзистенције у свету друштвених наука. Изванредност оваквог идејног инжењеринга представља резултат великих мисаоних напора да се осмисли и креативно утврди начин за разумевање капиталних друштвених проблема, али кроз њихово научно методолошко повезивање. Иако, на први поглед апстрактна, научна заснованост социолошке јуриспруденције је сва прожета формом овладавања праксом друштвених збивања у односима између друштва и права које је логички лоцирано унутар друштва; то је онај однос између шире и уже појаве који даје за право да се изведе покушај још шире мисаоне конструкције у односу на ширу појаву.

Познато је да је Радомир Лукић социологију третирао као општу и уопштавајућу науку, при чему је претходно расподелио друштвене

[3] Swamenden Chaterjee, *Topic Sociological jurisprudence and sociology*, Bankura University, 2018.

науке на опште и посебне. У том смислу, социологији припадају, за разлику од других наука, два предмета који јесу општи, али се ипак међу собом разликују. То ће бити проучавање онога што је опште за све друштвене појаве, али и проучавање људског друштва као целине свих појава у друштву, закона њиховог повезивања и развоја друштва као целине. На основу оваквог почетног приступа, социологији припада предметни задатак да проучава друштво кроз две његове основне структуралне поставке, а то ће бити статични и динамични део друштва. У друштвеној статици социологија истражује сам појам друштва и друштвених појава, док ће се проучавање динамике друштва сводити на истраживање односа који се успостављају између различитих друштвених појава, али и односа који постоје између друштвених појава и појава које нису друштвене. Прихватљивост примене социолошког методолошког опсервирања појава предметно интересантних теорији права (и државе) постепено убризгава социолошки метод у правну науку. Чак се и у случају опсервирања теорије државе и права налазимо на терену опште науке у коју је суптилно унет социолошки супстрат, с обзиром на чувену предметну одредницу о изучавању општих квалитета и веза које постоје на нивоу државе и права, те на нивоу односа који се успостављају између државе и права, односно, када кренемо путем додатне дедукције овог појма, стижемо до општих квалитета државе, општих квалитета права и општих квалитета веза које се успостављају између државе и права, као две опште друштвене појаве.

Више него очигледно постаје изазовно теоријско одређење предмета социологије права – с обзиром на њену граничну позицију између социологије и правне науке. Отуда се спорови знају водити и око питања да ли социологија права поседује сопствену посебност или је, заправо, уокривена социологијом (па припада социолошким наукама), односно правом (па припада правним наукама).[4] Тако се ствара основ за извлачење и посебних оријентација у социологији права успостављањем разлика између њене социолошке и правничке димензије, које се огледају како у професионалном апарату истраживача, тако и различитим интерпретацијама граничних проблема социологије и права. Тако је

> „за правничку оријентацију карактеристично скретање пажње, пре свега, на последице увођења у законодавство одређених правних норми. Правне појаве се разматрају под улогом функције коју врше ради очувања

[4] Видети више: Ева Максимовић, *Предмет и методи социологије права*, *Социологија са социологијом права*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2000.

одређеног друштвеног поретка. Социологија права третирана као део социологије има друкчије циљеве. Она, пре свега, тежи да описује и да објашњава стварност у таквом обиму, у каквом је она повезана са правним чиниоцима. При томе, она не ограничава појам права само на норме, које су снабдевене апаратом државне принуде, већ под правом подразумева и сва друштвено прихваћена понашања која имају ванправни карактер".[5]

Проблематизација се додатно чини и наметањем терминолошко-појмовних разлика између правне социологије и социологије права које, сматрамо, непотребно додатно могу уносити конфузију у разумевању социологије права. Зато, на пример, Жан Карбоније (*Jean Carbonnier*) препоручује да без разлике треба употребљавати једно или друго значење,[6] при чему је наше лингвистичко опредељење већ препознатљиво с обзиром да прихватамо израз социологија права, који је и иначе у доминантнијој употреби. Ж. Карбоније уобличава и презентира потребну јасног разликовања између права и социологије права, истичући да је социологија права јединствени ентитет примерен догматском праву и развија се у „*безброј правних атома случајних комбинација*".[7] Овај аутор затим чини и неколико класификација (тачније, четири) правних појава: примарне и секундарне правне појаве, правне појаве с влашћу и правне појаве под влашћу, правне појаве институције и правне појаве случајеви, и спорне и неспорне правне појаве. Критеријум за прву класификацију је општост правних појава, па су очекивано примарне правне појаве истовремено и извори за секундарне правне појаве; тачније речено сама садржина примарне правне појаве не спада у њен теоријски оквир, већ представља секундарну правну појаву. Власт као битан елемент правних појава раздваја их с обзиром на капацитете и квалитете обавезности примене одређених заповести (који су најизраженији код правних појава с влашћу, а које су истовремено најопштије у односу на реакције правно организованог друштва према правним појавама с влашћу кроз правне појаве под влашћу). Слично претходној класификацији, и код поделе на правне појаве институције и правне појаве случајеве запазићемо оригинерност првих и изведеност других; стабилност и трајност дакако ће бити на страни институција, док ће случајеви бити реакција која извире из друштвено-правног живота институција. Спорне и неспорне правне појаве резултирају чиње-

[5] Ева Максимовић, „Предмет социологије права", *Гласник права*, Правни факултет, 5/1996, Крагујевац, 104.

[6] Жан Карбоније, *Правна социологија*, Сремски Карловци, Нови Сад, Титоград, 1992, 6.

[7] *Ibid*., 126.

ницом постојања спора, који *„деформише стварност права... а право је бескрајно шире од спора"*.[8]

2. Идентитет социолошке јуриспруденције

Управо представљени поглед на садржину социологије права омогућиће нам правилније разумевање социолошке јуриспруденције у напору њеног разликовања у односу на социологију права. Јер, социологија права је, заправо, саставни део социологије људског духа који поседује моћ проучавања пуне друштвене стварности права, а та стварност се проучава на самом почетку уочљивим манифестацијама у делотворним понашањима.[9] Сходно оваквом дефинишућем приступу социологији права, Ж. Гурвич истиче фундаменталне проблеме ове науке, који представљају и основне правце њеног предмета, па тако говори о диференцијалној социологији права, генетичкој социологији права, систематској социологији права, микросоциологији права итд.

Негирајући идентитет социологије права и социолошке јуриспруденције, Паунд у социологији права препознаје теоријску, а у социолошкој јуриспруденцији примењену науку. И подсећајући на изјашњење (које је дао у предговору за Гурвичев рад „Социологија права" 1947. године) саопштава нам јасну дистинкцију социолошке јуриспруденције према социологији (и филозофији) права. Наглашава да постоји одређена област која је неопходна теорији права за утврђивање суштине, што се не може открити уз помоћ нити социологије права, нити филозофије права. Тек ће социолошка јуриспруденција успети да понуди неопходна знања кроз поступке изричитог повезивања теорије и праксе; без овог повезивања теорија не може дати очекиване одговоре, јер не поседује довољна сазнања која настају искључиво на основу разумевања стечених правних искустава. Извори тих правних искустава лоцирани су у делатним активностима правног поретка, кроз поступке деловања правосуђа, судова и административно поступање.[10]

Из обзира према идејној линији централног тематског оквира и његове садржине, нека на овом месту буде довољно социологију права доживети као нужну везу између правне и социолошке науке, која треба да обезбеди да се избегну ограничења догматско-правне и нормативне анализе, као и да обезбеди да се право као друштвена регулација не

[8] *Ibid.*, 134.

[9] Ж. Гурвич, 68.

[10] Видети: Роско Паунд, *Јуриспруденција, I*, *Службени лист*, Београд, ЦИД, Подгорица, 2000, 184.

маргинализује и не раствори у социолошкој анализи.[11] Јер, циљ нам није анализа социологије права, већ социолошке јуриспруденције. Но, како бисмо дошли до бити разумевања социолошке јуриспруденције потребно је извршити методолошки прихватљивим поступком њену диференцијацију у односу на социологију права, имајући у виду блискост предметне садржине њиховог проучавања, методолошки инструментаријум којим се користе, па чак и резултате до којих долазе. Као што је Милош Марјановић истакао анализирајући социологију права, *„интердисциплинарна узајамна размена резултата карактерише однос социологије права са социолошким и правним, али и неким другим друштвеним наукама, као и са психологијом и филозофијом, па и уметношћу"*.[12] Изречени став, заправо, представља матрицу проматрања интеракцијских односа који се успостављају међу сродним научним дисциплинама, а то је начин на који третирамо и дисциплинарност социолошке јуриспруденције.

Представљајући општу (и најопштију) и фундаменталну науку о друштву и друштвену науку, социологија права ипак не може бити довољно свеобухватна да под своје искључиво дисциплинарно окриље прими и правац социолошке јуриспруденције. Становиште које износимо претпостављено је базирано на идеји о научно-академској аутономној дисциплинарности социолошке јуриспруденције. Инсистирање на истицању самосталности предмета и метода као претходног услова за постојање посебне научне дисциплине је прихватљив (иако на моменте оштар, ригидан и класичан) поступак разумевања разликовања међу наукама. Проблем се јавља нарочито у случајевима еволутивног издвајања нових научних дисциплина, с обзиром на преплитање и међусобно „додиривање" предметних и методских одредница старијих и млађих наука. Иако се и сама социологија права може сврстати у ред млађих наука израсла на везивном ткиву социологије и права, социолошкој јуриспруденцији ће припадати позиција још свежије научне дисциплине. Самосталност научног истраживања које се врши у оквирима социолошке јуриспруденције не подразумева њен кристалан, неспоран и потпуно јасан однос према социологији права, уважавајући сличности које међу њима постоје.

Проблематизацији социолошке јуриспруденције спрам социологије права претходи недовољно конституисан однос социологије права у

[11] М. Марјановић, 146, упућује на Томислав Чокревски, *Социологија на правото*, Скопље, 2001, с. IX.

[12] М. Марјановић 149.

односу према праву, уколико право разумемо као догматско-позитивистички систем који себе сматра самодовољним. Такво третирање релевантних појава у фокусу дисциплинарних проучавања оставља последице и на односе између самих научних дисциплина.

> „Извор проблема је управо у томе што је правна наука прихватила комуникацију теорије права о одређењу социологије права према критерију приступа у процесу 'нормативног затварања', као и у томе што није спремна комуникативно се отворити социологији права и одредити је сукладно њеној аутоперцепцији. Другим ријечима, узрок епистемолошко-методолошких потешкоћа за социологију права је њено одређење из права као извањске перспективе".[13]

Прихватљивост става о социологији права као граничној научној дисциплини између социологије и права могла је бити оправдана само док није дефинитивно изграђена самостална научна, предметна и методолошка аутономност социологије права, у коју данас не сумњамо.[14] Третман удаљености социологије права од права даје основа да се ове дисциплине дистанцирају, па се тако тврди да се правници занимају систематизацијом прва два нивоа стварности права (који се налазе на његовој површини), док *„социолози права узимају за своје полазиште најдубљи слој те стварности, спонтани и непосредни унутрашњи миролубиви поредак самог друштва, којим се објашњавају услови који се морају остварити уколико из тог поретка треба да произиђу настрађена правила*". На такав начин, према томе, социологија права обелодањује тезу да *„средиште развоја права у нашој епохи, као и свакој другој, не сме да се тражи у писаним законима нити у теорији права (јуриспруденцији), а ни у доктрини или, генерално, у било ком систему правила – већ у самом друштву*".[15]

Социолошко третирање правних појава, проблема и категорија, те њихово разумевање на другачији начин (у односу на класичност при-

---

[13] С. Фотић, „Социологија права и проблем нормативног затварања правног дискурса", *Социолошки дискурс*, година 4, број 7/април Бања Лука, 2014, 59.

[14] Наравно, остају и даље отворена питања о аутономном кредибилитету социологије права као правне науке. *„Што се тиче социологије права (најновије науке из корпуса општих правних наука), може бити спорно да ли је ту уопште реч о правној науци или о науци која применом метода једне ванправне науке изучава право*" – Душан Врањанац, „Општа теорија права – зачеци и домашаји", *Правни записи*, год. VII, бр. 1, 7.

[15] Сава Аксић, *Правни плурализам*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2017, 14.

ступа социологије и правне науке), отворило је пут одговарања на нерешиве проблеме о супстанцијалној позадини права и правних појава.

На том теоријском путу новог освајања процеса разумевања права наишла је социолошка јуриспруденција са квалитетом виталности теоријски доказивих одговора са становишта дубоке инволвираности друштва у садржајну и феноменолошку структуру права. Док је социологија права успела да приближи, повеже и обједини социологију и право (а тиме приближи социолошку и правну науку), социолошка јуриспруденција је наставила са још значајнијом применом социолошког опсервирања права и правних појава. Паундово откривање и представљање друштвених интереса њиховом уградњом у правосуђе и адвокатуру, додељује иновирано разумевање закона и одлуке судије, односно, процесима стварања и примене права. Социолошка јуриспруденција својим инсистирањем на амалгамском повезивању правне науке, знања и искуства (искуства правне праксе, али и искуства знања) несумњиво даје креативан импулс теоријском схватању права и правних појава.

Оспоравање социолошког кредибилитета Паундове социолошке јуриспруденције се у делу друштвене књижевности заснива на ставу о томе да чим он „*напусти објашњење чињеница и почне да усмерава будуће акције, он је изван области социологије, и моралиста је и метафизичар*".[16] Негирањем социолошке димензије свакој јуриспруденцији, па и социолошкој, овакве критике нам стварају додатан проблем успостављања односа између социолошке јуриспруденције и социологије права. С једне стране, оправдавају настојања да се социолошка јуриспруденција издвоји и представи својом дисциплинарном самосталношћу, али може бити спорно што се потпуно елиминише социолошка димензија из њеног научног настојања и поступања. Ако нам је за делимичну утеху, то ће онда бити признање снаге ревитализације здравог разума и реализма у циљу отклањања опасности услед слабости правног поретка, али опет уз негаторски став да је реч о привременој људској (наравно, умној) творевини која је отклонила препреке даљем развоју правне мисли.

Овакви покушаји деградирања научне аутономности социолошке јуриспруденције представљају резултат њеног примарног разумевања у склопу конструкције правне науке. Такви напори приговора на рачун недовољности солидно затворене правне науке и њене немоћи да одговори на суштинска питања сопственог догматско-нормативног системског оквира, приписују се и социолошкој јуриспруденцији; с позивом на

[16] Pierre Lepaulle, „The Function of Comparative Law: With a Critique of Sociological Jurisprudence", *Harvard Law Review*, The Harvard Law Review Association, Vol. 35, No. 7, 1922 , 845.

њено инсистирање на правну праксу у којој је садржано искуство, као механизам примене права. Опонирање негативном опхођењу према социолошкој јуриспруденцији за нас је на овом месту значајно како би се истакла њена научна аутономност и диференцијација у односу на класицизам правне науке и њен догматизам. А за потпуније разумевање односа на релацији социолошка јуриспруденција и социологија права чини се најприхватљивијим становиште које је запажено у социолошко-правној литератури:

> „Аутор *J. W. Harris* користи исто појмовно одређење и наводи да не постоји јединствена употреба термина 'социолошка јуриспруденција' и 'социологија права'. Но, и у оквиру теоријске социологије постоје методолошки проблеми који се онда рефлектују и на социолошко проучавање права: да ли социологија треба бити ослобођена нормативног или се треба посветити позитивистичком проучавању друштвене реалности на начин на који се то проводи у оквиру природних наука. У савременој социолошкој мисли постоје ставови који нам говоре да се ниједан дискурс, па самим тим ни правни дискурс, не може посматрати у односу на ванjско јер је дискурс оно што твори њега као феномен. Доведен до свог екстрема, овај поглед посматра право као самодовољни и изоловани систем комуникације и ништа изван тог система не може објаснити тај систем. Ово је закључак рада Никласа Лухмана и његовог конструкта аутопоетика права".[17]

Различити приступи разумевању социологије права откривају сву ширину умних напора различитих аутора, али се њихова суштина своди на интерес социологије права ка одговору на питање како се *„друштвена факта, друштвени процеси облаче у рухо нормативних прописа"*.[18] То је она тачка приближавања са социолошком јуриспруденцијом, а поводом структуралне концепције смањивања разлика између законодавца, научника и правне праксе. И социологија права и социолошка јуриспруденција неминовно преузимају одговарајуће теоријске оквире из опште социологије, па ће обе дисциплине праву дати разумевање друштвене појаве зависне од друштва и одређених чинилаца и снага. Социологија права и социолошка јуриспруденција настају у различитим амбијентима друштвених околности и стањима друштвеног и правног поретка, али ће њихова блискост давати основ за ставове о томе да је реч о социолошки инспирисаним студијама права, које се међу собом

---

[17] Дамир Бановић, *Савремена социолошко-правна теорија као критика правног позитивизма*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, Сарајево, 2018, 57.

[18] Јован Станковић, *Основи опште социологије права*, III део, Београд, 2000, 241.

одвајају циљевима и методима. Али, ипак постоји више фактора који их приближавају, него што их раздвајају.[19]

Након преузимања истих теоријско-методолошких извора из социолошке науке, социологија права и социолошка јуриспруденција ће кренути да се раздвајају онда када је потребно повезати теорију и праксу и успоставити релације о њиховој узајамности и условљености. Уважавајући истинитости о постојању различитих интереса и чињеницу да ће правни спор око контроверзи тих интереса бити решаван признањем права на остваривање одређеног интереса (не сваког, свачијег и свих), истовремено постоји потреба друштва за одрживим развојем у циљу обезбеђивања тог развоја успоставом формуле о балансу интереса кроз концепт друштвеног инжењеринга, како би се десили најмањи могући губици. То и јесте централни проблем социолошке јуриспруденције (али и свих друштвених наука, како ће тврдити Паунд).

> „У социолошкој јуриспруденцији њиме се бавимо као посебним проблемом постизања овог признавања и сигурности шеме људских очекивања, користећи као инструменте правни поредак, корпус успостављених норми или прописа, технику њиховог развоја и примену, као и прихваћене идеале у оквиру којих се одвијају тај развој и примена, а такође користећи судски и управни поступак. Третирамо га, према томе, као проблем јуриспруденције. И поред тога, у својим ширим аспектима, то није само проблем те науке. Другим речима, проучавамо право у сваком смислу у коме тај израз разумеју теоретичари права, као високо специјализовану фазу онога што је, у најширем смислу, наука о друштву".[20]

III. Социолошка јуриспруденција и филозофија права

Свежина идеје социолошке јуриспруденције долази до изражаја у комбинацијама социолошке димензије права са филозофијом права. Осим што ова идеја инсистира на нужности да се право уподоби као оруђе за остваривање друштвених интереса, она не запоставља потребу доживљаја и анализирања права кроз филозофску форму. Јер, филозофији се не сме оспорити моћ коју неумитно поседује кроз презентиране идеје, а њен основни смисао је да се оцрта морална, правна и политичка карта за сва времена. Филозофија права даје рационална објашњења за значење и разумевање права.

---

[19] Reza Banakar, „Law Through Sociology's Looking Glass", Conflict and Competition in Sociological Studies of Law, *The New Isa handbook in Contemporary International Sociology: Conflict, Competition, and Cooperation*, Ann, Denis, Devorah Kalekin-Fishman, eds., Sage, 2009, 68.

[20] Р. Паунд, 2000, 185.

Данас се може сматрати неспорним став о томе да филозофији права припада временски приоритет у третирању и спознавању појава које представљају предмет интересовања човековог ума. Староисточна и старогрчка занимања за истраживања појава и утврђивање знања о њима спадају у примарне зачетке, којима и савремена људска цивилизација дугује. Спуштајући се на терен права нема сумње да ћемо и право затећи у оквирима филозофског мисаоног корпуса, па се као посебна филозофска или правна грана издваја филозофија права, за коју се може рећи да је претеча даљих одељивања и осамостаљивања засебних правних дисциплина. У смислу блискости односа, филозофија права је најближа теорији права, али јој не треба одрећи ни одговарајуће релације према социологији права, које нису за потцењивање. У том смислу, и социолошка јуриспруденција садржи особене градивне линије према филозофији права, чега је Паунд и те како био свестан, о чему сведочи и методологија његовог приступа изучавању одређених појава, па и сами називи појединих његових дела.

Не може се рећи да постоји унисоно, уједначено, нити једнозначно разумевање значења филозофије права, односно, шта би се могло под њом подразумевати. Не сматрамо, без обзира на сличности између филозофије права и теорије права, да би било прихватљиво негирати постојање филозофије права. И то је онај преовлађујући став, који доминира савременом правном науком, што се, између осталог, потврђује и чињеницом стабилне егзистенције филозофије права као аутономне академске дисциплине на студијским програмима високог правног образовања. Хегелово поимање општег посматрања појава кроз њихово разликовање у односу на њихово битисање умногоме нам може бити од помоћи и за разумевање права са становишта филозофије права. Тако ће право бити појава коју је нужно одвојено посматрати од њене егзистенције, односно, треба разликовати саму идеју права од појма права.

У напорима одређења према филозофији права чини нам се да је једну од прихватљивијих одредница дао пољски теоретичар Петражицки, истакавши да њој припада позиција науке која уједињује и теорију права и политику права. Како се овим теоретичарем можда и понајвише бавио крагујевачки професор права Т. Подгорац, онда нас и не чуди што ћемо на значајне изворе ових питања наилазити у његовим радовима.[21]

---

[21] У том смислу, препоручујемо: Тодор И. Подгорац, *Петражицијана – право и политика права*, Крагујевац, 1999.

Придржавајући се полазног хегеловског става о разликовању идеје од појма, доћи ћемо до циља који се налази пред филозофијом права, а који се односи на спознајне потенцијале бављења правом. Односно, то је приступ који у праву идентификује вредност, што онда значи да је трагање за појмом права, заправо пут којим нас води истраживање идеје права. У крајњем смислу, то су напори за откривањем бића права, тј. његове суштине; када се проникне у ту дубинску мисаону нит права, онда се налазимо на сигурном филозофско-правном терену, који ће представљати основу за даље и нижеступњевите контекстуализације права.

1. Филозофско проучавање права

Већ приликом упознавања са Паундовим предговором делу „Увод у филозофију права" суочавамо се са више него интересантним и истовремено прихватљивим указивањем о постојању есејских методолошких приступа, којима је изводљиво постићи резултате.[22] И то успешне и када је у питању улазак у свет увођења у филозофију, јер је реч о интелигентним напорима да се одговори на компликоване и изазовне проблеме. С обзиром на то да је он своју теоријску концепцију социолошке јуриспруденције оптеретио проблемом судова, није пропустио прилику да у одсуству примене филозофије запази и добар део проблема који су постојали током деветнаестог века и набујали у времену његове научне изградње. У полусаркастичном изразу јасно указује да апстрактне филозофске идеје никада у већој мери нису утицале на свакодневни рад судова у назначеном периоду, али зато што су „правници настојали да филозофију изложе презрењу, док су правници-аналитичари веровали да су засновали самодовољну науку о праву којој уопште није било потребно никакво помоћно средство филозофије.[23] Неуважавањем филозофије и потребе њеног укључивања у процесе правног одлучивања највише штете је трпела управо правна цивилизација и, последично, читаво друштво. У прилог томе сведочи и податак да је немоћ традиционалног понашања приликом примене права управо и најбољи аргумент о нужности уважавања постулата филозофије у процесима промишљања пре коначног одлучивања.

Инсистирајући на филозофском проучавању права, Паунд наглашава постојање две основне потребе човека, друштвене потребе које се

[22] Roskoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of law*, Yale University Press, 1922, Preface.

[23] Роско Паунд, *Увод у филозофију права*, ЦИД, Подгорица, 1996, 39.

не могу остварити без прихватања филозофске концепције права. То су „огроман друштвени интерес за општом сигурношћу, што је као интерес за миром и редом усмеравало право од самог почетка... и притисак мање насушних друштвених интереса и потреба да се они помире са захтевима за општом сигурношћу и непрестаним новим компромисима услед сталних промена у друштву".[24]

Учесталост друштвених промена оставља последице и на правни поредак, што у свести људи резултира и сталном напрегнутом неизвесношћу и непознаницом о садржини нових правних правила, па је потребно разоткрити ове проблеме. Један од таквих уводних проблема за које се интересује Паунд јесте тзв. фиксна основа правног поретка, која итекако зна бити проблематизована у условима очекиваних друштвених промена и сталног друштвеног развоја. Уколико би се релативизовало постојање таквог стабилног фундамента на којем почива правни поредак, то би угрозило и општи принцип правне сигурности, а тиме и општу друштвену сигурност. Зато је и нужно открити и стално одржавати стабилан и непроменљив основ правног поретка у принципијелном смислу; односно, нужно је објединити напоре и теорије права и правне праксе ка таквом истом циљу. Без сумње у ауторитет законодавца могуће је обезбедити такав правни поредак са рационалном аргументацијом на страни закона и његове правне сфере важења, али уз обавезу поштовања континуитета као мере друштвеног развоја.

Подсећајући на разлоге потребе поштовања закона у старогрчкој филозофији (прописани су од стране Бога, настали као резултат мудре традиције проистекле из обичаја, постојање вечних моралних ставова, трајан споразум људи да се држе прописаних правила), Паунд истиче да су филозофи трагали за неком другачијом и, по њима, бољом основом за поштовање закона, него што су то вечити правни принципи. Томе треба додати и допринос политичке теорије која своје виђење овог проблема везује за сукоб интереса међу грађанима у њиховом свакодневном животу, па је неопходно међу њима увести идеју споразума о придржавању прописаних правних правила. Тако се постепено стиже до ауторитета закона као духовно-идејној сфери за његово поштовање, чиме се открива разумна веза између творца закона и онога на кога се односе правно обавезујућа правила у условима аморфног правног поретка.[25]

У првом делу своје „Филозофије права", разматрајући функције права, Паунд се креће историјско-развојном путањом, почевши од ста-

[24] *Ibid.*, 40–41.

[25] R. Pound, 1922, 14.

рогрчке филозофије преко римског права, уз уобичајено разликовање приступа према ова два света друштва, државе и права. Полазећи од терена формалног права, истиче да је грчки закон заправо егзистирао у фази примитивног права, због недовољне издиференцираности између закона и морала, коју ће транзит ка римском праву постепено амортизовати и давати другачије обличје замисли права. Економски развој римског друштва са империјалним пространством изискивао је све више потребу да се право обликује у складу са потребама у односу на постојеће стање и перцепцију будућих збивања. Излазак из римског града у свет отворио је простор за, до тада, незамисливо пространство уобличавања права кроз вештине формулисања правила и њиховог записивања. А, заправо, у тим правилима огледала се мудрост индивидуалног и друштвеног живота. Упоредо са тим било је неопходно рационално објаснити основ за постојање слојевитих правних правила – од града ка целокупном свету, а у суштини римској империји. Из такве потребе израста идеја природног права, којом се, ма колико то спиритуално деловало на први поглед, жели дати рационално објашњење и оправдање постојања закона, без обзира на његов облик, димензију, време, простор и целовито важење.

Паунд ће у природном праву препознати филозофску теорију у периоду раста; оно је настало у једном од најкреативнијих периода правне историје. Али, додаје он, од правника практичара (мисли се на адвокатуру) очекује се допринос друштвеном захтеву за стабилношћу поретка у процесима убрзаног развоја. Зато у теорији природног права треба препознати особено средство раста и то средство за доношење општег закона који важи на целом свету и то извлачећи му суштину из старог закона римског града. Тако је природно право постало и инструмент за усмеравање и организовање закона и законитости ради одржавања опште безбедности и сигурности.[26] Вештина осмишљавања максима и њихових формулисања кроз правна правила уз вештину разумног (и разумљивог) писања (у циљу уједначенијег тумачења), био је процес који је више него теоријски подстакнут. Тако је правни емпиризам постепено уобличавао и усмеравао правце даљег правног развоја у напорима да се створе општа правна правила; правна правила која ће бити општеважећа и универзална. У томе ће Паунд препознавати сличности напора англо-америчког судијског емпиризма да се створе правна правила која ће важити за читав свет, а која ће поникнути из енглеског законодавства седамнаестог века.

[26] *Ibid.*, 17.

Научни развитак права кроз његово проучавање на универзитетима омогућио је да се освежи глосаторско и постглосаторско подсећање и освежавање Јустиинијановог кодекса. Такви процеси нам онда дају за право да у схоластичкој филозофији препознамо континуирани напор и трајан допринос правне науке да се омогући логичан развој садржаја ауторитативно дефинисаних концепција; односно, континуитет потребе друштва да се повинује ауторитету права. И тако, док је римски правник био у исто време и учитељ и филозоф и практичар, правници седамнаестог и осамнаестог века су, првенствено, наставници и филозофи.[27] Значај нововековног прихватања постулата римског права огледао се посебно у чињеници да су римски правници поседовали осећај одговорности према сигурности, што је значило императивно саветовање клијента са озбиљним уверењем о одлуци коју ће суд донети на основу постојећег чињеничног и правног стања.

Одговори социолошких теорија на достигнути ниво размишљања о праву имају тенденцију да се превазиђу и метафизичко-историјска и америчка утилитаристичко-аналитичка виђења, јер су њихове инспиративне моћи за правничком креативношћу довољно биле исцрпљене, да је било неопходно трагати за новим изворима и надахнућима у циљу подстицања даљег развоја и напретка правне и друштвене цивилизације. У том смислу, Паунд ће при крају првог есеја „Филозофије права", готово узбуђено, страствено и усхићено нагласити да филозофија права поново подиже главу широм света; да се од правника очекује трагање за новим формулама права којима ће се омогућити друштвена корисност права, а да ће се стварање и примена права подводити идеалима новог времена, како би закон и даље био правни материјал за унапређивање цивилизације. И онда креће у правцу промисли о друштвеној међузависности и сличности интереса и поделе рада као централне чињенице у људској егзистенцији, а да је сврха закона и права да омогуће функционалност тих међузависности. Програмски истиче потребу да се обезбеди остваривање правде, а да правни песимизам услед достигнуте засићености остаје део прошлости; говори и о новом друштвеном поретку као творевини са новим захтевима и обавезама правног поретка услед претходно неиспуњених очекивања и устаљених филозофских концепција.[28]

У другом есеју „Филозофије права" Паунд расправља о занимљивом питању краја права, постављајући испред себе напор одговора на ин-

[27] *Ibid.*, 19.

[28] *Ibid.*, 22.

тригантну провокацију, која несумњиво плени пажњу. Размишљање на тему потенцијалног краја закона условљено је посусталом креативношћу теоријских одговора на суштину поимања права и његовог трајања, уз ограду да је политика превасходна локација у којој се ово питање постављало. Теоријска понуда пред крај деветнаестог века у односу на евидентирање одговора о крају права сводила се на његов доживљај као појаве која поседује самодовољност, која би била својствена идеалним облицима. Да би се снимак расправе о крају закона комплетно испоставио, Паунд се у овом есеју труди да представи своје виђење разврставања различитих идеја права, које настају у различитим историјским раздобљима, специфичним друштвеним условима и идејним амбијентима. И укупно успоставља дванаест класификованих идеја права, односно идеја о томе шта заправо јесте право, посебно са становишта његове сврхе.

2. Паундова класификација идеја права

Прва је идеја о божанском пореклу права, односно скупу правила за људско понашање. Другу чини традиција старих обичаја, који су прихватљиви и у сваком случају изнедрени од неке силе ван људске моћи. У овој идеји садржани су и ставови о закону као средству за одбрану од опасних сила надљудских, па је у психолошкој основи и страх да се не супротставља тим силама. Но, осим тога, изнета идеја је истовремено и средство за очување власти политичке олигархије у свету примитивног права. И трећа идеја права је приближна претходним, а своди се на схватање права као израза мудрости старијих који су способни да исказују правила којима се одржавају традиција и обичаји претходних генерација. За прве три идеје оправдано је приметити да међу њима постоји везивна тачка у мистицизму и религиозности, јер се порекло открива у несазнатом и недоживљеном или нетачно перципираном доживљају надљудских моћи и сила.

Четвртом идејом се креће пут система принципа, који откривају природу ствари, а тој природи и суштини човек треба да прилагоди сопствено понашање. У историјском ходу идеје закона и права, римски правни стручњаци били су својеврсни „калемари”, који су успевали да претходне две идеје повежу са политичким потребама одржавања власти унутар и ван римских градских зидина. Надовезујући се на овакву идејну креацију, пета идеја одводи промисао о праву и закону до констатације једног вечног и непроменљивог моралног кода, који представља фундаментални извор и темељ права.

Шестом идејом презентира се формула међуљудског споразума у политички организованом друштву, па је то, како истиче Паунд, демократска верзија идентификованог права са његовим правилима. И у њеној основи садржана је морална потка, у смислу претпостављене обавезе људи да се држе постигнутог договора приликом формирања политички организоване заједнице.

Божански разлог којим се уређује универзум је акт посебне врсте; дело којим се утврђује да се очекивано понашање људи заснива на потреби, па се од људи, као разумних и верујућих бића, очекује да прихвате такав модел понашања. Заправо, реч је о идејној концепцији црквеног теоретичара Т. Аквинског, која је доминирала све до пред седамнаести век.

Концепција сувереności изражена кроз сувереност власти у политички организованом друштву, пак, право и закон третира као израз ауторитета тог суверена и његове воље да успостави правила и заповести по којима се људи имају понашати. У вољи монарха садржана снага закона одраз је ауторитета, којим се баштине не само право римске републике (у погледу позитивног права), већ је реч о обрасцу важећем и у француској и енглеској монархији. Како Паунд даље истиче, треба веровати да се оваква идејна линија може уклопити и у идеју народног суверенитета оличеног у телу парламента који доноси законе.

Девета идеја доводи нас до система правила насталог на бази наталоженог људског искуства да ће појединац остваривати сопствену слободу у оној мери у којој ће то исто чинити и други појединци. У овој идеји не треба препознавати свесно људско деловање, већ процес развијања и одвијања идеја права и правде кроз дејствовање одређених биолошких, психолошких и карактерних особина које су неумитне и извиру из искуства, а не из воље човека да такве принципе понашања мења.

Десета идеја је закон као осмишљен систем принципа, који је резултирао кроз филозофски концепт и развијен вештинама правног писања и доношења судских одлука. За ову идеју Паунд истиче да се појавила у деветнаестом веку након теорије природног права и то у облику који је био напуштен, па је филозофија позвана да критички осмисли концепцију системског уређења и развоја на основу детаља, као што су судске одлуке и правно писање.

Раслојавање друштва на класе отворило је простор за идеју о закону као систему правила који је наметнут од стране владајуће класе, како би се људи понашали у њеном интересу, па се налазимо на терену еко-

номског тумачења закона и његовог значења са становишта економских резултата и последица. Оваква идеја настала је пред крај деветнаестог века, баш као и коначна, дванаеста, по којој је право сачињено од диктата економских и социјалних правила. У оквирима ове идеје, Паунд истиче и њена два могућа правца: један – који решења тражи у физичким или биолошким основама, а други – који трага за крајњом друштвеном чињеницом и логичким импликацијама те чињенице, што ће оставити последице и на мишљења правника. У последње две идеје, заправо, садржане су клице за настанак и основ даљег развоја социолошких теорија, које ће Паунда и довести до промисли о социолошкој јуриспруденцији. То је правац који открива социолошку суштину, дубину и позадину закона доводећи га у везу са друштвом, а све под окриљем најшире димензије друштва.

Развијајући представљени идејни снимак извора и основа права и закона, Паунд износи историзацију одговора на непресушно питање о смислу самог настанка, али и одржања права и закона. Тиме се придружио великој скупини теоретичара који су износили виђења о дубини одговора на питање „*зашто право, зашто закон?*" и понудио је концепцију која, сасвим сигурно, заслужује пажњу. Уџбеничка појашњења ових питања којима се чини напор сублимирања различитих теорија и њихових класификација по одређеним критеријумима у савременој правној науци добрим делом садрже у себи и изнетих дванаест идеја; с том разликом што су оне, мање или више, рационалније, критеријуми шири, а број самих класификационих јединица смањен. На моменте на овом месту делује као да Паунд избегава да се отворено суочи са проблемом суштинског поимања права, с обзиром на недостатак изношења закључног резоновања у односу на изнету презентацију различитих (туђих) ставова о пореклу самог закона, односно, права, па ће се уочити његова склоност енциклопедијским представама. Уосталом, како је то у литератури забележено, „*не би се могло рећи да је Роско Паунд имао јединствен приступ и став о томе шта је право, осим у делу у којем се одређује његова инструментална улога: као начин испуњавања друштвених интереса*".[29] Када се буде давао општи осврт на Паундово приступање социолошкој јуриспруденцији, од помоћи ће бити запажање о одсуству очекиване изградње тзв. велике теорије права, а посебно имајући у виду „*формат аутора, захват и домашаје његовог стваралаштва*".[30]

[29] Д. Бановић, 104.

[30] Стеван Врачар, *Паундова презентација јуриспруденције (поговор)* у: Р. Паунд, 2000, 353.

На крају изнетог разврставања Паунд нам препоручује да је циљ изношења ових идеја наше упознавање са суштином закона и права и упознавање са тежњама људи у одређеним периодима развоја друштва и правне цивилизације. Све ове идеје, у суштини, садрже и заједничку тежњу да се задовољи огромна потреба друштва ка општој сигурности, како би се одржао постојећи поредак чије задовољење ипак ограничава функцију права. А закон постоји да би се одржао мир у друштву, и то у сваком случају и обавезно, односно, без обзира на цену, па ће ову концепцију Паунд назвати фазом примитивног права, јер се правом задовољава друштвени недостатак опште сигурности. Све друге индивидуалне или друштвене потребе игноришу се и жртвују за остварење примарног циља мира. Још је замисао старогрчких филозофа о овом проблему општа сигурност у ширем смислу, па је размишљање о крају правног поретка заправо био аргумент у прилог одржавања постојећег стања, како би се очувале постојеће друштвене институције.[31] Тако се основна мисао о миру трансформисала у друштвени *статус кво*, као модел за одбрану од ризика краја закона и права, не само у старогрчком, већ и у римском добу, па се одржавала и током средњовековног периода.

Након мање-више историјско-теоријске презентације различитих идејних праваца и концепција о суштинском смислу права и закона, Паунд се креће ка терену на којем ће бити препознатљивији; то је теоријско промишљање у правцу одбране и аргументованог оправдавања социолошког приступа праву, али у комбинацији са оним елементима који ће му дати за право да определи социолошку јуриспруденцију.

3. Одбрана и аргументи социолошког приступа праву

Исцрпљивање превазиђеног приступа идеји закона почело се препознавати у тренуцима интензивирања индустријског и привредног развоја, јер су се почела постављати питања о односу човека према природи и капацитетима њених ресурса. Искоришћавање тих потенцијала није више било могуће да представља средство за остваривање личне добити искључиво на основу *„немирне маште и смеле амбиције"*[32] појединаца и група појединаца. Индустријски развој пратила је и

[31] Отуда и не чуди инсистирање старогрчких филозофа на битној врлини човековој *sophrosyn* којом се обележава његова умереност, разборитост, отпорност на изазове, овладавање собом.

[32] Р. Паунд, 2000, 31.

апсолутизација слободе уговарања као право власника приватне својине, због чега је постепено долазило до сучељавања различитих интереса, а међу којима се запажа и општији друштвени интерес оличен у праву јавних власти да системски ограничавају путем закона апсолутну слободу развоја приватног власништва у неким битним сферама привређивања. Долази и до законског уређивања слободе бављења различитим професијама, па се ствара специфичан круг послова, који постају резерват државе и јавне власти. Такво стање је, пак, почело производити и нове теоријске концепције, па се клатно теорија о праву помера од воље ка потребама (односно жељама). Све више је било потребно не само изједначити или ускладити мноштво воља, већ осмишљавање модела за задовољавање потреба и интереса. Тако у први план избијају проблеми вредновања, односно „*проналажење критеријума релативне вредности интереса*".[33] У томе се огледа онај искон социолошког третирања права – откривање мноштва појединачних интереса, њихово сублимирање, груписање и утврђивање тачке њиховог супротстављања, како би се утврдиле правне могућности за регулисање њихове средње вредности. Циљ бављења социолошке јуриспруденције биће управо откривање најприхватљивијег заједничког именитеља различитих интереса, а све у циљу обезбеђивања друштвеног развоја.

Паунд инсистира на значају момента трансфера правне регулативе од воље ка интересу, што је резултат промене друштвених трагања за моделима који ће обезбедити одрживост даљег развоја и отворити нове фронтове за превазилажење песимизма који је претио да угрози опстанак идеје права и закона. Било је то време у којем су различите школе и концепције проистекле из судске праксе дошле до заједничког закључка да закони или нису више у стању да реше постојеће нагомилане проблеме или су постали бескорисни.[34] Стога се Паунд и труди да укаже на узроке и основе за истицање примарности интереса у опредељењу права и закона, па то открива у психологији, економији и диференцијацији друштва; јер, теорија интереса је друго име за психолошку категорију жеља и хтења, баш као што је то и категорија воље. Дакле, у моменту када је на друштвеној сцени доминацију над масом појединачних воља и њиховог збирног квалитета опште воље преузео интерес, створени су основи за преформулацију извора правних решења. Тај психолошки моменат је појачала економија показујући у којој је

[33] *Ibid*., 32.

[34] Linus J. McManaman, „Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound", *St. John s Law Review*, Issue 1 Volume 33, December 1958, Number 1, 8.

мери право обликовано притиском економских жеља, интереса и потреба.[35] Низу ових основа треба додати и индустријску организацију која је проузроковала нове диференцијације друштва и његово класно раслојавање. И тако је свеукупно размишљање о томе како треба регулисати одређене друштвене односе усмерено ка осигуравању даљег привредног и друштвеног раста, па се у закону, првенствено, открива потреба његове сврсисходности, циља и функционалности. Из теоријског дискурса се извлаче разматрања о природи закона, како би се предност дала новом доживљају закона и права. При томе, не треба занемаривати улогу социјалног утилитаризма и његово присуство у пракси остваривања правног живота, јер постоји реалан притисак различитих интереса према настојањима правног поретка да омогући стварне компромисе у друштву. „*Не можемо очекивати непогрешивост ефеката оних компромиса које ствара правни поредак*",[36] али наставља Паунд даље да упозорава на предности постојања унапред препознатљиве и што је могуће јасније слике циља којем се тежи приликом стварања и обликовања закона.

Налазећи се на теренском проблему интереса, као суштине решавања правних задатака, приметно је да ће најтеже бити утврђивање критеријума вредносно прихватљивог мерења тих интереса; јер се поставља питање који ће то критеријуми бити оправдани да би се законом као средством обезбедило остваривање одређених интереса, а истовремено онемогућавало остваривање неких других интереса. Паунд изриче сумњу у прихватљивост опште сигурности као препознатљивог индикатора за вредновање законитости интереса, али је скептичан и у односу на преферирање моралног и друштвеног живота, сматрајући их неодрживим. Да ли је то онда критеријум цивилизацијског овладавања природом или, можда, друштвени идеал заједнице људи, или су то друштвена међузависност и друштвене функције? Негативно се одређујући према постављеним могућностима, Паунд поручује да размишља о закону као друштвеној институцији која треба да задовољи друштвене интересе, жеље и потребе које су укључене у постојање цивилизованог друштва, а које се могу остварити уз најмање могуће жртве. Истовремено нуди правној теорији идеју социјалног инжењеринга који би био континуирано ефикаснији и обухватао непрекидно препознавање потребе проширивања интереса и њиховог задовољавања, снажније и ефикасније обезбеђивање друштвених интереса и отклањање извора

[35] R. Pound, 1922, 32.

[36] *Ibid*., 33.

међуинтересних супротстављања. Категоријом континуирано ефикаснијег социјалног инжењеринга,[37] Паунд наговештава темељну мисаону клицу на којој ће изградити и конструисати идеју социолошке јуриспруденције. Есејним, прихватљивим методолошким приступом, врло ефектно и аргументовано, научно прихватљиво успева да изазове осећај убеђености у исправност изнете идеје. Истина, она је једна од оних савремених правних теорија двадесетог века која задржава виталност и у савремености, успешно се такмичећи са осталим социолошко-правним и класичним правним теоријама, јер нуди решење за разумевање суштине и смисла права.

4. Есејни приступ примене закона

Есеј којим се Паунд бави питањима примене закона представља логичан ход ка идејној концепцији социолошке јуриспруденције, јер се у овом проблему рефлектује снажно и очигледно решавање проблема интереса са становишта законодавне и судске власти, па ће то бити пут ка перспективној Паундовој оштрој критици подређене позиције судије и свођење његове улоге искључиво на примену закона кроз форму механичке јуриспруденције. А управо *„кроз Паундову критику механичке јуриспруденције провејава још увек (али не задуго) неисказана, прикривена идеја о артикулацији једног интелигентног, социолошког метода решавања друштвених сукоба. То је био камен темељац идеје о социолошкој јуриспруденцији*."[38] Есејним поступком Паунд излаже ставове о предностима и недостацима теоријских разумевања могућих односа законодавца и судије у процесу примене закона, како би коначно направио подлогу и описао сопствено виђење овог проблема. На самом почетку евидентира три фазе правног живота након стварања законског правила ради решавања појединачних случајева. Прво је неопходно утврдити које ће се од многобројних правних правила правног поретка применити у конкретној ситуацији, односно, уколико ниједно није примењиво, нужно је открити правило на основу постојећег материјала које може али и не мора важити у наредним ситуацијама. Издвојено и одобрено правно правило потребно је протумачити, односно утврдити му право

[37] У тој идеји друштвеног инжењеринга теорија ће препознати и признати најважнији аспект Паундове доктрине закона – видети више: L. J. McManaman, *нав. дело*.

[38] Тијана Перић, „Паундова критика механичке јуриспруденције", *Страни правни живот*, Институт за упоредно право, Београд, бр. 2/2012, 44.

значење водећи рачуна о његовој формулацији и смислу, а након тога применити на конкретан случај протумачено предвиђено правно правило.

Критикујући навике прошлих времена, на самом почетку Паунд истиче да је постојала збрка и забуна разумевања самог појам интерпретације, јер се сматрало да је она потпуно једноставна и од судије захтева само да механички примени већ постојеће правно правило потекло од вансудског (законодавног) ауторитета. Док су се примитивни закони састојали од једноставних, прецизних и детаљних правила, било је изводљиво механички приступити судској интерпретацији њихове примене, што не оправдава исто поступање у случају развијеног писаног модерног права. Међутим, и у старим, примитивним правима, ипак су садржане одређене правне изреке које су *„уџечаћљиве, састављене у уџечаћљивом облику ћако да се задржавају у сећању, али нејасне у свом садржају*".[39] Појашњавајући појаву и разлоге напора да се оправда судска примена закона као механички процес тумачења закона, Паунд истиче да је постојала бојазан од преласка на проширено спровођење правде, а без потребе упоришта у закону. Наравно, проблем је тада остајао без одговора у ситуацијама када није било могуће да се конкретан случај подведе под неко од постојећих законских правила. А било је и компликованих случајева, који нису могли бити решавани једноставним судским ангажманом кроз форму механичке интерпретације, јер је више од једног правила било потенцијално примењиво, па је било неопходно извршити *„умну селекцију*"[40] приликом решавања случаја и примене правила. Оштро критикујући одузимање креативности судији, Паунд у ставовима о томе да је увек могуће пронаћи правило којим се регулише одређени случај (па је императивни задатак судије да пронађе такво правило) открива фикцију божанског типа, којом се, у суштини, не допушта критичка сумња. То ће бити онај догматски приступ послушног подвргавања правном поретку, без обзира на резултате таквог поступања. А они су у довољној мери оспорили прихватљивост механичког и једнообразног поступања судије, чиме је дато за право правним теоријама двадесетог века да се храбро крене у откривање оправдавајућих разлога за другачији приступ праву и закону.

Судија се, тако, налази на средокрађи између креативног чиниоца односно ствараоца правила (заједно са законодавцем) у поступку интерпретације закона и механичког чиниоца, када се поистовећује са

[39] R. Pound, 1922, 38.

[40] *Ibid*., 39.

позицијом управне и извршне власти. Као да се развија идеја о могућој двострукој улози судије у истом поступку тумачења закона, али поводом различите врсте случајева. Има оних случајева који су у довољној мери једноставни да је довољно очекивати од судије да примени постојеће законско правило; али, има и оних сложених случајева приликом чијег се решавања од судије очекује да буде креативни чинилац. У читавом историјском низу развоја права и закона, Паунд препознаје суштински исту матрицу положаја судије који правни поредак држи даље од уплива у процес одлучивања о правилу, остављајући му да механички одлучује по претходно прописаном правилу. И тако стиже до америчког уставотворца, који је успостављеним системом круте поделе власти, пружио могућност таквог (погрешног) разумевања које би оправдавало механичку улогу судије. Међутим, теоријска промишљања увек су проналазила начина да одржавају нити идеје о потреби активнијег учешћа судије приликом решавања случајева, којим се превазилази његов поједностављени рад. Једно од таквих умећа јесу и опште претпоставке за судско и правно образложење у форми правних принципа, чиме се пружају иновативне могућности за креирање приликом одлучивања. Реч је о категорији изузетно важној за правну праксу као и за правну теорију, па су развијана различита гледишта о пореклу и сврси ових принципа,[41] тако да је листа довољно широка (на пример: предања из старог римског права,[42] различита повезивања и идејна наслеђа из ранијих периода[43]). Укључивање правних стандарда у расправу о судији и закону за Паунда је згодна прилика да истакне како се не ради о фиксном правилу већ о дискреционој слободи која је укључена у правни стандард приликом судијиног опредељења за примену закона на околности појединачног случаја. Зато ће им он доделити три битна обележја: 1) укључивање одређеног моралног просуђивања о понашању; 2) примена здравог разума о уобичајеним стварима и интуиције, без потребе правног знања; 3) адаптилност правног стандарда према времену и околностима случаја. Карактеришући их на овај

[41] Тако има гледишта да принципи потичу од правних правила, односно од догматике права, али и оних која њихов извор откривају у обичајима и предању природног права, тако да представљају израз праведности, правде, правичности – више видети В. Миличић, *Општа теорија права и државе*, Правни факултет, Загреб,1999, 117 и даље. Такође видети: Срђан Ђорђевић, Милица Торбица, Милица Жупљанић, „Изведеност правног начела", *Право, теорија и пракса*, Привредна академија, бр. 10/12, Нови Сад, 2012, 81–94.

[42] Анте Ромац, Минерва, *Флорилегиј латинских изрека*, ЛГ, Загреб, 1988, 832.

[43] Giorgio del Vecchio, *Filosofia del diritto*, NDI, Torino, 1965, 334–343.

начин, правни стандарди постају подобно средство за логичку аргументацију којом се слама инсистирање на механичкој примени закона од стране судије.

Сводећи разматрање поводом тренутно отворених питања, Паунд евидентира и посебно издваја три теорије примене права: аналитичку, историјску и правичну. *Аналитичка теорија* претпоставља постојање савршеног закона који не оставља простор за правне празнине, који у себи не садржи противречности и двосмислености, чиме поједностављује процес тумачења. Наравно да се овакве савршености законодавног деловања тешко могу очекивати у условима сложених друштвених односа и убрзаног друштвеног развоја. Али, овакав правац размишљања на тему квалитета закона не допушта креативност судије ван анализе случаја и логичке примене важећег законског правила. *Историјска теорија* примене закона је у свом коначном резултату идентична аналитичкој, с том разликом што се у правној науци истражује историјска димензија и спирала правног развоја неког конкретног законског правила. За разлику од њих, *правична теорија* очекује да се постигне разумно и правично решење појединачног случаја. Стога судија мора поседовати слободу приликом одлучивања о примени законског правила, ограничен генералним циљем удовољења захтевима правде у складу са оправданим законским и моралним разлозима за донету одлуку. Заговорници овог приступа инсистирају да се не подводи „*случај под правило, већ правило под случај*".[44]

Разматрајући англоамерички систем, Паунд формулише и низ средстава којима се омогућује индивидуализација примене закона кроз праксу (дискрециона одлука судова приликом одлучивања о правним лековима, правни стандарди, поротници и др.), а посебно значајним чини му се позиција судије када се пред њим нађе одлучивање о средству изјављеним против нижестепеног судије. Јер, тада се у примени може препознати и средство за ублажавање крутости закона и средство за релативизацију претходне механичке улоге суда. Такође, и улога поротника баца другачије светло на разумевање законског правила, јер се тиме постиже такозвана сирова индивидуализација услед емоција, предрасуда, личних карактеристика, за разлику од објективног приступа правника. Не опредељујући се између два дела састава суда, Паунд наглашава да неконтролисано дискрециono право поротника може бити горе и од круте механичке јуриспруденције применом закона од стране судије.

[44] R. Pound, 1922, 44.

Ипак, механички примењено правило делује понављањем и спречава индивидуалност у резултатима, чиме се угрожава принцип правне сигурности, један је од Паундових закључних ставова. „*Извесност која је постигнута механичком применом фиксних правила о људском понашању увек је била илузорна*."[45] Изнетим ставом, Паунд открива важност коју придаје принципу правне сигурности као темљној правној вредности правног поретка, чему треба подредити и активну улоге коју треба доделити судији у правном поретку кроз креативну интерпретацију закона решавањем појединачног случаја.

Наслављавајући следећи есеј „одговорношћу", Паунд у кратким цртама износи (у форми увода у есеј) ставове о потреби систематизовања приступа научног истраживања, подједнако важног, како за правну, тако и за било коју другу (друштвену или природну) науку.

На овом месту може се препознати она методолошка жеља која делимично и на моменте повезује Паундово разумевање правне науке са Келзеновим, у чијој је суштини инсистирање на пожељној објективности истраживања која постоји у методолошком телу природних наука.[46] На трен нам се Паунд „открива" да је и биолог, упућујући нас на извесне дилеме са којима се суочавају биолози, уз поруку да организација и систем логике и логичке конструкције представљају начин да се постојеће искуство учини разумљивим и доступним. Искусни аналитичари и тумачи Паундових дела истичу да

> „оно што одликује природњаке њему је својствено у сфери права, одн. јуриспруденције. Он води рачуна о свим творевинама, моделима, институцијама, па их попут природњака распоређује и разлаже. Он поступа с расположивом грађом с класификаторским осећајем за оно што је слично, али и оно што раздваја типове, врсте, групе творевина и феномена. А све то чини некако 'природно'".[47]

Како је свака наука систем сам по себи, тако је и са правном науком коју треба тако третирати приликом истраживања која се спроводе; истраживање у правној науци је непрекидна борба за једноставнијим системом којим ће се објаснити правне појаве.

---

[45] *Ibid.*, 47.

[46] Не треба заборавити да је Келзен „завидио" самосталности и независности природних наука у односу на утицај друштвених околности које итекако могу ометати научни развој и негативно утицати на објективност научног истраживања и научних резултата.

[47] С. Врачар, *Паундова презентација јуриспруденције (поговор)* у: Р. Паунд, 2000, 348.

IV. Закључак

На основу блискости социолошке јуриспруденције и социологије права било је тешко одредити се према локацији социолошке јуриспруденције, с обзиром на стандардну релацију која постоји међу свим наукама. Истраживањем на пољу одређивања места социологије и социолошке јуриспруденције дошли смо до закључка да оне само на први поглед имају сличности, те да у ствари оба појма носе са собом опасност од конфузије приликом утврђивања њихових научно-академских обележја. Тврдње којима се истиче социологија као безмало прост збир свих друштвених наука или заједнички назив за све посебне друштвене науке не могу задовољити потребу одређивања предмета социологије, јер оне на самом почетку представљају негацију њеног постојања као засебне науке и научне дисциплине, и онемогућавају да се она издвоји од свих осталих наука и да јој се омогући научна и академска самосталност; екстремни приступи у одређивању предмета социологије не могу бити од значајне помоћи.

Социологија права успела је да повеже социологију и право, а социолошка јуриспруденција још значајније примењује социолошко посматрање права и правних појава, те налази квалитетне одговоре на дубоку укљученост целокупног друштва у садржајну и феноменолошку структуру права.

Идеја социолошке јуриспруденције посебно је изражена у комбинацијама социолошке димензије права са филозофијом права, јер потреба доживљаја права кроз филозофску форму показује њену моћ да искаже свој смисао путем оцртавања моралне, правне и политичке карте и то на основу рационалних објашњења за разумевање и значење права. Историјски посматрано, савремена људска цивилизација за сва сазнања на тему третирања и спознаје појава која интересују човеков ум, кроз разне историјске периоде, дугује управо филозофији права. Због тога, можемо слободно рећи да је право и те како присутно у оквирима филозофског мисаоног корпуса, где се као посебна филозофска, односно, правна грана издваја филозофија права. За филозофију права, која је најближа теорији права али ништа мање блиска социологији права, можемо рећи да представља претечу даљег осамостаљивања засебних правних дисциплина. Особене градивне линије према филозофији права неспорно садржи и социолошка јуриспруденција, што је Паунд и доказао самим методолошким приступом изучавања одређених појава.

Igor Mitrović, PhD
Deputy Public Attorney for the City of Belgrade

SOCIOLOGY AND PHILOSOPHY OF LAW THROUGH A PRISM OF SOCIOLOGICAL JURISPRUDENCE

Summary:

The paper discusses the relationship between sociological jurisprudence and sociology and philosophy of law. Sociological jurisprudence in its scientific basis identifies several basic features. The essence for understanding the law is contained in its social context, and sociological jurisprudence recognizes the form of social control in the law. Therefore, it tries to point out the causes and bases for highlighting the primacy of interests in the determination of rights and laws, and reveals this in psychology, economics and the differentiation of society. The closeness of sociological jurisprudence to the sociology of law is not a specialty of the relationship between these two disciplines, but a reflection of the common and standard relationship that exists among all sciences. Through the philosophical study of law Roscoe Pound, the creator of sociological jurisprudence, emphasizes the existence of two basic human needs, social needs that cannot be realized without accepting the philosophical conception of law. These are "*the enormous social interest in general security, which, as an interest in peace and order, has guided the law from the very beginning ... and the pressure of less urgent social interests and the need to reconcile them with the demands for general security and the constant new compromises due to constant changes in society*".

Key words: sociology of law, philosophy of law, sociological jurisprudence

UDK

Мр Немања Јоловић
адвокат у Београду

ОСВРТ НА СПОРНА ПИТАЊА ТРОШКОВА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Сажетак:

У раду се разматрају спорна питања у материји трошкова кривичног поступка. Даје се преглед законске регулативе о накнадама и нужним трошковима кривичног поступка, те указује на погрешну праксу судова да, противно законском оквиру, не досуђују адекватне трошкове за одбрану лица преминулих у току посутпка, у ситуацијама када је окривљени ослобођен оптужби или је дошло до обуставе кривичног поступка, или када окривљени ангажује више бранилаца, те за посете окривљених у притвору. Аутор се залаже за то да адвокатура инсистира на праву својих клијената и на пољу накнаде трошкова кривичних поступака, њиховог признања и благовремене исплате.

Кључне речи: Законик о кривичном поступку, кривични поступак, трошкови кривичног поступка, награда и нужни издаци кривичног поступка

I. Увод и законска регулатива

Питање трошкова кривичног поступка је изузетно значајно, посебно за окривљене и њихове браниоце. Овом питању органи поступка (судови, јавна тужилаштва или други државни органи пред којима се води поступак) посвећују недовољно пажњу и у вези са тим се олако поступа. Да је то тако најбоље сведочи податак да се највећи број усвојених захтева за заштиту законитости Врховног суда Србије управо односи на трошкове кривичног поступка. Та чињеница сама по себи говори о томе да се недовољно пажње посвећује питању трошкова кривичног поступка и да је већи број одлука донет на штету заступаних лица.

Питања трошкова кривичног поступка имају јасан и одређени законски основ у одредбама Законика о кривичном поступку,[1] које се

[1] Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

односе на трошкове кривичног поступка, као и у другим законима и подзаконским прописима, као што су Закон о адвокатури,[2] Тарифа о наградама и накнадама за рад адвоката[3] и други.

Међутим, и поред јасног и одређеног правног оквира добијамо нејасне, дијаметрално супротне одлуке органа поступка, које често нису образложене или се своде на просто парафразирање законског текста, и то све углавном на штету окривљеног и његовог браниоца.

Узрок свега тога, рекло би се, налази се у несигурности, а често и у незнању и површност приликом одлучивања о трошковима кривичног поступка.

Члан 262, ставови 1 и 2 Законика о кривичном поступку гласи:

> „У свакој пресуди или решењу које одговара пресуди одлучује се ко ће сносити трошкове поступка и колико они износе ...// Ако недостају подаци о висини трошкова посебно решење о висини трошкова донеће председник већа или судија појединац када се ти подаци прибаве",

док у члану 261, став 1 стоји: „*Трошкови кривичног поступка су издаци учињени поводом поступка од његовог покретања до његовог завршетка*."

Чланом 265 ЗКП прописано је, у ставу 1:

> „Кад се обустави кривични поступак или се оптужба одбије или се окривљени ослободи од оптужбе, изрећи ће се у решењу, односно пресуди да трошкови кривичног поступка из чл. 261, став 2, тачка 1 до 6 овог законика, нужни издаци окривљеног и нужни издаци и награда браниоца и пуномоћника (члан 103, став 3) као и награда вештака и стручног саветника, падају на терет буџетских средстава суда",

а у ставу 6 наведено је:

> „Ако захтев за накнаду нужних издатака и награде из става 1 овог члана не буде усвојен или суд о њему не донесе одлуку у року од три месеца од дана подношења захтева, окривљени и бранилац имају право да потраживање остварују у парничном поступку против Републике Србије".

Члан 78, став 3 ЗКП прописује следеће: „*Један окривљени може имати истовремено у поступку највише пет браниоца, а сматра се да је одбрана обезбеђена кад у поступку учествује један од бранилаца*".

---

[2] Закон о адвокатури, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011 и 24/2012.

[3] Тарифа о наградама и накнадама за рад адвоката – Адвокатска тарифа, *Службени гласник РС*, бр.43/2023.

II. Трошкови поступка

Појам, врста и садржај трошкова кривичног поступка јасно су дефинисан у уводу овог рада у цитираним законским нормама. То су издаци учињени поводом кривичног поступка од његовог покретања до његовог завршетка и настају као последица вођења кривичног поступка. Они представљају обавезан елеменат односно део сваког кривичног поступка, па је суд из тог разлога у обавези да у свакој пресуди или решењу које одговара пресуди одлучи ко ће сносити трошкове поступка и колико они износе.

Сведоци смо праксе да судови, у пресуди или решењу које одговара пресуди код ослобађајућих и одбијајућих пресуда или решења о обустави поступка, одлуче да трошкови кривичног поступка падају на терет буџетских средстава суда, али не одлуче колико ти трошкови износе. У ситуацији када недостају подаци о висини трошкова и када одлучују посебним решењем, овај изузетак судови претварају у правило. Тако се, иако су постојали подаци о висини трошкова још у моменту пресуђења, на то посебно решење о висини трошкова кривичног поступка чека се месецима па и годинама. Често се то решење и не донесе већ се о трошковима одлучи наредбом судије коју даје свом рачуноводству коме и колико трошкова да се исплати. Лоша страна таквог поступања је стварање правне несигурности код онога коме трошкови кривичног поступка треба да буду исплаћени као и лишењем права на делотворно правно средство оног ко то право има. У наредбу дату рачуноводству – окривљени и бранилац немају ни увид нити могу да остваре право жалбе, јер се њима та наредба не доставља. У том случају им једино остаје да, уз примену члана 265, став 6 ЗКП, у парничном поступку против Републике Србије, остварују то своје право, што битно продужава време наплате трошкова кривичног поступка и знатно поскупљује поступак, што, на крају, доводи до штете по буџет суда односно државе.

III. Плаћање награде и нужних издатака

У члану 266 ЗКП прописано је:

> „Награду и нужне издатке бранилац и пуномоћник оштећеног, оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца дужно је да плати заступано лице, без обзира ко је по одлуци суда дужан да сноси трошкове кривичног поступка, осим ако по одредбама овог Законика награда и нужни издаци браниоца падају на терет буџетских средстава суда. Ако је окривљеном био постављен бранилац, а плаћањем награде и нужних издатака би било доведено у

питање издржавање окривљеног или издржавање лица које је он обавезан да издржава, награда и дужни издаци браниоца исплатиће се из буџетских средстава суда."

Дакле, заступано лице је у обавези да у току поступка сноси трошкове свог заступања/одбране и у ситуацији када дође до доношења ослобађајуће или одбијајуће пресуде или до обуставе кривичног поступка, заступаном лицу, сходно члану 265 ЗКП, ти издаци треба да буду исплаћени на терет буџетских средстава суда. У тој ситуацији, заступано лице када подноси захтев за накнаду трошкова кривичног поступка, није дужно да подноси било какав доказ да је оно у току поступка те трошкове и исплатило (мислимо на трошкове заступања/одбране). Претпоставља се да их је заступано лице већ платило или ће их платити у складу са договором са браниоцем. Обавеза пружања доказа да су трошкови плаћени није прописано ни једном законском или подзаконском одредбом.

Судови из сопствене несигурности, незнања или жеље да по сваку цену заштите буџет суда прибегавају разноразним „доскочицама" и „марифетлуцима" који не смеју бити својствени суду, па из разлога што уз захтев за накнаду трошкова кривичног поступка странка није доставила доказ да је те трошкове платила – одбијају захтев за накнаду тражених трошкова уз образложење (дато у једној пресуди): „*Оцењујући основаност постављеног захтева суд је пошао од тога да наследник окривљеног у односу на кога је кривични поступак обустављен услед смрти има право да потражује трошкове тог кривичног поступка у односу на сва плаћања које је окривљени извршио током истог, дакле само уколико их је окривљени платио...*"[4]

Суд је, дакле, из наведених разлога тужбени захтев законског наследника окривљеног умрлог у току поступка, због чега је кривични поступак обустављен, одбио као неоснован. Таква одлука суда је незаконита и у супротности је са члановима 261, 262 и 265 ЗКП.

IV. Трошкови за одбрану лица умрлих у току поступка

Због неажурности судова и енормне дужине трајања кривичног поступка није редак случај да окривљени у току поступка умре. У том случају, сходно члану 20 ЗКП, орган поступка ће решењем обуставити кривични поступак.[5] Када се кривични поступак обустави, у решењу о

[4] Пресуда Вишег суда у Београду П-303/21 од 29. марта 2023. године.

[5] Законик о кривичном посутпку, члан 20: „*Ако се у току кривичног поступка утврди да је окривљени умро, орган поступка ће решењем обуставити поступак*".

обустављању би, сходно члану 262, став 1 ЗКП, било нужно да се одлучи и о трошковима кривичног поступка – ко ће их сносити и колико они износе. Ови трошкови, према члану 265, став 1 ЗКП падају на терет буџетских средстава суда.

Законски оквир за ову ситуацију је јасан. Међутим, судска пракса у вези са тим прави проблеме. Ти проблеми се огледају у следећем:

– орган поступка у решењу не одлучи на чији терет падају трошкови поступка, или

– ако одреди на чији терет ти трошкови поступка падају, не утврди њихов износ.

Описано поступање органа поступка производи даље проблеме који се у највећем броју случајева своде на то ко је овлашћен да поднесе захтев за накнаду тих трошкова. Најчешће бранилац/пуномоћник заступаног лица поднеском подсећа орган поступка да у решењу о обустави поступка није урађено онако како је у Законику прописано – није одлучено на чији терет падају трошкови поступка и колико они износе или ни једно ни друго.

Орган поступка, уместо да поступи по закону и у решењу о обустави поступка да утврди износ трошкова и одреди на чији терет падају, најчешће одбацује или одбија захтев за накнаду трошкова уз образложење да је браниоцу/пуномоћнику смрћу заступаног престало пуномоћје и да он није овлашћен да такав захтев подноси. Уколико захтев поднесе неко од законских наследника умрлог заступаног лица, захтев за накнаду трошкова кривичног поступка ће бити одбијен као захтев поднет од неовлашћеног лица уколико у решењу о наслеђивању није наведено да је то лице наследило и права по основу накнаде трошкова поступка у конкретном предмету. Међутим, да би то право било признато у оставинском поступку, нужан је основ – мора постојати решење којим су та права утврђена (а управо тога нема код напред описаног понашања органа поступка).

Да би се избегли сви ови очигледни проблеми нужно је да орган поступка поступа по закону и да у пресуди или решењу које одговара пресуди одлучи ко ће сносити трошкове поступка и колико они износе. Њих ће наплатити онај који на то има право; код умрлог, то ће бити његови наследници којим се то право призна у оставинском поступку.

V. Трошкови за више бранилаца

У ЗКП, у члану 78, став 3, који је цитиран у уводу овог рада, прописано је да „[*ј*]*едан окривљени може имати истовремено у поступку највише пет бранилаца*...” Дакле, наведена законска одредба даје могућност окривљеном да ангажује више бранилаца који би чинили стручни тим за његову делотворну одбрану.

Наведена законска одредба која прописује право окривљеног да у истом поступку има истовремено пет бранилаца, за окривљеног истовремено значи и обавезу, сходно члану 266 ЗКП-а да за ту одбрану плати трошкове и награду сваком од ангажованих бранилаца. То плаћање за њега значи трошак прописан у члану 261, став 2, тачка 7 ЗКП. Уколико у таквом поступку дође до обуставе кривичног поступка или се оптужба одбије или се окривљени ослободи од оптужбе, изрећи ће се у решењу односно пресуди да трошкови кривичног поступка, из члана 261, став 2, тачке 1 до 6 овог Законика, нужни издаци окривљеног и нужни издаци и награда браниоца и пуномоћника (члан 103, став 3), као и награда вештаку и стручном саветнику – падају на терет буџетских средстава суда.

Из наведених законских одредаба то право окривљеног и обавеза органа поступка несумњиво произилазе. Међутим, пракса судова је другачија. И када досуђују трошкове поступка у напред наведеним ситуацијама, судови то чине само за једног браниоца иако то не произилази из законског оквира на који се судови позивају. Судови, наиме, сматрају да је одбрана обезбеђена и кад у поступку учествује само један бранилац – иако је воља окривљеног била да ангажује више бранилаца – те да суд није у обавези да му накнади трошкове које је имао за ангажовање свих пет бранилаца, него ће му накнадити трошкове одбране само за једног браниоца.

Да се понови – овакав став суда и овакво тумачење члана 78, став 3 ЗКП је супротно идеји законодавца, супротно циљу и смислу одредаба ЗКП којим се уређују трошкови кривичног поступка. Законодавац је, када је прописао „*да је одбрана обезбеђена и када у поступку учествује само један бранилац*” пошао од испуњености формалних услова за одржавање рочишта и та одредба се, ни у ком случају, не може односити на трошкове поступка, како то судови углавном образлажу, чак и сам Врховни касациони суд[6].

[6] Пресуда Врховног Касационог суда Србије Кзз-209/2021 од 2. марта 2021. године.

Судови, па и Врховни суд Србије, у својим одлукама формалистички, арбитрерно тумаче наведену законску одредбу када је примењују на трошкове поступка.

У ситуацијама када један бранилац није могао да „покрије" све радње које се спроводе у истом предмету, против истог окривљеног, у истом дану и у исто време на различитим местима – судови иду толико далеко да признају трошкове само за једног браниоца; таква је ситуација наступила у једном предмету Вишег суда у Београду, Посебно одељење за организовани криминал.[7] У том предмету истрагу су истовремено спроводила двојица истражних судија, а у Тужилаштву за организовани криминал су по истом предмету истовремено поступила три заменика тужиоца за организовани криминал. У таквој ситуацији са једним браниоцем нису могли да буду задовољна права окривљеног на браниоца.

Када држава предузима гоњење против неког лица преко надлежног јавног тужилаштва мора да буде свесна ризика да за случај неосноване оптужбе односно неоснованог покретања кривичног поступка мора да плати неку цену због тога и да лицу према коме је поступак неосновано покренут надокнади све трошкове које је имало у наведеном поступку, сходно члану 261 у вези са чланом 265 ЗКП. Право државе јесте да кривично гони извршиоце кривичних дела, али држава има и обавезу да неосновано оптуженом плати трошкове које је имао за ангажовање тима бранилаца, стручног саветника и све друге трошкове који су му проузроковани неоснованим покретањем кривичног поступка.

У интересу заштите клијената и својих интереса адвокатура треба и мора да захтева да ово право, загарантовано Законом о кривичном поступку и другим прописима, буде у потпуности и у пракси заштићено.

VI. Трошкови браниоца за посете окривљеном у притвору

Овде говоримо о још једном од спорних питања у вези са трошковима кривичног поступка.

Када је окривљени у притвору, поставља се питање на колико посета адвоката он има право, односно за колико посета ће му бити надокнађени трошкови за ангажовање браниоца прописаних чланом 265, став 1 ЗКП.

Већина судова у Србији је кроз своје одлуке заузела став да у трошкове кривичног поступка призна окривљеном 1 до 2 посете месечно, не

[7] Пресуда Вишег суда у Београду КПо1-63/10.

водећи оритом рачуна о сложености предмета, броју кривичних дела, бројности сведока и других доказа, способности окривљеног да схвати домете појединих доказа и слично.

У напред наведеном предмету Окружног суда у Београду, Посебно одељење,[8] предложено је неколико хиљада страница писаних доказа, преко стотину педесет сведока, а одржано је више десетина истражних рочишта и рочишта за главни претрес где је било нужно више десетина сати и више радних дана сваке недеље за разговор окривљеног са браниоцима како би се браниоци припремили за делотворну одбрану и да би припремили концепт одбране за свог брањеника. У тој и таквој ситуацији суд је, на крајње арбитреран начин, закључио да су две посете браниоцима окривљеног у притвору довољне, и то без давања адекватног образложења.

VII. Закључак

Из изложеног несумњиво произилази да се овом важном питању, питању трошкова кривичног поступка, не посвећује заслужена пажња и да су сва спорна питања на која је указано у овом раду тумачена на штету окривљених и њихових бранилаца без адекватног ослонца на постојећи законски оквир и без давања одговарајућег, на закону заснованог, прихватљивог образложења.

Адвокатура се мора више заложити за права својих клијената и на пољу накнаде трошкова кривичних поступака, њиховог признања и благовремене исплате. Адвокатура мора инсистирати да држава односно органи поступка преузму ризик да трошкове поступка држава плати када се покрећу неосновани поступци, поступци без довољно доказа, а да притом нико не одговара за штету причињену, пре свега неосновно процесуираном лицу, а потом и буџету државе. Нужно је да се степен одговорности у оваквим ситуацијама подигне на виши ниво.

[8] Исто.

Nemanja Jolović, MA
attorney at law in Belgrade

REVIEW OF CERTAIN DISPUTED ISSUES IN THE MATTER OF COSTS OF CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary:

The article considers certain disputed issues in the matter of costs of the criminal proceedings. The legal framework for remuneration and necessary costs of the criminal proceedings is presented. The incorrect practice of the courts in this matter is also discussed, with specific focus on the cases where the courts, contrary to legal rules, refuse to allocate adequate costs for defense of persons died during the proceedings, or released from liability, in the situations where the accused engages several defense attorneys and for visits of the defendant in the detention. The author supports the efforts of the advocacy to protect the interests of the client in the field of compensation of costs of the proceedings, the recognition of these costs and their timely payment.

Key words: Criminal Proceedings Code, criminal proceedings, costs of criminal proceedings, remuneration and necessary costs in criminal proceedings

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА

UDK

Јордан Величков
адвокат у Нишу

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВНОГ ИНСТИТУТА СТИЦАЊЕ БЕЗ ОСНОВА

Сажетак:

Предмет овог разматрања је правни институт „стицање без основа" предвиђен Законом о облигационим односима. Аутор сматра да се, у садашњем правном систему Републике Србије, овај правни институт понекад изиграва од стране актера у правосудном процесу. Овај став се илуструје примером некоректног обрачуна, од стране електродистрибутера, електричне енергије коју су потрошачи неовлашћено користили, те остваривањем тако обрачунатог потраживања у судским поступцима применом института стицања без основа.

Кључне речи: стицање без основа, неоправдано обогаћење, штета, накнада штете, дистрибутер електричне енергије, неовлашћена потрошња електричне енергије

I. Увод

Врло је честа појава злоупотреба правних института. Среће се у примени права код судова, а неретко злоупотребе чине и разне институције, привредне организације, па и сами грађани.

Типичан пример, који илуструје ову појаву, је институт стицања без основа, који је детаљно уређен Законом о облигационим односима,[1] а потом детаљно разрађен и у судској пракси.

Може се рећи да судови у поступцима примењују овај институт „по аутоматизму", без упуштања у разматрање да ли је његова примена основана у конкретном случају који се пред њима расправља.

Тако се пред Основним судом у Нишу води велики број предмета против грађана у којима је основ тужбеног захтева управо институт „стицање без основа". У овим парницама (а вероватно је исти случај и код других надлежних судова у земљи), тужилац је привредно друштво „Електродистрибуција Србије", која покреће велики број тужби против грађана, управо због стицања без основа; у тужбама се наводи да су тужени неовлашћено користили струју у вредности од више хиљада динара и то углавном за период дужи од шест месеци до годину дана, па и више, с тим што се период рачуна од дана настанка наводне обавезе након што је, по неким интерним правилима, утврђено постојање обавезе.

II. Законско уређење стицања без основа

Одредба члана 210, став 2 ЗОО предвиђа да је стицање без основа када неки део имовине једног лица на било који начин пређе у имовину другог лица, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или закону. Такође, овај члан Закона обавезује стицаоца да врати ту имовину или да плати вредност стеченог уколико није могућ повраћај. Једноставним тумачењем текста цитиране законске одредбе закључује се да се ради о имовини власника и преласку те имовине или њеног дела у имовину другог лица, а да тај прелаз нема ослонац у неком правном послу или самом закону.

За постојање неоснованог обогаћења услов је да постоји *осиромашење* на страни једног лица, односно умањење његове имовине, а да постоји *увећање* на другој страни; потребно је, затим, да између обогаћења и осиромашења постоји условљеност, те да за то не постоји правни основ. Притом, стицање без основа као извор облигације се битно разликује од неправедног и неправичног богаћења, као моралне категорије; судска пракса, у одређеним случајевима, такво богаћење толерише.

---

[1] Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

ЗОО је такође регулисао и обим враћања стеченог без основа. Одредбом члана 214 је предвиђено да се, када се враћа оно што је стечено без основа, мора вратити стечена имовина, морају се вратити плодови, те платити затезна камата, и то од дана стицања (ако је стицалац несавестан), а ако је савестан, од дана подношења захтева.

Питања застарелости потраживања и њихове наплате такође су регулисана ЗОО. Наиме, овај Закон уређује наплату сваког потраживања из облигационо правних односа. Сходно томе, одређен је рок у коме се може извршити наплата неког потраживања; по протеку тог рока, наплата се више не може извршити. Одредбом члана 378 ЗОО одређено је да за годину дана застаревају потраживања накнаде за испоручену електричну и топлотну енергију, плин, воду, за димничарске услуге и за одржавање чистоће, када је испорука односно услуга извршена за потребе домаћинства. Овај члана Закона одредио је исти рок и за друге испоруке или услуге из области комуналних делатности. Значи, по протеку рока од године дана, уколико се не наплати испоручена електрична енергија, потраживање по том основу не може се наплатити.

III. Проблеми у практичној примени института стицања без основа

1. У којим случајевима „Електродистрибуција" користи стицање без основа да наплати испоручену струју

„Електродистрибуција Србије" стицање без основа данас користи у пуном обиму и најчешће мимо законске регулативе. У томе јој, у првом реду, иде на руку судска пракса. Судови су, како је наведено, затрпани тужбама по основу стицања без основа и сви се спорови, по правилу, завршавају у корист тужиоца „Електродистрибуције", а жалбе грађана, као тужене стране, листом се одбијају и пресуде потврђују.

Проблем из кога потичу спорови углавном настаје тако што „Електродистрибуција" не наплати утрошену електричну енергију из разних разлога (најчешће услед обимности посла и великог броја потрошача, неажурности, недовољне активности, недостатка уредне документације и слично). У таквим случајевима „Електродистрибуција", да би отклонила последице своје неажурности, прибегава утужењу корисника применом института стицање без основа.

У огромном броју судских спорова „Електродистрибуција" незаконито користи институт „стицање без основа" да оствари свој интерес на

незаконит начин. Служи се ово предузеће и другим методама (а најчешће претњом обуставе испоруке електричне енергије), али овде се о томе овде не расправља.

Не спори се да грађани код коришћења електричне енергије и незаконито поступају. Наиме, грађани често, да би избегли плаћање коришћења електричне енергије, недозвољено поступају (на мерним уређајима скидају пломбе, а потом стављају магнете или „преспајају" жице и сл.), те тиме онемогућавају правилно мерење утрошка електричне енергије или уопште било какво мерење утрошка. Стога „Електродистрибуција", ради спречавања оваквих поступака, а сасвим оправдано, врши често контролу мерних уређаја. Ако се у тим контролама утврди било каква неправилност, искључује се струја потрошачима, а затим у посебним поступку врши обрачун утрошене струје. Најчешће се ради о периоду од неколико месеци па до године дану, а постоје случајеви и дужег времена у коме се врши овај обрачун. Такав случај се, на основу устаљене праксе, колоквијално назива „неовлашћено коришћење струје".

2. Незаконит начин обрачуна и наплате „неовлашћеног коришћења струје"

Но, без обзира на назив, нема сумње да је описани поступак грађана са мерним уређајима незаконит. Но, то је за ово разматрање, са правног становишта, небитно. Оно што је са овог аспекта кључно јесте да у поступку обрачуна неовлашћено коришћење струје постоје велике неправилности и незаконито поступање од стране дистрибутера електричне енергије. А у таквим случајевима, апсолутно и увек, цех плаћају потрошачи, јер се, по основу непрецизних и неразумљивих мерила за обрачун тако коришћене струје, „Електродистрибуцији" даје моћ да поступа самовољно (а судови јој, како је наведено, у овоме секундирају, јер по правилу одлуке доносе у њену корист, а на штету грађана).

У првом реду, начин и методи које „Електродистрибуција" користи код вршења обрачуна, потпуно су нејасни односно нису разумљиви грађанима; они нису у могућност да на било који начин утврде тачно колико су у посматраном периоду утрошили електричне енергије. То чак не могу да утврде и израчунају и најписменији људи, односно образовани потрошачи, који поседују одређено стручно знање.

„Електродистрибуција" је направила своја мерила на основу којих и врши обрачун неовлашћено утрошене струје. Додуше, прописом јој

је дата могућност да тако и поступа.[2] Но, обрачунати утрошак је вишеструко (па, можда, и стотину пута) већи од потрошње струје која је нормално могла да се потроши за дати период. Грађани као потрошачи су апсолутно принуђени да такав обрачун прихвате и плате, јер, у противном, „Електродистрибуција" им ускраћује даљу употребу струје у домаћинствима.

Дакле, Закон о енергетици ставља Електродистрибуцију у изузетно повољан положај и чини је јачом и од државе и од грађана. „Електродистрибуција", користећи закон, неовлашћено ствара своја мерила у функцији својих интереса, без вођења рачуна о транспарентности поступања и заштити интереса грађана.

Пошто грађани (по правилу, нижих примања и скромнијих животних услова), због енормних износа, не могу да плате потрошену струју (обрачунату на незаконит начин), „Електродистрибуција" је увела систем утужења тих лица. Како је законом предвиђена наплата струје у року од године дана од дана потрошње, то дистрибутивно предузеће прибегава незаконитом коришћењу правног института „стицање без основа" чиме рок за поступање продужава са једне године на десет година, што је општи рок застарелости потраживања. На овај начин, слободно и без ограничења, изиграва се одредба ЗОО о наплати овог потраживања у року од једне године и то на штету грађана.

Да се понови – управо је одредбом члана 371 ЗОО предвиђено да потраживање застарева за десет година, ако законом није одређен други рок; с обзиром на то да потраживање за редовну употребу струје застарева за годину дана, то се за наплату недозвољеног утрошка струје не може користи рок за наплату од десет година.

Основано је, отуда, питање да ли може „Електродистрибуција", тужбом за „стицање без основа", тражити наплату за неовлашћено коришћење струје. Ово је посебно проблематично стога што, по начину обрачуна који врши „Електродистрибуције", неовлашћено утрошена струја заправо није имовина овог предузећа, већ казна за онога ко је неовлашћено струју користио.

Крађа струје је појава која се среће у пракси (јер је струја, по закону, роба које се може красти), али наплата те украдене „робе" се врши на начин којим је противан законима.

---

[2] Закон о енергетици, *Службени ɪласник РС*, бр. 1145/2004, 95/2018 – др. закон, 40/2021 и 35/2023 – др. закон.

IV. Закључна разматрања

Да не буде забуне, аутор овог текста је, наравно, сагласан да крадљивац, па и крадљивац струје, треба да се за такав чин и казни.

Али, казна мора бити реална и, коначно, сагласна закону, а никако несхватљива и нереална у односу на право стање ствари. Наиме, будући да смо неразвијено и више него сиромашно друштво, морали бисмо бити више хумани и, на крају, и реални. То, пак, подразумева да је потребно да се питање у вези са недозвољеним коришћењем струје посебно уреди прописима. На путу ка томе у првом реду треба донети нови пропис који би се односио на овај аспект функционисања „Електродистрибуције". Затим, треба донети пратеће прописе за утврђивање недозвољеног утрошка струје и начин наплате тако утрошене струје. Овде се ради о штети коју треба утврдити и, сагласно закону, и наплатити односно надокнадити.

Међутим, начин на који се сада утврђује штета и наплаћује од грађана, није у сагласности ни са једним постојећим законом који се примењује.

Постојећи ЗОО је регулисао питање штете и њене накнаде. Стога остаје само питање начина утврђивања висине те штете, јер је и наплата штете већ регулисана одредбама ЗОО и Закона о извршењу и обезбеђењу.[3]

Садашњи начин утврђивања штете који примењује „Електродистрибуција", да се понови, никако није у складу са постојећим законима. Једном речју, утврђивање штете коју „Електродистрибуција" трпи услед незаконитог коришћења струје треба свести на нормалну примену закона и правила која регулишу крађу, а никако се то питање не може оставити ван регулативе и омогућити некоме кршење закона. Јер, није нормално да неко, на пример, за годину дана утроши, према мерним уређајима, струју у вредности од 40.000,00 динара, а да потом за крађу исте количине плати десет пута више. Није у складу са законом ни то да се таква радња (уколико грађанин захтевани износ не плати) касније сврстава под „стицање без основа", јер овај институт грађанског односно облигационог права говори о нечему сасвим другом. Управо овај институт подразумева да је „стицање без основа" када било који део имовине једног власника пређе у имовину другог власника (у наведеном примеру, вредност имовине која је „прешла" износи 40.000,00 динара, то је имовина Електродистрибуције – а није износ увећан десет или

[3] Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 – аутентично тумачење и 10/2023 – др. закон.

више пута). Тај износ за који „Електродистрибуција" тужи грађане (и који је увећан више пута од вредности стварног утрошка струје) у ствари је казна. Значи, висина износа за крађу струје коју обрачуна „Електродистрибуција" нема никакве везе са њеном имовином, јер је у питању *казна*, а не имовина дистрибутера струје која је прешла у имовину крадљивца струје. Дакле, *крађа струје јесте одузимање имовине „Електродистрибуције", али далеко мање вредности од оне која се захтева на основу обрачуна и касније наплаћује по основу наводног стицања без основа*. По закону, од евентуалног крадљивца може се узети само имовина која је прешла у имовину крадљивца, а не и „имовина" коју је вештачки створила „Електродистрибуција". То даље значи да „Електродистрибуција" не може користити за наплату своје евентуалне штете правне институте који се ни случајно не могу користити у те сврхе.

Крађа ствари је регулисана кривично-правним прописима. Крађом се наноси одређена штета власнику ствари; његова штета је онолика колика му је крађом нанета. Према законима из кривичне материје, висина штете се одређује у предвиђеном поступку и, након утврђивања, штета се и надокнађује. Правило је да се утврђује само штета и њена висина; није дозвољено, нити је у складу са законом, да се изречена казна за крађу сматра штетом и да се крадљивац обавеже на плаћање оштећеном (а то је, у разматраном поступању „Електродистрибуције", подведено под појам „недозвољена потрошња струје").

Крађа као кривично дело је сама по себи кажњива и изриче се казна за њено извршење у оквирима који су одређени законом. Казна за кривично дело може бити и новчана. Било која казна да се изрекне окривљеном, њена наплата иде у корист државе, док накнада штете иде у корист оштећеног лица. Конкретно, у разматраним околностима, кроз институт „стицање без основа", омогућава се „Електродистрибуцији" управо *стицање без основа*. „Електродистрибуција" ће се обогатити за део обрачунате имовине која није украдена (тако што је, кроз обрачун, вишеструко увећана вредност украдене струје). Обрачун се, како је наведено, врши по критеријумима које одређује сама „Електродистрибуција". У ствари, имовина „Електродистрибуције" може бити стварна вредност потрошене струје, али не и вредност потрошње по основу недозвољеног коришћења електричне енергије онако како ту вредност обрачунава „Електродистрибуција"; део струје коју је потрошио крадљивац за обрачунати период је, заправо, имовина „Електродистрибуције", а остатак захтеваног износа, обрачунат по нетранспарентним методама, представља казну на коју се, да се понови, не може ни на који начин применити институт стицања без основа.

Казна се не може преносити на трећа лица; она је везана за личност и може је извршити на одређени начин само онај коме је изречена. У случају који се овде разматра није тако. Наиме, врло често се догађа да су електрична бројила на име власника објекта у коме се налазе, али је власник умро, отуђио објекат, односно није више власник објекта нити има везе са новим власником, корисником или лицем које се води као потрошач. „Електродистрибуција" тужи онога кога у евиденцији води као потрошача. У пракси, ово значи да потрошач често и није крадљивац струје. Стога се и позивају за плаћање његови наследници, следбеници односно лица која нису крадљивци. Дакле, на тај начин се казна преноси на трећа лица, а не на онога ко је кажњен.

У случају када се као потрошач појављује наследник бившег потрошача, који је крао струју, појављује се управо проблем у вези са прикључком објекта на мрежу, или код наплате дуга. Сваки потрошач је сагласан да плати утрошену струју, али нико није сагласан да плати енормно повећан износ утрошка обрачунат по критеријумима „Електродистрибуције". Тада се и задире у наследна права наследника. Закон не познаје могућност наплате нечега што није узето или дато. Према одредби члана 222 Закона о наслеђивању[4] наследник одговара за оставиочеве дугове до висине вредности наслеђене имовине. Ово значи да у одређеним случајевима може доћи до наплате дуга потрошача који је утврђен пресудом о стицању без основа. Пошто овакво потраживање застарева за 10 година, то од наследника може бити наплаћен дуг утврђен пресудом, али у тај дуг је уствари урачуната и казна, а то, како је речено, није имовина „Електродистрибуције" која је прешла у имовину дужника, већ је у његову имовину прешла далеко мања вредност имовине. У том случају наноси се штета наследнику односно правном следбенику, јер плаћа нешто што није обавезан да плати (принуђен је да плати дуговање свог претходника за износ за који га задужује „Електродистрибуција", будући да се прикључење не мрежу условљава обавезним плаћањем претходног задужења). Ово значи да наследник, односно следбеник, мора да плати и казну коју није „наследио", нити се она може наследити (у то претходно задужење је, како је наведено, урачунат и износ казне која је наметнута од „Електродистрибуције" приликом обрачуна неовлашћеног коришћења струје). Стојимо на становишту да се у оваквим случајевима ради о казни за крађу струје и да тада није оправдано тражити наплату од наследника

[4] Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УС и 6/2015.

или правног следбеника претходног потрошача, јер је претходни потрошач, који је незаконито користио струју, обрачуном и кажњен због те крађе; код таквог незаконитог обрачуна само се фиктивно и енормно увећава вредност утрошене струје, а то се никако не може подвести под стицање без основа, јер се суштински ради о казни за незаконито коришћење струје. На тај начин казна се третира као имовина „Електродистрибуције", што није тачно нити могуће.

Сагласно напред наведеном, сматрамо да примена правног института „стицање без основа" у оваквим случајевима није у сагласности са ЗОО, Законом о наслеђивању, Законом о извршењу и обезбеђењу, као ни са кривичним законима, те са свим другим законима који на одређени начин регулишу ову материју. Стога је нужно да се ово питање, ако је потребно и законски, уреди на начин који неће противречити основним постулатима облигационог и других грана права чија примена долази у обзир у разрешењу спорних односа произашлих из појаве „неовлашћеног коришћења електричне енергије". У правилној примени и постојећих норми значајну би улогу могла да одигра судска пракса.

Jordan Veličkov
attorney at law in Niš

MISUSE OF LEGAL INSTITUTE *UNJUST ENRICHMENT*

Summary:

The paper presents the legal institute of unjust enrichment envisaged by the Law on Obligations. The author finds that, in present legal system of the Republic of Serbia, this institute is sometimes evaded by the participants in legal procedures. This position is illustrated by the example of incorrect calculation, by the distributor, of the compensation for unauthorized consumption of the electric power imposed to the citizens, and by realization of the claimed amounts in court porceedings by application of the institute of unjust enrichment.

Key words: unfounded gains, unjust enhrichment, damage, indemnity, distributor of electric power, unauthorized consumption of electric power

UDK

Сандра Миљанић
адвокат из Београда

ПРЕГЛЕД ПРЕДЛОЖЕНИХ ИЗМЕНА ЗАКОНА О ДРЖАВЉАНСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Сажетак:

У приказу предлога измена и допуна Закона о држављанству Републике Србије[1] поред сагледавања мотива за измене овог Закона, коментарисаћемо саме измене и њихове будуће ефекте на стицање држављанства Републике Србије. Да ли су измене последица рата у Украјини те прилива великог броја, пре свега, руских држављана, као и украјинских држављана који у Србији имају одобрен привремени боравак? Да ли постоји оправдање за измене Закона? Да ли на овај начин држава покушава да надомести одлив држављана Србије који се одричу српског држављанства како би добили држављанство неке друге европске државе, на пример Аустрије? Ово су питања која се разматрају у чланку.

Кључне речи: држављанство, основи стицања држављанства, услови за стицање држављанства

I. Уопштено о држављанству

Држављанство је комплексан правни концепт који се односи на правни статус појединца у одређеној земљи. Оно одређује права, обавезе и одговорности особе према тој земљи и њеним законима. Држављанство игра кључну улогу у дефинисању идентитета, припадности и могућности појединца унутар друштва и међународне заједнице.

Стицање држављанства обично се може постићи на неколико начина:

а) **рођење**: Особе рођене унутар територије земље обично стичу држављанство те земље, без обзира на националност родитеља (овај начин се назива и принципом „*ius soli*");

[1] Закон о држављанству Републике Србије – Закон, *Службени гласник РС*, бр. 135/2004, 97/2007, 24/2018.

б) **порекло**: Ако су родитељи држављани одређене земље, дете може аутоматски добити њихово држављанство, без обзира где је рођено (ово се назива принципом „*ius sanguinis*");

в) **природјење**: Особе које не испуњавају услове за аутоматско стицање држављанства, могу га стећи путем природјења. То обично захтева испуњавање одређених услова као што су дужи боравак у земљи, интеграција у друштво, познавање језика и слично. *Брак*: У неким случајевима, особа може добити држављанство земље у којој је удата/жењен за држављанина те земље.

г) **Натурализација:** Ово је процес кроз који страни држављанин може постати држављанин друге земље након испуњавања одређених услова, као што су дужи боравак, познавање језика, доказивање финансијске стабилности и слично.

Држављанство носи са собом низ права, као што су право на боравак, рад, образовање и гласање. Такође, носи и обавезе према законима и институцијама земље држављанства. Међутим, појединци се често суочавају са питањима двојног држављанства, држављанства по рођењу у различитим земљама или усклађивања са законима приликом промене држављанства.

Држављанство је стога кључни фактор у дефинисању идентитета и повезаности појединца са одређеном земљом, а закони који га регулишу варирају од земље до земље.

II. Новине у Предлогу Закона о изменама и допунама Закона

Основа за доношење Закона о изменама и допунама Закона[2] је Устав Републике Србије,[3] који прописује да се стицање и престанак држављанства Републике Србије регулишу законом.

[2] Предлог Закона о изменама и допунама Закона о држављанству Републике Србије – Закон о изменама и допунама Закона, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/13_saziv/870-23.pdf, објављен 5. маја 2023. године.

[3] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021, чл. 38, ст. 1.

1. Разлози за доношење Закона о изменама и допунама Закона

У образложењу доношења Закона о изменама и допунама Закона[4] наводи се да Влада Републике Србије, између осталог, има циљ да усмерава политику, дефинише нова правна решења и подршку мерама за унапређење популационе политике. Поменуте промене и допуне чине део пакета регулаторних промена, укључујући измене Закона о странцима и Закона о запошљавању странаца. Ове промене су усмерене на привлачење стране радне снаге, посебно високо квалификованих појединаца са траженим вештинама и знањем на тржишту рада. Циљ је да се допринесе континуираном расту бруто домаћег производа кроз економски развој, финансијску стабилност и подизање животног стандарда грађана Републике Србије.

Поред тога, образложење наводи да је примена Закона указала на потребу за унапређењем постојећих правних решења која се тичу стицања и престанка држављанства Републике Србије. За малолетна лица, олакшани су услови за подношење захтева за упис у евиденцију држављана Републике Србије и захтева за престанак држављанства. На основу опредељења Републике Србије да се искорени апатридија и на основу дугогодишњих активности усмерених на решавање проблема правно невидљивих лица, препозната је могућност допуне одређених норми новим решењима. Ова решења могу омогућити одређеним категоријама становника на територији Републике Србије, који досад нису регулисали свој статус из различитих разлога, да добију лична документа и тиме постану видљиви у правном систему Републике Србије. Такође, кроз праксу је препозната жеља супружника држављана Републике Србије, чија су деца често такође држављани, да лакше стекну приступ држављанству.

а) Идентификовање проблема решавања по Закону[5]

Предлагач Закона о изменама и допунама Закона је навео да је, анализом прописа који се односе на кретање и боравак странаца и домен држављанства, препозната потреба за другачијим правним решењима. Један од основних проблема који су уочени је у вези с дугим процедурама, роковима и испуњавањем рестриктивних правних услова, што је отежавало страним држављанима који су стални становници или

[4] Закон о изменама и допунама Закона, образложење, стр. 4.

[5] Закон о изменама и допунама Закона, образложење, стр. 4.

привремено бораве у Републици Србији да стекну статус сталног становника или да поднесу захтев за држављанство. Нова решења олакшавају приступ држављанству одређеним категоријама странаца како би се подстакао развој, осигурала недостајућа радна снага и привукли висококвалификовани појединци који могу допринети развоју Србије. Нова решења такође штите интересе малолетника.

б) Циљеви доношења измена Закона[6]

Предлагач наводи да се овим изменама и допунама Закона поједностављује поступак за пријем у држављанство Републике Србије за категорије странаца који су стални становници или привремено бораве у Србији и испуњавају прописане услове, а желе да наставе да живе, раде и интегришу се у српско друштво. Такође, унапређују се и штите основна људска права, осигуравају права и интереси деце и спречава се ризик од апатридије.

в) Разматране алтернативе за решавање проблема без доношења акта[7]

Предложене измене и допуне Закона о држављанству Републике Србије не могу се унапредити или развити без доношења закона, јер се питања стицања држављанства и постављање услова за стицање држављанства могу уређивати само законом.

г) Зашто је доношење Закона најбољи начин за решавање уочених проблема?[8]

Као што је напоменуто, предлагач Закона о изменама и допунама Закона је навео да је то део пакета регулаторних промена које уређују боравак и рад странаца у Србији који укључује Закон о изменама и допунама Закона о странцима и Закон о изменама и допунама Закона о запошљавању странаца (који су већ усвојени и чије се одређене норме примењивати од 1. фебруара 2024. године).

Уколико се гледа из угла странаца, може се рећи да измене представљају решење проблема. Међутим, поставља се питање да ли те измене стварају нове проблеме, тј. да ли Европска унија на овако либе-

---

[6] Закон о изменама и допунама Закона, образложење, стр. 5.

[7] Исто.

[8] Исто.

ралан Закон о изменама и допунама Закона гледа благонаклоно, као и да ли ће српским држављанима бити олакшано аплицирање за држављанства у другим земљама применом реципроцитета тамо где постоји интерес.

2. Преглед одредби предлога Закона о изменама и допунама Закона

Члан 1 предложеног Закона о изменама и допунама Закона мења, додавањем новог става у члану 9 Закона, олакшава деци млађој од 18 година, која су стекла држављанство Републике Србије, али су била онемогућена да буду уписана у списак држављана Републике Србије због смрти или лишења родитељског права једног од родитеља који је био држављанин Републике Србије. Наиме, предложеном новом одредбом омогућава се да и родитељ који није држављанин Републике Србије поднесе захтев за упис свог детета у списак држављана Републике Србије и на тај начин оствари везу детета са државом од стране другог родитеља.

Члан 2 предложеног Закона о изменама и допунама Закона мења члан 14 Закона, тако што се мењају услови за пријем у држављанство за странце који имају стално настањење у Републици Србији. Промене укључују могућност пријема странаца старијих од 14 година. Овим изменама укида се и претходна обавеза достављања доказа о отпусту из другог држављанства или доказа да ће лице добити отпуст из другог држављанства уколико буде примљено у српско држављанство.

Члан 3 предложеног Закона о изменама и допунама Закона се мења члан 15 Закона, који дефинише да странци који имају пребивалиште у Републици Србији са важећим привременим боравком најмање годину дана и испуњавају одређене услове, укључујући образовни и професионални статус, могу поднети захтев за добијање држављанства Републике Србије. Такође, и супружник лица које је стекло држављанство на описани начин може тежити држављанству Републике Србије под условом да дâ изјаву да Републику Србију сматра својом државом. Овим се у потпуности мења члан 15 Закона и укида обавеза прибављања доказа о отпусту из страног држављанства.

Члан 4 предложеног Закона о изменама и допунама Закона додаје нови члан 16а после члана 16 Закона, којим се омогућава лицу старијем од 23 године да стекне држављанство Републике Србије ако је бар један родитељ био држављанин Републике Србије и ако је са тим лицем имао

трогодишњи боравак у Републици Србији (с обзиром да до сада није успело да га стекне према важећим законским одредбама).

Члан 5 предложеног Закона о изменама и допунама Закона мења члан 17 Закона, који се односи на странце који су дуги низ година у браку са држављанином Републике Србије тако што се омогућава да такво лице, које је у најмање десет година у таквом браку, може да стекне држављанство само на основу чињенице постојања брака. Измене омогућавају странцу који је у браку са држављанином Републике Србије да стекне држављанство Републике Србије под условом да дâ изјаву да Републику Србију сматра својом државом, чиме се укида претходни услов да му је одобрено стално настањење у нашој држави.

Чланом 6 предложеног Закона о изменама и допунама Закона мења се члан 18 Закона који регулише процес пријема исељеника у држављанство Републике Србије. Овим се прецизира појам потомка исељеника до другог степена сродства у правој линији и поставља услов да исељеник, који је био отпуштен из држављанства Републике Србије, не може поднети захтев за пријем, како би се одржала веза са државом. Поред тога, укида се право брачном супружнику лица које је потомак исељеника да стекне својство држављанина Републике Србије.

Члан 7 предложеног Закона о изменама и допунама Закона мења члан 19 Закона који регулише пријем странаца у држављанство Републике Србије из интереса за државу. Ова измена утврђује да је за ово стицање неопходна сагласност Владе Републике Србије.

Члан 8 предложеног Закона о изменама и допунама Закона мења члан 20 Закона са циљем заштите интереса малолетних лица. Ова измена омогућава да малолетно дете, чији родитељ не допушта или из одређених разлога (на пример, лишен пословне способности) није у могућности да да сагласност за пријем у држављанство Републике Србије, може бити примљено ако је по мишљењу надлежног органа старатељства утврђено да је пријем у држављанство Републике Србије у интересу детета.

Члан 9 предложеног Закона о изменама и допунама Закона мења члан 30 Закона, тако што пружа родитељу или старатељу могућност да поднесе посебан захтев за отпуст малолетног детета из држављанства Републике Србије и суштински се не разликује много од претходног решења.

Члан 10 предложеног Закона о изменама и допунама Закона мења члан 32, став 1 Закона, продужавајући на пет година рок за поништење

решења о отпусту из држављанства Републике Србије у случају да лице није успело да стекне држављанство државе за коју је имало гаранцију.

Члан 11 предложеног Закона о изменама и допунама Закона садржи прелазну одредбу која регулише да ће поступци који су већ покренути бити окончани према новим одредбама тог Закона.

Члан 12 предложеног Закона о изменама и допунама Закона утврђује да ће нове одредбе ступити на снагу осми дан након објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије".

III. Ставови јавности

У јавности је изражена стрепња да би олакшице могле имати и негативне последице; сматра се да би за многа лица српски пасош могао омогућити пролаз до земаља у које тренутно не могу да отпутују.

РТС портал[9] наводи да је г. Богдан Красић, програмски директор организације „Спасимо децу", изјавио да један од потенцијално негативних ефеката измена Закона може бити увођење виза за држављане Србије који нису рођени у земљи. То би, казао је, укључивало и грађане рођене у Црној Гори или Босни и Херцеговини.

Исти текст наводи да ће се ефекти измена додатно истражити, према наводима из ресорног министарства. Из Владе Републике Србије наглашавају да држава и даље задржава право да одбије захтев за пријем, чак и ако су сви услови испуњени.

Даље, за портал *BBC News na srpskom*[10] Јелена Илић, правница из Београдског центра за људска права (БЦЉП) изјавила је „*Отвара се пут да свако, ко жели, може путем промењеног законског оквира добити држављанство на једноставан начин и са минималним боравком у Србији. Овакав приступ далеко је од уобичајене праксе у Европској унији и широм света*". Такође, додала је: „*Када се једном додели држављанство, не може се одузети. Постоји стрепња да би овакав једноставан начин за добијање држављанства могао угрозити безвизни режим Републике Србије са ЕУ.*"

[9] Маја Милић, „Које новине доносе измене Закона о држављанству", https://www.rts.rs/vesti/drustvo/5175720/zakon-drzavljanstvo-izmene.html, стр. 6.

[10] Јована Георгиевски, Србија и држављанство: „Да ли ће пут до српског пасоша постати лакши због нових закона у процедури", https://www.bbc.com/serbian/cyr/srbija-65597066, стр. 6.

IV. Закључак

Када се сагледа околност да Закон о изменама и допунама Закона није усвојен у истом тренутку када и сет закона који се односи на странце, њихов боравак и рад у Републици Србији, може се претпоставити да се, можда под „притиском" Европске уније, одустало од измена Закона.

Чињеница је да предлог Закона о измена и допуна Закона није конзистентан у неким од својих решења. Тако, на пример, према предлогу дозвољава се странцима да, након годину дана привременог боравка, стекну право на држављанство, те да и супружници тих лица могу да стекну право на држављанство; с друге стране, исељеник по пореклу може да стекне право на држављанство, али се то право не даје и супружнику исељеника. Отуда се могу довести у питање и неки од разлога за предложена нова законска решења у предлогу Закона о изменама и допунама Закона.

Sandra Miljanić
attorney at Law in Belgrade

OVERVIEW OF THE DRAFT LAW ON AMENDMENTS TO THE LAW ON THE CITIZENSHIP OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary:

In the presentation of proposed amendments and additions to the Law on Citizenship of the Republic of Serbia, alongside presentation of the motives for changing the said law, we will discuss the changes themselves and their future effects on acquiring the citizenship of the Republic of Serbia. Are the changes a consequence of the war in Ukraine and the influx of a considerable number, primarily Russian citizens as well as Ukrainian citizens who have approved temporary residence in Serbia? Is there justification for amending the Law on Citizenship? Is the state attempting to compensate for the outflow of Serbian citizens who renounce Serbian citizenship to obtain citizenship in another European country, *e.g.,* Austria, through this approach? These are the issues discussed in the article.

Keywords: citizenship, acquisition basics, amendments, motives, conditions.

ПРИКАЗИ

UDK

Проф. др Татјана Јевремовић Петровић
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

КОМЕНТАР ЗАКОНА О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА СА ОДАБРАНОМ СУДСКОМ ПРАКСОМ И РЕГИСТРОМ ПОЈМОВА

Приказ књиге професора емеритуса др Мирка Васиљевића
(издавач ЈП *Службени гласник*, 2023)

У издању Правне библиотеке *Службеног гласника* објављен је нови *Коментар Закона о привредним друштвима са одабраном судском праксом и регистром појмова*. Аутор овог важног дела је академик, професор емеритус др Мирко Васиљевић, професор Правног факултета Универзитета у Београду у пензији. Овим Коментаром он пред нашу правничку, пословну и стручну јавност износи свеобухватно дело из области компанијског права и даје још један свој трајни допринос науци и струци. Обимно дело које је пред нама садржи преко 1.200 страница и прати га регистар најважнијих појмова који у великој мери олакшава сналажење у тексту Коментара, као и самог Закона о привредним друштвима, упућујући на велики број обрађених појмова и института и доводећи их у међусобну везу.

Коментар Закона о привредним друштвима писан је за широку публику. С једне стране, он теоријски и продубљено обрађује основне институте компанијског права пратећи законску систематику и делове,

главе и чланове које садржи овај пропис. Готово сви чланови су детаљно објашњени тако што се, пре свега, упућује на њихово исправно читање, а затим и разумевање. Тамо где је то било важно, опредељена је правна природа одређених појмова и института и дато је њихово свестрано тумачење. Такође се често указује на развој одређених института, њихово раније разумевање и уређење и везу са садашњим њиховим уређењем.

Коментар обилује научним и стручним референцама. Бројна литература која је код нас написана о појединим компанијскоправним темама систематизована је на овај начин према члановима закона, те је лако наћи и даљи путоказ за читање одредби Закона о привредним друштвима. Текст садржи готово две стотине домаћих и преко сто педесет страних библиографских научних референци, чиме аутор пружа прилику свестраног информисања и путоказа у даљем изучавању појединих тема и проблема.

Аутор не само што анализира садржај, смисао и порекло готово сваке одредбе Закона о привредним друштвима, већ их често ставља у упоредноправни контекст и указује на важеће прописе земаља у региону, у Европској унији и САД, што представља драгоцену помоћ у правилном разумевању бројних позитивноправних одредби. Дат је стручан и компетентан осврт на упоредно право и праксу и њихов утицај на компанијско право Републике Србије.

Осим утемељене научне правне анализе, овај Коментар указује на практичне проблеме који прате примену одредаба Закона о привредним друштвима. Где год је то било могуће, аутор даје бројне примере из пословне и нарочито судске праксе. Отуд, особита вредност овог Коментара лежи у навођењу преко 200 судских одлука – пресуда, решења, као и одговора на спорна питања, што га чини незаобилазним извором драгоцених информација свима који примењују Закон о привредним друштвима. Ово је у овом тренутку најпотпунији систематизовани извор судске праксе компанијског права, а чињеница да својим распоредом прати законске одредбе додатно увећава његову вредност и од изузетне је помоћи свима који желе да нађу одговоре на бројне недоумице у примени закона. Управо је текст овог Коментара од посебног значаја свима онима који у примени Закона о привредним друштвима наилазе на бројне недоумице – правосуђу, управи, нотарима, као и привреди и свима другима који се по први пут или изнова сусрећу са комплексним институтима и одредбама Закона о привредним друштвима.

Осим одредби Закона о привредним друштвима Коментар указује на бројне везе овог са другим позитивноправним прописима. Такође,

прати развојни пут одређених института и промене које су се одвиле у односу на раније важеће прописе. Импресиван списак од готово стотину прописа који се помињу у Коментару свакако ће бити од једнаке важности за праксу, судство, али и за науку компанијског права.

Важећи Закон о привредним друштвима одликује, према речима аутора овог Коментара, адекватна нормираност која неће спутавати богатство статусног привредног живота уз одговарајућу институционалну инструментализацију како би се уклонила правна несигурност и правне празнине свеле на најмањи број. То више није закон чији је циљ да упозна пословну и струковну јавност са основним институтима компанијског права, већ стреми вишем степену развоја пословне и уговорне, као и на њој утемељене судске праксе. Аутор у својој уводној речи указује на исправност приступа закона чија је функција и основни циљ јачање правне сигурности у области оснивања, организовања, управљања и статусних промена привредних друштава код нас.

Коментар прати и анализира, према речима његовог аутора, прилагођену меру закона на преко 600 чланова, распоређених у 14 делова. Они у првом делу уређују крађи општи део – основне одредбе, након чега следе одредбе које уређују предузетника, а затим и сваку форму привредног друштва понаособ. Након излагања појединих правила која важе за ортачко, а затим и командитно друштво, следи врло детаљна анализа одредби које се односе на, за нашу праксу најзначајнију – форму друштва са ограниченом одговорношћу. Свеобухватна анализа прати и форму акционарског друштва. Аутор инсистира на добром избору Закона о привредним друштвима да прихвати правне стандарде форми привредних друштава, без већих „оригиналности" и следећи већ дугу традицију успешног и ефикасног постојања и функционисања класичних форми како код нас, тако и у упоредном праву. Након тога, изложени су други комплекснији правни институти заједнички за све правне форме привредних друштава, нарочито стицање и располагање имовином велике вредности, посебна права несагласних акционара, промене правне форме и статусне промене. Након одељка о принудном откупу акција и праву на продају акција врло детаљно и исцрпно су обрађени они чланови закона који се односе на ликвидацију друштва, повезивање привредних друштава и правни положај огранка привредног друштва као и представништва страног привредног друштва. Најзад, изложене су и одредбе које уређују европско друштво, пословна удружења и европску економску интересну групацију. На самом крају, налази се и приказ казнених одредби и прелазних и завршних одредби Закона о привредним друштвима.

Закон о привредним друштвима примењује се већ дуже од једне деценије, али је приметна честа интервенција законодавца у његовим одредбама. И аутор овог Коментара указује на приметну нестабилност регулативе и на могуће негативне последице на правну сигурност. Посебно је наглашена осетљивост и неизвесност у примени појединих одредби Закона о привредним друштвима у нашем окружењу и проблематизована је спремност да се одговори на све изазове које су донела нова решења.

Ипак, изменама су поједини институти осавремењени, унапређени, потпуније дефинисани и уређени, а значајна је и обавеза хармонизације закона са правом Европске уније. То све чини да је Република Србија у одредбама Закона о привредним друштвима прихватила, према речима аутора овог Коментара, европски и транзициони развојни пут. Све ове промене и њихове разлоге лако је пратити уз помоћ Коментара Закона о привредним друштвима, будући да се на њих ажурно и, где год је то важно, нарочито указује. Осим тога, Коментар посебно наглашава које се одредбе Закона о привредним друштвима и даље не примењују, будући да су условљене чланством Републике Србије у ЕУ. Без обзира на то, у доброј мери се објашњава њихов смисао и место у целокупном позитивноправном систему компанијског права.

Имајући у виду да су одредбе Закона о привредним друштвима врло бројне, детаљне, а некада и прилично комплексне, врло је важно њихово добро читање, разумевање и тумачење. Такође је од кључног значаја добро познавање правила у нашој пословној и струковној јавности, како би се обезбедила њихова што више уједначена и добра примена. Управо је тај циљ истакнут као једна од водећих идеја аутора овог Коментара, који жели не само да допринесе бољем разумевању, тумачењу и доброј примени закона, већ и да у том правцу даље охрабри нашу пословну и судску праксу. Сигурно је да ће својим добрим вишедеценијским познавањем материје компанијског права аутор Коментара Закона о привредним друштвима значајно допринети том циљу.

Professor Tatjana Jevremović Petrović, PhD
Full professor at the Faculty of Law of the University of Belgrade

COMMENTARY ON THE LAW ON COMPANIES WITH SELECTED COURT PRACTICE AND REGISTER OF TERMS

Review of book by professor emeritus dr Mirko Vasiljević

UDK

Алекса Шкундрић
мастер правник*

КРИВИЧНО ПРАВО СЈЕДИЊЕНИХ АМЕРИЧКИХ ДРЖАВА

Приказ књиге професора др Милана Шкулића

Сведоци смо да је последњих деценија земље некадашњег Источног блока захватио талас реформи њихових националних кривичних законодавстава. Истина, реформе су нешто више биле усмерене на област кривичног процесног права него на материјално кривично право, али како се крупне (понекад и тектонске) промене кривичног процесног законодавства нужно одражавају и на целокупни кривичноправни систем, јасно је да нећемо погрешити ако кажемо да такве промене условљавају и измењени поглед на кривичноправну област у целини. Притом, у вези са поменутим реформама, присутна је тенденција да се у позитивна национална кривична права (пре свега процесна) све више укључују одређена решења из англоамеричког права (а пре свега из адверзијалног модела кривичног поступка), која су, као таква, новина у континентално-европској традицији.

На горе наведени начин је поступио и српски кривични законодавац. Присутност утицаја англоамеричког права је посебно приметна у систему кривичног поступка садржаном у Законику о кривичном поступку из 2011. године,[1] у којем су поједина темељна традиционална решења попут, примера ради, начела утврђивања истине, потиснута од стране правних транспланата из адверзијалног кривичног поступка. Стога се као логичан корак намеће подробнија теоријска обрада англоамеричког кривичног права, а у циљу што потпунијег разумевања транс-

* Универзитет у Београду – Правни факултет, сарадник у настави.

[1] Законик о кривичном поступку, *Службеник ӣласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

плантираних института од стране домаће правне праксе, као и у одређеном *de lege ferenda* смислу, у погледу неких будућих измена српског кривичног законодавства.

Управо том задатку одговара и нова књига професора др Милана Шкулића, под називом *Кривично право Сједињених Америчких Држава* (у даљем тексту: *Кривично право САД*).[2] Реч је о до сада најобухватнијем системском упоредноправном научном раду на српском језику који се бави проучавањем како материјалног, тако и процесног кривичног права САД, као данас најтипичнијег и најважнијег представника англоамеричког правног круга. Основни метод монографије је упоредноправни, који има две димензије: прва и основна тиче се односа кривичног права САД и кривичног права Србије, док је друга општијег карактера и односи се на релацију кривично право САД (као типичног представника англоамеричке правне традиције) – континентално европско кривично право, оличеног првенствено у кривичном праву Немачке. Поред тога, треба поменути и важност ове монографије за међународно кривично право, и то пре свега у погледу његовог што потпунијег и бољег разумевања у Србији, имајући у виду да се међународно кривично право током свог развоја ипак више ослањало на англоамеричко, него на континентално-европско право.

Сходно наведеном методу, аутор се није ограничио само на излагања института америчког кривичног права и њихову евентуалну догматску обраду, већ је настојао да на кључним местима укаже на одговарајуће сличности и разлике које у погледу појединих решења постоје у наведеним правним системима. Притом, његов стил писања је такав да ова књига није само, како се то обично у широј јавности сматра за дела сличне тематике, „сувопарно правничко штиво". Он се наиме трудио да наведе што више занимљивих примера из америчке судске праксе, што историјских што мање-више актуелних, који ову монографију чине занимљивом и за ширу читалачку публику.

У садржинском смислу, књига прати систематику традиционалну за континентално-европске кривичноправне системе – првих шест поглавља посвећено је општем делу кривичног материјалног права, наредних пет његовом посебном делу, док су у последњих пет садржана излагања о кривичном процесном праву САД. Иако и сам аутор наглашава како наведена подела (пре свега материјалног) кривичног права није типична за само англоамеричко право, он се ипак за њу одлучио имајући у виду да је ова монографија првенствено намењена српским

[2] Књигу је 2023. године издао *ЈП Службени гласник*.

читаоцима, који су навикли на наведену традиционалну поделу кривичног права, те ће им у том смислу бити лакше да прате и схвате излагања о кривичном праву САД.

Прво поглавље књиге представља својеврстан „увод" у кривично право САД, будући да се бави његовим изворима и значајем који за кривично право САД, па и англо-америчко право уопште, има начело законитости. У том смислу, посебно је интересантан део текста који је посвећен разликама у схватању поменутог начела у америчком и европоконтиненталном кривичном праву, где се, као најзначајнија, издваја та да у САД кривичноправна норма не мора нужно бити садржана у извору права који има форму закона, већ и у другим изворима права, те да се, према томе, пре може говорити о начелу „правности", а не о начелу законитости.

Друго поглавље посвећено је општем појму кривичног дела у праву САД. У њему се даје приказ структуре кривичног дела у америчком праву, те се потом указује како, и поред приличних сличности између његовог општег појма у правима САД и Србије, постоје и значајне разлике у том погледу, пре свега на плану кривице као једног од елемената општег појма кривичног дела.

Треће поглавље монографије носи назив „Одређени посебни облици одговорности у кривичном праву САД" и у њему су изложена, за наше право можда и помало необична, америчка правила о објективној кривичној одговорности. У том смислу, објашњава се примена објективне одговорности за деликте често регулаторног карактера у САД, који се према српској градацији и систематизација деликата могу сврстати у прекршаје, те примећује суштинска „објективизација одговорности" за неке прекршаје у српском казненом праву. Такође, у другом делу овог поглавља садржана су излагања о командној одговорности у кривичном праву САД, у оквиру којих је присутна и анализа суђења јапанском генералу Јамашити пред америчким војним судом у контексту развоја овог специфичног облика кривичне одговорности.

У оквиру четвртог поглавља, аутор у суштини обрађује проблематику учествовања у кривичном делу у праву САД, као и област стадијума кривичног дела у америчком праву. Посебно је теоријски интригантна анализа концепције о „јединственом општем/учиниоцу", која представља „савремени амерички приступ", прихваћен у многим државама САД, посебно када је реч о одговорности за најтежа кривична дела.

Пето поглавље посвећено је тзв. одбранама (*defenses*). Реч је о основима који, уколико постоје у конкретном случају, искључују постојање односног кривичног дела, било зато што искључују противправност,

било због тога што искључују кривицу, или пак представљају одређене сметње за вођење кривичног поступка трајног карактера. У том погледу, нарочито су занимљива излагања о значају алибија, као специфичне „одбране" у праву САД којем, по речима самог аутора, у српској теорији није посвећено довољно пажње.

Имајући у виду да је реч о поглављу којим Шкулић завршава излагања о општем делу материјалног кривичног права САД, природна је усмереност шестог поглавља на тамошњи систем кривичних санкција. Казна доживотног затвора, прописана за најтежа кривична дела у већини држава САД, у неким државама је супститут смртној казни, док је у државама које познају смртну казну, алтернатива смртној казни. Аутор такође објашњава примену система кумулације приликом изрицања јединствене казне у случају одмеравања казне за кривична дела учињена у стицају у већини држава САД и најчешће непостојање правила која се односе на случајеве привидног идеалног стицаја. Осим доктринарног значаја, велику практичну вредност имају и објашњења два института у домену одмеравања казне у кривичном праву САД, поникла у САД: 1. нормативне смернице за изрицање казне (*sentencing guidelines*) чија се суштина, како наглашава аутор, своди на „бодовно одмеравање казне", шаблонски карактер одлучивања о кривичној санкцији и особен начин „везивања руку судијама", а све у циљу извесности у кажњавању, уједначавања праксе у сличним ситуацијама и 2. концепција „три ударца", реализована у „законима о 'три ударца'", а заснована на идеји пооштреног кажњавања и реаговања на вишеструки повратак ако су испуњени услови у погледу природе кривичног дела и тежине кривице и постојање рецидивизма.[3]

У седмом, осмом, деветом, десетом и једанаестом поглављу књиге садржана је анализа појединих инкриминација у кривичном праву САД. Ради се о кривичним делима против личности (у која спадају и сексуални деликти), кривичним делима против имовине, као и о неким другим кривичним делима, попут пиратерије и кривоклетства (давања лажног исказа). Посебно бисмо издвојили заиста исцрпну обраду кривичних дела против полне слободе, у погледу којих аутор запажа да између

[3] Шкулић уз то наглашава да су смернице за изрицање кривичне санкције ипак добиле факултативни и „консултативни карактер" на темељу одлуке Врховног суда САД, те да је посебан закон који је увео овај систем у Македонију укинуо Уставни суд ове земље као неуставан, као и да је концепција „три ударца" управо у САД од стране америчке кривичноправне доктрине и дела праксе била темељно критикована – она није довела до очекиваног ефекта, односно није постигла значајнији успех у делотворном сузбијању криминалитета.

законодавстава појединих држава САД постоје бројне сличности, али и „неке прилично велике разлике" у дефинисању ових кривичних дела, те тренд да се у формалном смислу напушта појам „силовање", уместо којег се првенствено користи израз „сексуални напад", на известан начин модернији термин, чијим обликом се сматра силовање. Сексуални напад обухвата нападе различите тежине/озбиљности. Такође, велики доктринарни значај може се приписати посматрању сексуалних кривичних дела у ужем и ширем смислу и њиховој класификацији, издвајању објективног елемента (actus reus) и субјективног елемента (*mens rea*) ових кривичних дела, као и основних и типичних одбрана када је реч о овим кривичним делима.

Последњи део монографије посвећен је кривичном процесном праву САД. Дванаесто поглавље бави се пореклом, изворима и основним карактеристикама кривичног поступка у САД, као школског примера адверзијалне кривичне процедуре. Међутим, и поред прецизне обраде свих елемената који амерички кривични поступак чине практично синонимом за адверзијални, Шкулић исправно примећује да у кривичној процедури САД постоје и веома значајни тзв. квазиинквизиторски елементи (пре свега у раним фазама поступка), који у доброј мери дезавуишу и релативизују адверзијални карактер ове „типично адверзијалне кривичне процедуре", те чак стварају реалне могућности за осуду невиних људи.

Тринаесто поглавље садржи обраду основних доказних правила у кривичном поступку САД. С тим у вези, посебно нам се чини важним, а пре свега у вези са својеврсним „протеривањем" начела утврђивања истине из српског позитивног кривичног поступка, излагање о значају и дометима истине у америчком кривичном поступку, те ауторов закључак да чак и кривични поступак САД, као типичан представник адверзијалне кривичнопроцесне традиције, на одређени начин познаје начело истине.

У оквиру четрнаестог поглавља, аутор анализира могућност употребе полиграфа и других „детектора лажи" (попут електроенцефалографа) у САД, где је посебно занимљиво излагање о историјату полиграфа у САД.

Петнаесто поглавље аутор је посветио мерама за обезбеђење присуства окривљеног у кривичном поступку САД, са посебним освртом на меру јемства, која се у тамошњем кривичном процесном праву веома често примењује као супституит притвору.

Коначно, шеснаесто је поглавље посвећено најпре основним процесним субјектима, а затим и обради тока кривичног поступка у САД,

уз посебно истицање одређених типично адверзијалних елемената, попут поротног суђења и слично.

Из овог кратког осврта на садржину монографије *Кривично право САД* још једном можемо видети колики је њен значај за српску кривичноправну науку. Упоредноправним методом обухваћене су најважније норме и институти кривичног права САД, како материјалног, тако и процесног. Притом, као што смо видели, аутор се није устручавао ни да на појединим местима, где је то било неопходно, и са критичким ставом наступи према одређеним решењима америчког кривичног права. Ово последње је од посебног значаја, имајући у виду тенденцију уређивања, пре свега српског кривичног процесног права, по узору на кривично право САД. Наиме, како бисмо евентуално могли да из упоредног права „проберемо" решења која би могла добро функционисати и код нас, неопходно је да се најпре упознамо како са њиховим добрим, тако и са њиховим лошим странама. Управо је у томе можда и највећа вредност ове књиге.

Aleksa Škundrić
master lawyer,
teaching associate, Faculty of Law, University of Belgrade

CRIMINAL LAW OF THE UNITED STATES OF AMERICA

Review of Textbook by professor dr Milan Škulić

UDK

Владимир П. Миљевић
адвокат из Београда

НАША ПРОФЕСИЈА

Једноставан наслов, а сложени одговори. Тако бисмо у неколико речи могли да опишемо запажен рад **др Михаила С. Полићевића** који је објављен у Браничу бр. 9 за 1901. годину. Поред кратког осврта на историју адвокатуре и описа стања у тадашњој Србији, аутор је понудио одговоре о положају адвокатуре у друштву и проблемима са којима се наша професија суочавала кроз историју.

Занимљиво је и поучно подсетити како је Наполеон размишљао о адвокатури у земљи велике адвокатске традиције, и то 1810. године, само пола века пре доношења Закона о правозаступницима у Србији: *„... желео бих да се може одсећи језик сваком адвокату који се њиме служи против моје владе.*" Не памтимо да је у Србији било тако оштро изречених речи на рачун наше професије. Очигледно је да се цивилизацијске разлике између народа брзо померају, и то, каткада, посматрано само кроз неколико деценија.

* * *

На наредним страницама преносимо оригинални текст др Михаила С. Полићевића под насловом „Наша професија", који је објављен у „Браничу" број 9, 1901. године.

[Чланак је преузет са сајта Универзитетске библиотеке „Светозар Марковић", Београд (http://ubsm.bg.ac.rs/latinica/zbirka/novina/branic-1887-1941), где су сабрана издања часописа „Бранич" од 1887. до 1941. године.]

БРАНИЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРЖАВНЕ НАУКЕ

ИЗЛАЗИ ЈЕДАМПУТ МЕСЕЧНО

ОРГАН УДРУЖЕЊА ЈАВНИХ ПРАВОЗАСТУПНИКА У СРБИЈИ

УРЕДНИК

др. Мих. С. Поликевић

ГОДИНА VIII

У БЕОГРАДУ — СЕПТЕМБАР — 1901 ГОДИНЕ

Број 9

БЕОГРАД

ДРЖАВНА ШТАМПАРИЈА КРАЉЕВИНЕ СРБИЈЕ

1901

НАША ПРОФЕСИЈА

На установама једне земље почива њена слава, величина, сила и трајашност. Без тих установа нема за народ у земљи ни реда ни моралности; оно што зову унутрашњом политиком, то је само пуста празна реч без значаја, јер она не почива ни на каквој солидној основи; или да би се боље изразио: она је један чинилац свију рђавих страсти јавних и приватних, и животарећи с дана на дан, она има једино свој утицај на појединa лица и утиче на њих својом поквареношћу и интригама. Ако се искрено жели да организација једне земље напредује, и да стално корача напретку, онда јој се морају дати све установе у којима она оскудева.

Извршење овога задатка не припада само мудрости и патриотизму једне владе, која представља укупне интересе народне, оно тражи тежњу и оданост свију грађана нарочито оних којих установе нарочито морају бити уређене.

У првим почетцима нашега државног живота могли су се оправдавати разни поступци; али у познијим деценијама што се чинило потресло је у основи правни државни организам, довело се све у сумњу, па чак и дух основних наших установа нашега политичког живота. Напади су чињени такви да су се злоупотребе мешале са државним разлогом; давало им се у помоћ и перфидно оружје, а то је све учинило да се довело све у питање, па и основна начела о држави; није никакво чудо, да се озбиљан посматралац данас пита, којима се средствима могу уништити илузије скептицизма, како се може учинити напредак на боље, да би се дошло до поставке, да се наш државни живот стави на сталнију основу. Нема места ни чуђењу што је кукавичлук произвео толико спорних питања, која су заморила све оне, који

су се носили мишљу о нашем напретку, што је код ових изазвало тежњу ка повучености, а ово је једно од највећих зала, кад се у једном друштву јави, и оно их у корен подгриза и руши.

У природи је човековој да истражује себи бољу угодност и бољу будућност, да осигурава свуда где се може надати, да ће је наћи. Његова оданост, пожртвовање и самопрегоревање вуче га нема сумње на прегнуће свију подвига и сфера, да би достигао свој циљ; али ако узалудно исцрпе и ослаби истражујући је, ако је не буде нашао, у овој заједници интереса, што му их пружа модерна држава и образованост и износи у ружичастим бојама као часност, ред и заштиту, што мора да огарантује његове посебне интересе, то га све одмах узбуњује, узнемирава и потпуно га повлачи са поља рада; његова се жудња природе зауставља; онда он неће да чини трансакцију и кораке на даље већ гледа на последице добро срачуњене унапредак. Човек потпада под режим очајан индивидуалне спекулације.

Код нас је на првом месту потребно да се подигну идеје о правном моралу, да се сталност поврати а сам политички морал да се постави на што ширу основицу. После нашег искуства из прошлости требало би да се њиме користимо, и потреба која се данас живо осећа требала би да буде задовољена у оснивању установа, које би одговарале општим и посебним интересима, у којима би се могли обухватити сви услови правилног живота и ставити их под сенку закона, који би почивали на сталним одредбама правде. А где би се могла наћи заштита за сва ова друштва, па ма какав им циљ био? У реду и строгој правичности. Само они могу штитити, подстицати осећања части, без које људи само могу животарити, да би доцније пропали мало по мало у очајању и беди.

Између најзначајнијих удружења држим да ми је допуштено да ставим у тај ред нашу адвокатску професију, а мени је намера да се овде њоме и позабавим.

Код нас је већ постала прека потреба да се свестрано проговори о овоме нашем реду, о улози његовој коју треба да узме у нашем друштву, о користима које цело друштво треба да има од адвокатскога реда, а ово се само може очекивати од овога реда, ако му се до-

пусти да оснује свој независан ред, јер ова професија није ни јавна функција ни повластица.

Ми ћемо ма и у најкраћим потезима морати почети из почетка да говоримо о овоме нашем реду, што неће нимало некорисно бити, јер оно што је познато о нашем реду у целом образованом свету, то се код нас не зна, јер да се то зна, онда како би се могли објаснити они дивљи напади на адвокатски ред. Незнање је мати свију порока, а отуда се порађају и сва зла.

Да би илустровао овај напад, који је извршио код нас г. Ђ. Стефановић као бив. министар правде, ја ћу се послужити једним историјским податком из XVI века, из историје адвокатског реда у Француској, који је ипак много блажи од напада г. Стефановићевог, јер је овај у Француској остао само у покушају, док г. Стефановић извршио га је до краја.

Под владом Хенриха III један његов великодостојник по имену Сили жалио се краљу, да му је његов адвокат, у неком спору што га је имао, наплатио у име хонорара свог 1500 талира, и тражио је да се ограничи сума хонорара коју адвокат може узети с тим, да је адвокат дужан да да̑ и писмену квиту о наплати. Краљ изда наредбу у овоме смислу, али париско удружење адвокатско не хтедне извршивати ову наредбу, и сви адвокати обуставе сваки рад и поднесу оставке на своја звања. Ово је трајало непуна два месеца и краљ Хенрих III врати све адвокате на своја звања, *с тим да раде како су радили и од ире.*

Ја држим да не треба после овога да коментаришем овај поступак г. Стефановића и његово правно знање о високом позиву адвокатског реда, довољно је то што се г. Стефановић сам својим нападом ставља у XVI век, и то не као правник него као прост бирократа, јер би била увреда за правништво XVI века да га сведемо на овај ниво.

Од како историја познаје наш ред, он је био увек високо цењен. Наша професија захтева врло мучну, озбиљну и многоструку спрему, и зато сваки онај од нас који се истински посвети њој, мора да уложи мучан труд, озбиљну студију, да би с успехом могао вршити ову професију.

Још је Цицерон рекао да адвокат мора бити универсалан: Oratorem plenum atque perfectum cum esse di-

cam, qui de omnibus rebus possit varie, copioseque dicere; is orator erit, mea sententia, qui, qu'œcumque res inciderit, prudenter et composite et orante et memoriter dicat итд. (De Oratore).

Овим речима Цицероновим може се данас додати, да научност и подобност осигурава и уздиже његов реноме, он светли својом врлином и својом племенитошћу својих осећаја, чистотом свога понашања и својих обичаја и часним својим радом. Адвокат је речит и диван сам по својој души, вршећи достојно своју дужност. — Quid leges sine moribus, vanae proficiunt?

Но и природан дар говорништва игра своју значајну улогу, и зато би било тешко узети буквално речи чувеног француског правника и адвоката Паскија, и ако је његов ауторитет знатан и велики, на месту где он вели: „У главном ја тражим да мој адвокат има са свим противно оном, што тражи Цицерон, да је на првом месту речит, а по томе, да има и нешто правног знања. Јер ја кажем са свим томе обрнуто, да адвокат треба да буде нарочито добар зналац права, и у практици средње говорничке подобности, више дијалектичар, но реторичар, и више човек од посла и расуђивања но велики говорник.

Адвокатска је професија постојала много раније но сама ова титула. Појмљиво је, да је код свију образованих народа, где је правда организована морало се наћи и просвећених, поштених и великодушних људи, који су помагали својим саветима, својом речитошћу онима, који нису били подобни и кадри да се руководе и сами бране.

Не говорећи за праисторијска времена Калдејаца, Персијанаца и Египћана нема разлога сумњати да су и ови народи, чија је философија била мудра и прослављена, имали такође своју правду па следствено ма под каквим било именом и свој ред адвокатски, који је нераздвојан од свакога судства.

Али у то време говорнички дар није ни у колико био вештина; он је потицао инстинктивно из природне речитости.

Атина је била прва школа за то, као што је била и за уметност и моралне науке. И ту су се у истој колевци одневали један поред другог и славни научници, и племенити вештаци, и чувени ратници, и велики државници, и прослављени говорници: Изократи, Лицијаси,

Ејпени, Демостени и Периклеси. Прописујући бесмртне законе, који су подигли њихову отаџбину на један тако висок степен славе; Солон није каснио да пропише одредбе о дисциплини адвокатског реда; а ова правила лако је разумети, да су била на висини самог законодавства, и судијâ којима је била дужност да их примењују. Код једнога оваког народа у пола боговског и све њихове установе морале су бити позајмљене од њихове величине.

Дужност говорника није била само у томе да бране имање, част и живот грађана; они су били позвани према природи управе у земљи, да расправљају спорна питања у суду и Ареопагу, сва политичка питања и најзаплетеније и најозбиљније интересе своје земље.

У Риму ова професија није била ни мање сјајна, ни мање часна, ни мање озбиљна. Ми знамо да је Рим, господар света, стварао своје законе према законима Грчке. И тако се отпочело са одбраном грађења и створила се посебна установа код римског народа, установа адвокатског реда, која је за доба Републике цветала онако исто као негда у Грчкој и постала је једна пространа позорница за речитост. Ту су се расправљала сва политичка питања, давале се одбране по кривицама, заступали се народни интереси, а све је то било у рукама говорника — правника; адвокатски ред постао је онај, из кога су људи излазили и пели се на највећа достојанства Републике. Хортенсије, Катон и Цицерон, Демостени римски, постали су славни и чувени. А Помпеј и Цезар изашли су такође из овог реда и за тим се прославили као војсковође.

Под Царством ова је професија претрпела измене. Правници овога доба посветили су ипак своје знање одбрани својих грађана и заузимали су висока места у судству, а ми њима и данас дугујемо за право које су они обрадили, и које и данас служи као основица модерном праву. Из њиховога реда изашао је славни Папиније који је умро мученичком смрћу, што се није хтео примити по налогу царевом да брани ону кривицу коју је сам цар извршио.

За време Тацита постао је и назив нашег реда, и дотадашњи разни називи, говорник, ретор, патрон, декламатор и правозналац све се то слило у једно име — адвокат.

Први је Јустинијан био да је наш ред назвао именом *ред*. Његова независност била је скучивана са општим опадањем, али су његове одредбе биле поштоване. За ово ми налазимо несумњивих доказа у закону цара Леона и Антелијуса који се изражавају овако:

»Адвокати су за интересе опште и посебне, да расправљају тешка и замршена питања, посвећују се роду људском и притичу у помоћ излажући свој живот опасностима у борби за спас отаџбине. Они олакшавају беде, окуражавају своје изнемогле и клонуле клијенте, измучене дугим кињењем. Они подижу оне што су пали и изнемогли, који стењу и цвиле под притиском. Они потпомажу силом своје речитости оне, који подлегаху под извештаченом шиканом и клеветом. Они не ратују, они се не боре у нашем царству с мачем и секиром, адвокати воде борбу са узвишеним талентом своје речитости, а ово племенито уверење даје и често подиже надања која су се гасила, они бране имање, живот, част, што је драгоценије но све остало.« (St. Augustin).

Ето таква је била професија адвокатска у Атини и у Риму, независна и слободна од сваког облика.

Ред адвокатски није био по примеру осталих друштава организован, он се управљао искључиво по својим обичајима, који су стекли силу закона.

У Француској није остао никакав спомен нити предање који би говорили о адвокатском реду све до VIII века. Од Карла Великог па до Луја Светог нема никаквих историјских трагова. Св. Луји поставио је прву основицу о адвокатском реду. Њега су сачињавали чланови краљевог савета са неколико признатих правника. Чудно је да се и свештенство бавило адвокатским пословима до друге половине XII века.

У доцнијем току времена ми налазимо у Француској да се образују готово свуда слободна друштва од правника и говорника, који су се удруживали не имајући за разлог никакав други но онај који је потицао из рада и сродности њихове природе. Увек се адвокатски ред сматрао као легално тело, што су му и сви парламенти признавали.

»Адвокати, вели Агнесо, не сачињавају никакво тело или друштво, које би то име заслуживало, они су везани између себе само вршењем једне и исте дужности; то су више лица намењених да бране парничне

стране, но што су чланови једнога и истог тела, ако се ово узме у најстрожем смислу те речи. Име професија или ред изазива бољи услов и стање адвоката; и ако има нека врста дисциплине између њих због части и угледа овог реда, она је само дејство вољног споразума, а не дело јавне власти, оно што би имало да их разликује то су праведно стечене личне одлике њиховог талента и њихове подобности, а не да би то постављено било у наредбама, то су прерогативе везане уз професију коју они врше, а не добивене привилегије од краља једном телу или једном удружењу; и они их уживају ако би говорили језиком тумача права, non ut universi, sed ut singuli.«

Једини акт који је служио и по коме би се могло утврдити постојање овог реда, то је била листа чланова која се с почетка звала списак — rôle (rotulus) а за тим Tableau.

Ред је овај налазио за потребно да наименује себи представника, али не и шефа. У прво време био је најстарији члан (doyen) по реду у листи. За тим пошто је овај бивао врло често спречаван и због његове старости нашли су за потребно да путем избора именују Batonnier. Ово наименовање дали су председнику реда с тога што је његовој титули придавана част да носи — le bâton — палицу при свечаностима друштвеним о св. Николи, као адвокатском патрону и заштитнику.

Француска Револуција рушећи све у основу срушила је и адвокатски ред 2 септембра 1790 и готово сви адвокати напустили су своју професију. Члан 2. овог декрета гласи: „Људи од закона, који су се до сад звали адвокати, унапред неће сачињавати ни ред ни корпорацију, неће имати никакав засебан костим при вршењу своје дужности.«

Наполеон није никако хтео обновити овај ред у почетку своје владавине, ма да је увео костим који је Револуција забранила носити. Но доцније је то учинио са извесним ограничењима. Интересно је да наведем речи Наполеонове, кад је 1810 Камбосијери био спремио један декрет о увођењу овога реда, за које Дипен чувени адвокат јемчи да су аутентичне: „овај је декрет бесмислица, он не даје никакве закачке, никакве акције против њих (адвоката). То су препредењаци у кривицама и издајствима; све дотле докле носим мач о бе-

дрима, нећу потписати тај декрет; желео бих да се може одсећи језик сваком адвокату који се њиме служи против моје владе.“

Доцније је Наполеон променио своје мишљење, основао овај ред. Под Рестаурацијом дошла је одредба од 1822, а и данас није професија адвокатска јавна функција ни повластица, јер адвокат не прима своје постављење од представника владе, а професија је слободна за све оне који испуне услове о свршеним правним наукама и уписом у адвокатски ред. Она је отворена свима без ограничења броја, а странке се могу и саме на суду бранити са извесним ограничењем у интересу самих странака правде и слободе.

Данас је позив адвоката онај исти што је некад био у Атини и Риму. Јавност суђења то вам је гарантија за личну слободу. Слобода штампе као основни принцип уставне владе гарантује слободу исказивања мисли, а судови су позвани да суде сва питања политичкога и друштвеног реда. Све ово утиче на развиће вештине говорништва, а развиће трговине, индустрије, политичке економије, модерних наука дале су грађанским пословима велики значај. Због свега овог обавезе су адвоката порасле за што јачу његову спрему, а позив његове професије проширен је и увеличан. Сви ми морамо имати за нашу професију ватрену љубав и истинску преданост, што се мене тиче ја је држим за једну од најзначајнијих, коју један грађанин може вршити. Одати се свом преданошћу овако племенитом задатку, ми се појединце нигде не можемо трајно борити, без наше установе, за то нам дају доказа примери из историје нашега реда из којих су излазили највећи људи свога доба.

Ми морамо знати да ма какве биле личне особине нас сваког понаособ, оне кад су у скупу имају већу вредност услед њихове удружености; онај који се истакне између нас треба да зна да ће бити почаствован и од нас самих.

Да бисмо могли уздигнути нашу професију на узвишено место части, племенитости и независности, која је неминовно потребна за часно вршење наше мучне и тешке професије, ми се морамо трудити, да би овај циљ постигли, да оснујемо наш ред, а сву нашу љубав за професију нашу уложити. Еразмо је рекао: „Љубите вашу професију, ако хоћете да успете, то је савет јед-

нога вашег друга.« Додајмо овоме, ако хоћете да уживате плодове вашег рада. Ово су наше жеље у интересу општега нашег реда. Ја ћу се сетити овде речи Лоазела племенитог Француза — адвоката, кад је већ било врло много адвоката: »Il y a place pour tous au barreau.«

Сагласношћу у нашим начелима и у нашем раду, ми ћемо моћи задобити и очувати наше поштовање у погледу наших судова. Поштујући их наши односи не губе ништа од своје независности, а пошта према правди добија. Ми поимамо и схваћамо да ће таленат знати сам по себи да прибави и себи и судији поштовање, али ми се не бавимо овде о личностима већ говоримо о самој нашој установи. Што ми тражимо то је да прерогативе нашег реда постану независне за нас, да ми имамо нашу унутрашњу власт искључну. Само слободан човек може вршити ову професију како ваља и како му његов позив налаже, немати никаквих препрека што друге људе спутавају, бити довољно поносан и не тражити заштитника, гордо презирати и не тражити заштите, не бити ни слуга ни господар, то је човек с достојанством својим какав треба да буде независан адвокат.

Нама не треба нимало да буде стало шта ће да мисле о нама пакосне и завидне душе, које су увек готове да окрену и исмеју најбоље намере, нама је потребно да нас позна онај свет који искрено мисли о нама те да о нама суди. Ми нећемо овде улазити у расправу тога, јер би ту наше самољубље могло играти претешку улогу. Наше поље рада тражи све више пожртвовања и самопрегоревања, знања, некористољубивости, храбрости, части и независности. Жртвовати себе и све своје силе на добро других, предати се дугом и заморном проучавању, изналазећи многе нејасности које постоје у нашим законима, а Монтески је рекао истину, да судови не могу бити без знања и талента адвокатскога; постати речит да би извојевао слободу за потлачену невиност, сматрати за срећу кад се може пружити рукопомоћ сиромасима и њу као награду сматрати, а примати награду од моћних и силних; тражити прве по дужности, а ове друге за награду, то су праве црте адвокатскога карактера.

Да бих изнео колико је ова професија похвална, држао сам да се то само може учинити излажући јој њене

особине и својства које она тражи и дужности које налаже. Развиће ових својстава, узвишеност дужности, то су по нашем схватању праведне мере оцене што јој се дугује.

Ми можемо увек рећи за нашу професију и поносити се што је тако моћна по срцу и мудрости, и ми имајући дубока поштовања и осећања према нашој дужности, треба да их вршимо са ревношћу, а само тиме примораћемо свакога да нам ода заслужну правду, коју ће нам прво одати наша савест. Animus facit nobilem.

Др. Мих. С. Полићевић

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Уређивачки одобр часописа „Бранич" моли своје сараднике да текстове за објављивање достављају уважавајући следеће напомене:

I. Текстови не би требало да буду дужи од 16 страница. Страница треба да има 28 редова са око 66 словних знакова у реду, односно укупно око 29.500 знакова, фонт *Times New Roman* 12 pt.

1. Текст треба да буде писан на српском језику, ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (коса слова, *Italik*).

2. Текст треба да садржи резиме (сажетак) испод наслова, са основним садржајем и резултатима рада, као и кључне речи (не више од 7 речи) на српском језику, а на крају такође резиме на једном од светских језика, са кључним речима на том језику. Резиме на српском и резиме на страном језику не треба да буду дужи од 20 редова.

3. **Наслов рада** пише се на средини, великим словима (фонт 14). **Наслови унутар рада** треба да имају следећи формат:

- *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (на пример, I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- *Други ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (на пример: 1, 2, 3. итд.); прво слово велико, а остала мала.
- *Трећи ниво наслова* – на средини, курзив; нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом [на пример: а), б), в), итд.]; прво слово велико, а остала мала.
- *Четврти ниво наслова*: на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом [на пример: 1), 2), 3), итд.]; прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I. Напомене о ...

1. Основне поставке ...

а) Основни појмови ...

1) Терминологија ...

4. Име, презиме, академска титула и занимање аутора наводе се у левом углу прве странице изнад наслова; у пропратној фусноти, која се означава звездицом, наводи се организација у којој је аутор запослен и звање аутора. У пропратној фусноти треба написати и *e-mail* адресу аутора.

5. Рад се предаје у електронском облику. Уз рад треба доставити поштанску адресу аутора, електронску адресу и телефон за контакт.

6. Уређивачки одбор задржава право да рад прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског језика (односно страног језика на ком је сачињен сажетак рада).

7. Објављени и необјављени радови се не враћају.

II. Правила цитирања:

1) **Књиге** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране (без додатака попут стр., ст. и сл.); уколико се наводи име издавача, пише се пре места издања.

Примери:
Марко Марковић, *Право …*, 2. издање, Београд, 2017, 101.
John Johnson, *Law on …*, 2nd edition, London, 2016, 101.

Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена раздвајају се запетом.

Књига коју је неко лице приредило као уредник цитира се тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник”, односно одговарајућа ознака на језику на коме је књига објављена.

Код поновљеног цитата књиге наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Марковић, 102.

Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања наводи се прво слово имена са тачком и презиме, а потом се у загради ставља година издања, те број стране.

Пример: М. Марковић (2010), 202.

2) **Чланци** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број, година издања, број стране:

Примери:

Марко Марковић, „О неким питањима ...", *Бранич*, бр. 3–4/2013, 69.

John Johnson, „Legal aspects of ....", *Law Journal of ...*, Vol. 3, 2017, 101.

Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају запетом.

Чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, цитира се на следећи начин: име и презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова односно књиге курзивом, у загради ознака „уредник", „редактор" и сл. (или одговарајућа ознака на страном језику – „editor" и сл.), име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена аутора са тачком и презиме, а потом број стране.

Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком, презиме, потом се у заграду ставља година издања, те број стране.

3) **Прописи** се цитирају на следећи начин: пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница „чл.", „ст.", „тач." и број одредбе.

Пример: Закон о ..., *Службени гласник РС*, бр. 11/2017, 10/2018, чл. 15 ст. 2

Ако ће наведени пропис бити поново цитиран у раду, приликом првог цитирања се, после назива прописа, наводи скраћеница под којом ће се он даље наводити.

Пример: Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени лист РС,* ...

Члан, став и тачка прописа означавају се скраћеницама: „чл.", „ст.", „тач.", а параграф скраћеницом „пар.".

Прописи на страном језику цитирају се на следећи начин: пун назив прописа преведен на српски језик, година доношења односно објављивања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којим ће се пропис даље наводити, затворена заграда, скраћеница „чл.", „ст.", „тач." или „пар." и број одредбе.

4) **Извори са Интернета** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора односно организације која је припремила, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса Интернет странице курзивом, датум приступа страници, те број стране.
Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора односно назив организација која је припремила текст, назив текста и број стране.

5) Уколико се цитира податак са исте стране из истог дела као и у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница *Ibidem*, курзивом, с тачком на крају (или реч *Исто*).

Пример: *Ibid.* (или: *Исто.*)
Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али су различите стране, користи се латинична скраћеница *Ibid.* (или реч *Исто*), наводи се број стране и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 21. (или: *Исто*, 21.)

6) Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после које следи тачка. Уколико се цитира текст са више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву наведену страну наводи се „и даље" с тачком на крају.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
347.9

БРАНИЧ : часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије = Branič : Journal of Legal Theory and Practice of the Bar Association of Serbia / главни и одговорни уредник Мирослав Пауновић. – Н.с., год. 1, бр. 1 (јан.–март 1991)– . – Београд : Адвокатска комора Србије, 1991– (Београд : Службени гласник). – 24 cm

Тромесечно.
ISSN 0353–9644 = Бранич (1991)
COBISS.SR-ID 20883970