

ГЛАСНИК ПРАВА

Година VIII, бр. 1, 2017.

САДРЖАЈ

НАУЧНИ РАДОВИ

1. Синиша Варга, КОРИШЋЕЊЕ ЖИГА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ НА ПРЕВАРАН НАЧИН (стр. 3-17)
2. Драган Златовић, НЕКОНВЕНЦИОНАЛНИ ЖИГОВИ У СВЈЕТЛУ НОВЕ ЕУРОПСКЕ РЕГУЛАТИВЕ И ПРАКСЕ (стр. 19-39)
3. Вељко Турањанин, ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ И ПРАВНА ПРИРОДА СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА (стр. 41-62)
4. Драгана Спасић, САВРЕМЕНИ МОДЕЛИ УСЛОВНЕ ОСУДЕ У УПОРЕДНОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ (стр. 63-75)

СТРУЧНИ РАДОВИ

1. Драгољуб Рељић, СВРХА И ПРЕВЕНТИВНИ ЗНАЧАЈ КАЗНЕНИХ ОДРЕДБИ ПО ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ (стр. 79-87)

HERALD OF LAW

Year VIII, No. 1, 2017.

CONTENS

SCIENTIFIC PAPERS

1. Siniša Varga, THE FRAUDULENT USE OF THE EUROPEAN UNION TRADEMARK (pp. 3-17)
2. Dragan Zlatović, NON – CONVENTIONAL TRADEMARKS IN THE LIGHT OF NEW EUROPEAN REGULATORY RULES AND CASE LAW (pp. 19-39)
3. Veljko Turanjanin, CONCEPTUAL DEFINITION AND LEGAL NATURE OF PLEA BARGAINING (pp. 41-62)
4. Dragana Spasić, MODERN FORMS OF SUSPENDED SENTENCE IN COMPARATIVE CRIMINAL LEGISLATION (pp. 63-75)

PROFESSIONAL PAPERS

1. Dragoljub Reljić, PURPOSE AND IMPORTANCE OF PREVENTIVE CRIMINAL PROVISIONS UNDER THE PROTECTION AGAINST DOMESTIC VIOLENCE REPUBLIC OF SRPSKA (pp. 79-87)

НАУЧНИ РАДОВИ

Др Синиша Варга*

Прегледни научни чланак
УДК: 347.772(4-672EU)

КОРИШЋЕЊЕ ЖИГА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ НА ПРЕВАРАН НАЧИН**

Рад примљен: 21. 08. 2017.

Рад исправљен: 01. 09. 2017.

Рад прихваћен за објављивање: 15. 09. 2017.

Жиг Европске уније признаје се на рок од десет година, рачунајући од утврђеног датума подношења пријаве. Важење жига може се, после истека десетогодишњег рока за који је жиг иницијално признат, обнављати у интервалима истог трајања на захтев титулара права или од њега овлашћеног лица и уз уплату административне таксе. У противном жиг престаје. Жиг може престати и у другим случајевима као што су: одрицање од права, поништај или опозив (укидање) жига. Жиг Европске уније може бити опозван (укинут) по три основа и то: ако се без оправданог разлога не користи, ако постане генеричан и ако се користи на преваран начин. У случају коришћења жига на преваран начин, услов за престанак жига је испуњен ако се услед коришћења жига од стране титулара права или уз његову сагласност у односу на робе и услуге за чије је обележавање жиг регистрован, јавност доведе у заблуду, а нарочито у погледу: врсте, квалитета или географског порекла тих роба или услуга.

Кључне речи: право жига, Европска унија, преварно коришћење жига, престанак жига.

I УВОД

Превара је изразито опасна друштвена појава јер се њоме нарушава поверење у људе, а оно је неопходно за ваљано функционисање друштва.¹

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, e-mail: svarga@jura.kg.ac.rs

** Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније.*

¹ Додуше, можда би се за њу могло рећи да је корисна онда кад су жртве преваре похлепни људи.

У условима непрекидне потребе за предузимањем активности на обезбеђењу од преваре, услед високог степена несигурности, знатно би се успорила и на друге начине отежала, а понекад и онемогућила, интеракција међу људима. Стога је превара још одавно препозната као негативна појава, и као таква се нашла међу Божјим заповестима, те постала предмет осуда и претњи паклом и другим непријатностима по душу преваранта. Пошто то није било довољно, превара је санкционисана и као кривично дело, а у римском праву и као грађанскоправни деликт, за који је претор предвидео тужбу: *actio doli*.² И поред тога, превара је данас веома распрострањена појава у бројним областима друштвеног живота са изразито штетним материјалним и нематеријалним последицама. Стање је такво да би одговарајући формат за научну обраду свих видова преваре била монографија, и то не у једном тому, а што далеко превазилази обим научног чланка. Зато ћемо се у овом раду сконцентрисати само на правно регулисање преваре у промету. Преваре у промету су предмет нарочитог интересовања јер се губици од превара у промету мере милијардама долара.³ Међутим и преваре у промету представљају изузетно широку област у коју, између осталог, спадају: преваре у осигурању, затим непоштена трговачка пракса укључујући и преварну рекламу и др., па и корупција. Због тога у овом раду нећемо обрађивати све изворе права који се односе на преваре у промету, већ само оне којима се регулишу преваре које се врше коришћењем жига Европске уније на јединственом тржишту. Пре тога, размотрићемо као претходно питање појам преваре у грађанскоправном смислу. Такође ћемо искористити прилику да, за потребе хармонизације права Републике Србије са правом Европске уније, упоредимо домаћа правна решења са нормативним решењима права жига Европске уније. Превару са кривичноправног аспекта нећемо обрађивати.

II ПОЈАМ ПРЕВАРЕ У УГОВОРНОМ ПРАВУ

„Превара настаје уколико једна уговорна страна изазове заблуду код друге уговорне стране, или је одржава у заблуди, у намери да је тиме

² Римски правници су познавали три облика преваре: *dolus malus*, *dolus bonus* и *dolus eventualis*. *Dolus malus* или пакосна превара односно злонамерно лукавство је превара настала путем недозвољених радњи И. Вујовић, *Превара у савременом уговорном праву*, докторска дисертација, Београд 2009, 41. *Dolus bonus* је пак била дозвољена превара. Класичан пример дозвољене преваре било би претерано хваљење робе које се у промету не схвата озбиљно.

³ „Према неким раније датим проценама у САД губици који су настали у преварним трансакцијама годишње износе 40 милијарди долара. Према подацима објављеним у В. Британији, само у 2004. години губици причинени по основу преваре износили су 16 милијарди фунти.“ И. Вујовић, *op. cit.*, 122.

наведе на закључење уговора.“⁴ Превара се састоји од психолошког и фактичког елемента. Психолошки, субјективни елемент карактеристичан је за обе уговорне стране. За прву уговорну страну је у психолошком смислу карактеристична намера да се друга уговорна страна доведе у заблуду или у њој одржава. То значи да „превара не може настати из нехата (непажње)... Сматра се да постоји намера једне стране у правном послу да другу страну доведе у заблуду, или је одржава у заблуди, ако је она сама свесна неистинитости чињеница које представља другој страни као истину. Ако је и сама у заблуди у погледу чињеница за које тврди да су истините, онда јој се то не може приписати у кривицу.“⁵ За другу уговорну страну је у психолошком смислу карактеристична заблуда, односно погрешна представа, која се у њеној свести формира о неком елементу уговора услед чега је изјава воље друге уговорне стране манљива. Фактички, објективни елемент је начин на који прва уговорна страна реализује долозну намеру. Она то може чинити вербалним путем, предузимањем неке физичке радње, а у појединим случајевима и ћутањем. Дакле, преварна намера се може реализовати активно или пасивно. Пошто се превара може извршити било изазивањем заблуде било одржавањем у заблуди, то ће за изазивање заблуде код друге уговорне стране бити потребна нека активност прве уговорне стране или трећег лица,⁶ док се одржавање друге уговорне стране у заблуди, осим активно, може постићи и без активног ангажовања прве уговорне стране односно ћутањем. Превара ће бити извршена ћутањем онда када прва уговорна страна примети да је друга уговорна страна у заблуди, па ништа не предузме да је те заблуде ослободи, а на то је била обавезна. Јасно је да се поставља питање када је прва уговорна страна обавезна да другој уговорној страни саопшти информације које су другој уговорној страни неопходне како више не би била у заблуди. Не би се могло рећи да постоји општа обавеза обавештавања о свим детаљима који се односе на неки правни посао. Недоумице не изазива ситуација када је за неки правни посао (нпр. уговор о осигурању) обавеза обавештавања изричито прописана. Да ли изван тих ситуација постоји дужност информисања друге стране приликом

⁴ Д. Шите, *Превара и општи услови пословања*, Право и привреда бр. 1-3, 2010, 156.

⁵ Д. Попов, *Заблуда и превара као разлог рушљивости правног посла у домаћем и упоредном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду бр. 3, 2013, 118.

⁶ Генерално, превара учињена од стране трећег лица је правно ирелевантна по правоваљаност услед ње закљученог уговора, осим ако је једној од уговорних страна у време закључења уговора она била позната или јој је према околностима случаја и редовном току ствари морала бити позната. Другим речима, када се лица А и В договоре да једно од њих (В) довођењем у заблуду наведе другу уговорну страну (Б) да са лицем А закључи уговор, онда таква превара учињена од стране трећег лица (В) не може бити без значаја за пуноважност правног посла закљученог између А и Б.

утаначења међусобних права и обавеза? У одговору на то питање могу нам помоћи Принципи европског уговорног права⁷ (у даљем тексту: Принципи) и Нацрт заједничког референтног оквира за приватно право Европске уније⁸ (у даљем тексту: Заједнички референтни оквир). Према чл. 4:107 ст. 3. Принципа и чл. 7:205 ст. 3. Заједничког референтног оквира, приликом разматрања да ли је прва уговорна страна у обавези да другој уговорној страни пре закључења уговора саопшти информације узеће се, између осталог, у обзир: а) да ли прва уговорна страна влада посебним знањем и стручношћу; б) колики би били трошкови прибављања тих информација, ако би их прибављала друга уговорна страна и уопште; в) може ли их друга уговорна страна самостално прибавити на неки други начин (сем да јој буду саопштене од стране прве уговорне стране);⁹ и г) колико је информација битна за другу уговорну страну.

Заблуда услед које друга уговорна страна пристаје да закључи уговор, може се односити било на чињенице, било на право. Такође, кад се заблуда изазива вербалним путем, то је увек тврдња да чињеница или право постоје или не постоје, а не мишљење (осим ако је дато од стране експерта). Изјава о намери не сматра се преваром (јер се давалац изјаве може предомислити). Али ако странка изјави да намерава да уради нешто што не намерава онда то јесте превара. Иако се друга уговорна страна најчешће доводи у заблуду по питању својстава ствари које су предмет престације прве уговорне стране, превара се може односити и на правни основ и побуду за закључење уговора.¹⁰ При свему томе није битно да ли је заблуда која је изазвана или у којој је друга уговорна страна одржавана битна.¹¹ Али то не значи да се свако довођење у заблуду или одржавање у њој сматра преваром. Правно релевантном сматра се само она превара услед које је друга уговорна страна наведена на закључење уговора, односно у чијем одсуству друга уговорна страна не би закључила уговор.

⁷ The Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III).

⁸ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) из 2009. године.

⁹ Не би постојала обавеза другу уговорну страну обавештавати о видљивим карактеристикама робе која се нуди.

¹⁰ И. Вујовић, *Превара у савременом уговорном праву*, докторска дисертација, Београд, 2009, 91. Поменути аутор на стр. 93. наводи да побуде, по правилу, не утичу на пуноважност уговора, па се ни превара не може довести у везу са побудама. Међутим, изузетно, у случајевима недопуштености побуде, која је битно утицала на одлуку једне уговорне стране да закључи уговор, а сауговорник је то знао или морао знати, уговор ће бити ништав.

¹¹ Заблуда је битна ако се односи на битна својства предмета, на лице са којим се закључује уговор (ако се закључује с обзиром на то лице), као и на околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним, а страна која је у заблуди не би наче закључила уговор такве садржине.

У том смислу се у француском праву разликује главна превара (*dol principal*), без које друга уговорна страна никад не би закључила уговор, и споредна превара (*dol incidence*), без које би друга уговорна страна закључила уговор, али не под тим условима.

Последица преваре је мана воље, а тако закључен уговор је рушљив односно релативно ништав. То значи да ако у законом прописаном року не буде поништен, уговор закључен услед преваре постаје пуноважан. Она уговорна страна која је преварена има право на накнаду штете без обзира да ли је уговор поништен или не (чиме се нормативно признаје деликтни карактер преваре).

III ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ ПРЕСТАНКА ЖИГА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ УСЛЕД ПРЕВАРНОГ КОРИШЋЕЊА РЕГИСТРОВАНОГ РОБНОГ И УСЛУЖНОГ ЗНАКА

Укидање жига Европске уније регулисано је у чл. 58. Уредбе о жигу Европске уније бр. 1001/2017 из 2017. године¹² (бивши чл. 51. Уредбе о комунитарном жигу бр. 207/2009). Према ставу 1. тач. ц овог члана Уредбе: жиг Европске уније може престати ако се коришћењем жига од стране титулара права или уз његову сагласност, у односу на робе и услуге за чије обележавање је жиг регистрован, потрошачи (јавност) доводе у заблуду у погледу врсте, квалитета, географског порекла и других карактеристика тих роба и услуга.

А. Коришћење жига

Према одредби чл. 58, ст. 1, тач. ц Уредбе, услов за престанак жига Европске уније је његово коришћење. У вези са коришћењем жига Европске уније поставља се више питања. Прво питање се односи на то да ли коришћење жига Европске уније мора бити озбиљно. Под озбиљном употребом жига Европске уније подразумева се реална употреба жига којом се идентификује порекло жигом обележених роба и услуга у промету, предузета ради стицања или очувања тржишта за робе и услуге које је титулар права већ стављао у промет или за чије стављање у промет су извршене озбиљне припреме, а не само у намери очувања права (што би била симболична, симулована употреба жига – *token use*). Постоје аргументи и за једно и за друго мишљење. Прво, одредба која је предмет анализе део је општег правног акта донетог од стране Савета Европске уније и Европског парламента. Да су они хтели да пропишу да коришћење

¹² Regulation (EU) 2017/1001 of the European parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification) (Text with EEA relevance), OJ L 154 of 16 June 2017 pp. 1-99 (даље у тексту: Уредба).

жига у овом контексту мора бити озбиљно, додали би реч *genuine* испред речи *use*, као што су урадили у бројним другим одредбама Уредбе.¹³ Друго, довођење у заблуду потрошача или одржавање у њој недопуштено је тржишно понашање односно по својој природи, макар у извесној мери деликт, тако да би преварно коришћење жига по аналогији више одговарало стандардима за радњу повреде жига, а не стандардима озбиљне употребе жига. Треће, у вези са преварним коришћењем жига битно је да су потрошачи доведени у заблуду. Да ли је то учињено озбиљном или симулованом употребом жига чини се небитним. Коначно, и у правној литератури се заступа став да за сврхе овог основа за престанак жига, израз коришћење нема нужно исто значење као у случају престанка жига због некоришћења.¹⁴ Међутим, ако се ова одредба Уредбе интерпретира логички онда би захтев да преварно коришћење жига буде озбиљно био прихватљив. Наиме, у случају симуловане употребе жига, није потребно доказивати још и преварни карактер коришћења робне марке. Довољно је доказати да жиг није озбиљно коришћен и жиг престаје. То значи да, ако би се у контексту преварног коришћења жига захтевало да употреба жига буде озбиљна, ниједан се титулар права не би бранио тиме да жиг није употребљавао озбиљно јер би тиме самом себи ставио омчу око врата.

Друго питање које се у вези са коришћењем жига поставља јесте: да ли захтев да жиг буде коришћен искључује могућност да потрошачи буду одржавани у заблуди ћутањем? Ово због тога што коришћење жига неизоставно претпоставља активност у виду обележавања роба и услуга и њихово стављање у промет. Ћутање, са друге стране, подразумева одсуство активности титулара права. Према Принципима и Заједничком референтном оквиру, друга уговорна страна може захтевати поништење уговора када ју је прва уговорна страна навела да закључи уговор преварним приказивањем нетачних информација, било речима или понашањем, или преварним пропуштањем саопштавања информација које су јој, у складу са начелом савесности и поштења или на основу прописане обавезе обавештавања у току преговора, морале бити саопштене. Према томе, у праву Европске уније (уз све ограде по питању правне обавезности ових докумената) превара се може извршити како лажним презентовањем информација (активно) тако и и ћутањем (пасивно). Исто је и у праву жига. Јавност се у заблуду може довести и ћутањем. Ћутање ће се најчешће односити на битне промене робе обележене спорним жигом. Наиме, регистрација жига не подразумева обавезу титулара права да се уздржава од модификације роба или начина пружања услуга за чије је обележавање регистровао жиг.¹⁵ Поготово је свако унапређење квалитета,

¹³ Чл. 18(1), 47(2), 58(1)а, 64(2), 127(3), 139(2)а и 207.

¹⁴ D. Bainbridge, *Intellectual Property*, Harlow 2007, 653.

¹⁵ L. Bently, B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford 2004, 901.

поједностављење начина употребе, побољшање дизајна и др. не само добродошло него и услов опстанка на тржишту. Међутим, ако се деградира или изоставља неко својство робе за које титулар жига зна или мора да зна да је одлучујуће по питању опредељења потрошача да купе баш његов производ, он је дужан да о томе обавести јавност, иначе делује преварно. Могуће је да је неки жиг током дугогодишње употребе постао познат потрошачима као жиг којим се означава прехранбени производ погодан за вегетаријанце. Уколико титулар жига, или од њега овлашћено лице, приликом производње тог артикла маслиново уље замени свињском машћу, а на то не укаже јавности, тако да јавност и даље верује да је предметни прехранбени производ погодан за вегетаријанце, он јавност доводи у заблуду – ћутањем, протурајући на тржишту свој производ, не као туђ (као у случају *passing off*), већ као производ који се одликује карактеристикама које реално не постоје. У том смислу, захтевом да жиг буде коришћен не указује се на природу пословног деловања којим се јавност доводи у заблуду (у смислу да оно мора да буде активно), већ је у питању логичан захтев према којем се жиг не може преварно користити ако се не користи. Жигови који се не користе не могу, по природи ствари, бити средства којима ће се у свести потрошача стварати погрешна представа о роби и услугама које се њима обележавају. Жиговима који се не користе не остварују се привредне функције жига, а потрошачи се не информишу ни истинито ни нетачно. Због свега тога „обмањујући жигови једино могу бити брисани уколико се користе.“¹⁶

Преварно коришћење жига санкционише се једино уколико жиг користи титулар права или се жиг користи уз његову сагласност. То значи да коришћење жига може бити преварно и онда када жиг не користи титулар права, већ пуномоћник, стицалац лиценце или неко треће, од стране титулара права, овлашћено лице.¹⁷

Треће битно питање у вези са коришћењем жига је који жиг може престати по основу преварног коришћења. Наиме, преварним коришћењем се јавност у заблуду доводи у вези са карактеристикама роба и услуга (врста, квалитет, географско порекло и др.). Информације о врсти, квалитету, географском пореклу, цени, количини, начину производње, времену производње, сврси, намени и др. су опште тржишне информације којима се описује роба. Да ли то значи да по основу преварног коришћења жига могу престати само они жигови који садрже дескриптивне елементе? Недоумицу је изазвала реченица садржана у разлозима одлучивања на стр.

¹⁶ A. Michaels, A. Norris, *Trade Mark Law*, Oxford 2010, 113.

¹⁷ О коришћењу жига уз сагласност титулара права видети више: С. Варга, *Субјекти, форма и предмет озбиљне употребе жига Европске уније*, Гласник права, бр. 1, 2016.

15. Одлуке Завода Европске уније за интелектуалну својину¹⁸ у случају *Жито прехрамбена индустрија*¹⁹ која гласи: „[П]редметни комунитарни жиг не садржи ниједан елемент којим се јавност директно информише о врсти, квалитету или географском пореклу релевантних роба.“ Зашто је то битно? Другим речима, поставља се питање: да ли се преварно могу користити жигови садржани у фантастичним речима, односно речима без значења у говорном језику? Сматрамо да престанак жига због преварног коришћења није ограничен на жигове који садрже дескриптивне елементе, већ по овом основу могу престати и они жигови који су садржани у фантастичним речима и апстрактним сликама. При том се позивамо на теорију секундарног дескриптивног значења жига.²⁰ Према овој теорији, употребом у промету и рекламном кампањом, аналогно начину по којем недистинктивни знакови, у виду секундарног значења, стичу дистинктивност, фантастични жигови стичу секундарно дескриптивно значење (примарно значење жига је оно које се односи на порекло њиме означених роба и услуга) тако што се у свести потрошача формира знање о врсти и карактеристикама роба и услуга које се тим жигом обележавају. На тај начин се попуњава језичка празнина (*linguistic gap*), па и жигови садржани у фантастичним речима и апстрактним сликама постају средство комуникације о врсти, својствима и другим карактеристикама роба и услуга.²¹ Тако и жиг из већ поменутог хипотетичког примера прехрамбеног производа погодног за вегетаријанце може бити садржан у речи без значења у говорном језику или апстрактном цртежу или слици. Ако је временом, употребом у промету, постао симбол вегетаријанске хране, уношењем у производ састојака животињског порекла, такав жиг, једнако као и било који жиг који садржи дескриптивне елементе, може бити коришћен на преваран начин.

Конечно, предмет санкционисања је само оно коришћење жига које се врши у односу на робе и услуге за чије је обележавање жиг регистрован.²² Ово је логично с обзиром на начело специјалности које се примењује у праву жига. Жиг Европске уније се може преварно користити само у односу на неке робе и услуге за чије је обележавање регистрован. У том случају на основу чл. 64(5) Уредбе, жиг Европске уније престаје само за те робе и услуге.

¹⁸ *European Union Intellectual Property Office* (надаље у тексту: Завод).

¹⁹ Cancellation No 10467 C (Revocation) од 14. марта 2016, *Žito Prehrambena Industrija v. Andros*.

²⁰ Вид. J. Shahar Dillbary, *Trademarks as a Media for False Advertising*, *Cardozo Law Review*, Vol. 31, 2009.

²¹ *Ibid.*, 339.

²² C. Colston, J. Galloway, *Modern Intellectual Property law*, Abingdon 2010, 695.

Б. Довођење у заблуду

Једно од најкомплекснијих питања у овој правној материји је питање шта се заправо санкционише: могућност да јавност буде доведена у заблуду или довођење у заблуду? У хрватској редакцији текста Уредбе дословно пише: ... „може јавност довести у заблуду.“ У словеначком преводу Уредбе пише како у том случају услед коришћења жига... „obstaја verjetnost zmede u javnosti.“ У енглеској се пак верзији наводи како као последица коришћења жига, *trade mark is liable to mislead the public*,²³ што значи да без икакве сумње не пише да је јавност услед коришћења жига *misled, deceived* и сл. Формулација ове одредбе је у духу регулисања преварне рекламе. Према чл. 2(1)б Директиве о преварној и упоредној реклами,²⁴ преварном рекламом се сматра свака реклама којом се на било који начин... варају или је вероватно да ће особе којима је реклама упућена бити преварене и која ће, с обзиром на њену преварну природу, вероватно утицати на њихово економско понашање или ће, из истих разлога, оштетити или ће постојати вероватноћа проузроковања штете конкуренту. Директиву о преварној реклами одабрали смо због тога што је једна од битних привредних функција жига рекламна функција. Као што видимо, реклама се сматра преварном и кад, у духу словеначког превода одредбе о преварном коришћењу жига, постоји вероватноћа обмане, вероватноћа штетног утицаја на економско понашање потрошача и вероватноћа повреде интереса конкурената. Питање са почетка овог одељка се ипак поставља јер се у Водичу за испитивање жигова Европске уније (даље у тексту: Водич Завода) изричито наводи да се на примену одредбе о престанку жига Европске уније услед преварног коришћења сходно примењују правила о сметњи за регистрацију преварног знака,²⁵ а према тим правилима, појам преварног знака се тумачи крајње уско, па се преварним знаком сматра само онај знак који се никако другачије не може користити осим преварно.²⁶ Уколико се, осим преварно, знак може користити на начин који није преваран, биће, у недостатку других сметњи, регистрован као жиг Европске уније. Ово је врло јасно дошло до изражаја

²³ И у немачкој верзији се уз *irrezuführen* (обманути) користи реч *geeignet* (погодан).

²⁴ Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising (codified version) (OJ L 376, 27.12.2006, pp. 21–27).

²⁵ Guidelines for Examination of European Union Trade Marks, European Union Intellectual Property Office, Part D - Cancellation, Section 2 – Substantive Provisions, version 1.0 од 01. августа 2016. године, тач. 2.4.3, стр. 9.

²⁶ О овој сметњи за признање жига видети више: С. Варга, *Преварни знакови у праву жига Европске уније*, Ревивија за европско право бр. 2-3, 2014.

у случају WATERFORD²⁷ када је подносилац жалбе указао на то да је у првостепеној одлуци материјално право погрешно примењено тиме што се уместо као вероватност или могућност довођења јавности у заблуду, *liable to mislead the public* од стране првостепеног органа протумачило као постојање стварне односно манифестоване преваре. Жалбено веће је, позивајући се на одлуку Суда ЕУ опште надлежности бр. Т 165/06 у случају *Elio Fiorucci*, подржало тумачење првостепеног органа наводећи да формулација одредбе о престанку жига услед преварног коришћења подразумева реалну превару или постојање довољно озбиљног ризика да ће просечан потрошач бити преварен.²⁸ Рекло би се да је становиште Завода ближе стварности и у духу грађанскоправног појма преваре. Прво, утврђивање могућности довођења јавности у заблуду је у некој мери спекулација. Потрошачи се међу собом разликују. „Док, како обиље тако и недостатак информација, неким потрошачима може бити од користи, другима ће штетити“²⁹ Друго, велики проблем је и несавршеност језика. Није спорно да значење речи истовремено намеће и обликује преференције потрошача,³⁰ али ко господари речима, односно под којим условима ћемо дозволити продавцу да обликује наше схватање појава?³¹ Због несавршености језика закључак о постојању обмане често је резултат сучељавања несагласних мишљења о значењу речи,³² при чему се у утврђивању значења речи истраживање не може ограничити на значење садржано у речнику, већ се мора истражити схватање промета,³³ што може бити прилично захтевно. И на крају крајева, зашто уопште истраживати могућност довођења јавности у заблуду, кад се жиг реално користи у промету? Ова могућност се не истражује ни кад се испитује пријава ознаке ради регистрације. Већ је напоменуто да је у поступку регистрације жига сама могућност преварног коришћења знака правно ирелевантна све док се знак може користити на начин који је у складу са императивним нормама, тржишним правом, добрим и пословним обичајима. Тим пре је истраживање могућности преварног коришћења знака беспредметно онда када се знак већ користи у промету. Другим речима, уколико се знак већ користи у промету, њиме се потрошачи или доводе у заблуду или не. Уколико се доводе у заблуду и у заблуди пазаре робу означену жигом који

²⁷ R 237/2015-2 од 9. фебруара 2009. године, *Unite the Union v. WWRD Ireland IPCO LLC*.

²⁸ *Ibid.*, тач. 22.

²⁹ R. Tushnet, *It Depends on What the Meaning of "False" Is: Falsity and Misleadingness in Commercial Speech Doctrine*, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 41, 2007, 251.

³⁰ *Ibid.*, 250.

³¹ *Ibid.*, 231.

³² *Ibid.*, 229.

³³ *Ibid.*, 236.

се преварно користи, онда постоји превара, јер превара постоји само онда када преварена уговорна страна закључи уговор. У уговорном праву покушај преваре се не санкционише. Према томе, ако се жиг и користи на обманљив начин, али неуспешно, могућност преваре је правно ирелевантна. Ово поготово зато што ако се за ништавост уговора захтева да је извршена превара, онда се за губитак монополског имовинског права не може захтевати ништа блаже, односно било би нелогично да апсолутно субјективно право може престати из разлога из којег се рушљив уговор не може поништити. Зато се може рећи да је у том смислу у случају WATERFORD првостепени орган тврдио да за престанак жига због преварног коришћења није довољно то што су се потрошачи нашли у неодоумици (*puzzled*), конфузији (*confusion*) или су чак збуњени (*even bewildered*);³⁴ тражи се *actual deceit*. Да се у праву жига Европске уније санкционише довођење у заблуду, а не могућност довођења у заблуду, илустроваћемо приказом одлуке Завода у случају *Arlberger*.³⁵

STASTNIK Gesselschaft m.b.H. је 4. марта 2008. године постао титулар права на комунитарни жиг за обележавање мяса и сухомеснатих производа из класе 29 Ничанске класификације (даље у тексту: НК). Комунитарни жиг је, барем аутору овог рада, налик на етикету сухомеснатог производа на којој доминирају речи: Original Stastnik **Arlberger**. *Arlberg* је планински прелаз у Аустрији који повезује две аустријске покрајине (*Voralberg* и *Tyrol*), тако да се изразом *Arlberger* означава горштак који живи у том крају. Пандан би код нас био Златиборац или можда боље Космајац. Захтев за укидање жига поднет је због тога што се сухомеснати производи обележени жигом *Arlberger* не производе у том географском подручју него у месту *Gerasdorf*, које се налази близу Беча, чиме се потрошачи доводе у заблуду у погледу географског порекла сухомеснатих производа обележених жигом *Arlberger*. Утврђујући чињенично стање, жалбено веће Завода је установило да је *Arlberg* познат као зимски туристички центар у којем је 2001. године одржано и светско првенство у алпском скијању и да је туризам основна привредна грана у том крају. Поред тога је утврђено да *Arlberg* није познат као место у којем се у већој мери гаји стока, производе месни деликатеси, нити да постоји раса говеда или других домаћих животиња тог имена. Пронађена су само три регистрована продавца мяса. Када се томе дода да титулар права није производе обележене жигом *Arlberg* рекламирао као робу која потиче из *Arlberga*, закључено је да потрошачи жиг *Arlberg*, и поред тога што је у питању географска одредница, не схватају као упућивање на географско порекло и да се коришћењем жига *Arlberg* за обележавање сухомеснатих производа који

³⁴ Тач. 8, на стр. 10.

³⁵ R 1120/2010-1 од 1. септембра 2011. године, *Helmut Wildhack v. STASTNIK Gesselschaft m.b.H.*

нису произведени у Арлбергу не доводе у заблуду у погледу географског порекла робе.³⁶

Следеће питање је - ко се доводи у заблуду? У предметној одредби пише: публика. Сматрамо да је у питању релевантан део публике, односно циљна група потрошача за робу и услуге које се обележавају жигом који се преварно користи. Публика се у контексту одредбе о преварном коришћењу жига одређује исто као и у случају поређења знакова.

И коначно, последње питање материјалноправне природе које се у вези са овом одредбом поставља јесте: о којим околностима се у свести потрошача ствара погрешна представа? Можда је најбоље одговор на ово питање започети тако што ћемо рећи на које се околности преварно коришћење жига не односи. Иако се коришћењем жига који је или идентичан раније регистрованом жигу ради обележавања исте или сличне робе или сличан ради обележавања исте робе или сличан ради обележавања сличне робе, релевантан део јавности доводи или може довести у забуну, ова забуна је основ за поништај, а не укидање, касније регистрованог жига. Тако је одбијен захтев за укидање Тојотиног комунитарног жига LEXUS регистрованог за обележавање робе, између осталог, и из класе 25 НК поднет од стране имаоца старијег шпанског жига LEXUS регистрованог за обележавање робе из класе 25 НК.³⁷ Исто се десило и у случају чувеног жига ORIENT-EXPRESS када је захтев за укидање жига поднет јер је жиг лиценциран тако да га више не користи титулар права него стицалац лиценце.³⁸ Укратко, заблуда по питању комерцијалног порекла робе односно извора из којег роба и услуге потичу није правно релевантна за укидање жига због преварног коришћења регистрованог робног и услужног знака. Околности у погледу којих је заблуда јавности у овој правној материји правно релевантна су пре свега: врста, квалитет³⁹ и географско порекло роба и услуга. То нису једине околности у погледу којих довођење у заблуду јавности може резултирати престанком жига. Осим врсте робе, квалитета и географског порекла то могу да буду и друге карактеристике роба и услуга. У том смислу нам (уз већ поменуто ограду која се тиче комерцијалног порекла) може помоћи

³⁶ Узгред буди речено, реч Arlberger је била обухваћена дисклејмером, што значи да се у погледу те речи није захтевала, нити је призната, искључива правна заштита. Жалбено веће Завода је међутим истакло да је постојање дисклејмера правно ирелевантно у материји преварног коришћења жига.

³⁷ Cancellation 5120 C од 25. априла 2012. године, *Lexus S.A v. Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha*.

³⁸ Cancellation 2509 C од 16. јула 2009. године, *Anita Møller v. Societe Nationale des Chemins de Fer Francais (Etablissement Public, Industriel et Commercial)*.

³⁹ Према Водичу Завода, квалитет се у контексту престанка жига због преварног коришћења више односи на карактеристике и својства роба и услуга него на степен или стандард извршености (тач. 2.4 на стр. 8).

садржај члана 3 (и то пре свега тачака а и б) Директиве о преварној и упоредној реклами у којем се наводе околности које ће се узети у обзир приликом оцене да ли је нека реклама преварна или не. Чл. 3. поменуте Директиве гласи: „Приликом одређивања да ли је нека реклама преварна, у обзир се узимају све околности, посебно информације које садржи, а које се односе на:

(а) карактеристике роба или услуга, као што су њихова доступност, врста, дејство, састав, начин и време производње или прибављања, прикладност за намену, употреба, количина, спецификација, географско или комерцијално порекло или резултати који се очекују од њихове употребе или резултати и суштинска својства испитивања или провера који се проводе на тој роби или услугама;

(б) цену или начин обрачуна и услове под којима се врши снабдевање или пружање услуга;

(в) својства, карактеристике и права оглашивача као што су његов идентитет и имовина, његове квалификације и власништво над индустријском, комерцијалном или интелектуалном својином, његове предности и посебности.“

IV ЧЛ. 58(1)ц УРЕДБЕ VS. ЧЛ. 66 ст. 1 тач. 2. ЗАКОНА О ЖИГУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Према чл. 66, ст. 1, тач. 2. Закона о жигу („Сл. гласник Р. Србије“ бр. 104/09 и 10/2013) Завод за интелектуалну својину Р. Србије може на захтев заинтересованог лица донети решење о престанку жига, у целини или само за неке робе односно услуге ако знак заштићен жигом, због начина на који га носилац жига или његов правни следбеник користи, може у промету да изазове забуну о географском пореклу, врсти, квалитету и другим својствима робе односно услуге. Овакво решење се у пар елемената разликује од европског решења. Прво, поред носиоца права како у праву жига Европске уније тако и у праву жига Републике Србије преварно користити жиг могу и друга лица. Међутим, у праву жига Европске уније то су сва лица која су изричито или прећутно на то овлашћена од стране титулара права, док су у праву жига Републике Србије то само правни следбеници титулара права. Правни следбеник је лице на кога се преноси право правног претходника. Правни следбеници су: наследници, цесионари и привредна друштва на које се преноси имовина титулара права који престаје да постоји. То нису стицаоци лиценце, па чак ни стицаоци искључиве лиценце, дистрибутери, повезана привредна друштва и друга лица која титулар права може овластити да користе његов жиг. Према томе, круг лица која, с последицом престанка жига, могу преварно користити жиг на тржишту Републике Србије је ужи од круга лица која то могу чинити на јединственом тржишту Европске уније, чиме се ствара

простор за изигравање права жига Р. Србије, услед чега је заштита потрошача од преварног коришћења жига у Републици Србији слабија од заштите потрошача у Европској унији.

Друго одступање нашег нормативног решења у односу на европско је у томе што се код нас не прецизира да жиг престаје ако се преварно користи у односу на робе и услуге за чије је обележавање регистрован. Због изостављања те напомене у нашем праву постаје могуће да престане жиг који је регистрован за обележавање роба из класе 9, а преварно се користио у односу на робу из класе 29 НК. Ова практична могућност је противна једном од основних начела права жига по којем се робни и услужни знакови региструју ради обележавања тачно одређене робе или услуге и њена реализација би представљала неоправдано оштру санкцију за титулара права.

V ЗАКЉУЧАК

Жиг Европске уније преварно се користи онда када га титулар права или лице овлашћено од титулара права у односу на робе и услуге за чије је обележавање жиг регистрован користи тако да релевантан део јавности доводи у заблуду у погледу врсте, квалитета, географског порекла и других карактеристика роба и услуга, али не и извора односно комерцијалног порекла из којег предметне робе и услуге потичу.

Нормативно решење престанка жига због преварног коришћења у домаћем праву није у потпуности усклађено са правном регулативом Европске уније у тој материји. Мора се констатовати да је европско нормативно решење овог питања квалитетније.

Siniša Varga, LL.D*

THE FRAUDULENT USE OF THE EUROPEAN UNION TRADEMARK

Summary

According to the Article 58(1)c of Regulation (EU) 2017/1001 of the European parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark, the rights of the proprietor of the European Union trade

* Associate Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

mark shall be declared to be revoked on application to the Office or on the basis of a counterclaim in infringement proceedings if, in consequence of the use made of it by the proprietor of the trade mark or with his consent in respect of the goods or services for which it is registered, the trade mark is liable to mislead the public, particularly as to the nature, quality or geographical origin of those goods or services. Criteria used in estimation of trademark owner misleading conduct are comparable with those for estimation of the refusal of trademark application on the (absolute) ground regarding trademark deceptiveness. It means that cancellation applicant must prove actual deceit and/or manifest deception because for refusal of trademark application on the basis of mentioned absolute ground actual deceit or a sufficiently serious risk that the public will be deceived must exist.

The list of circumstances as to which deceit could be caused is not exhausted, but confusion over commercial origin of goods is excluded and not legally relevant for this ground of trademark right revocation.

Key words: Trademark Law, European Union, misleading conduct, revocation.

Др Драган Златовић*

Прегледни научни чланак
УДК: 347.772(4-672EU)

НЕКОНВЕНЦИОНАЛНИ ЖИГОВИ У СВЈЕТЛУ НОВЕ ЕУРОПСКЕ РЕГУЛАТИВЕ И ПРАКСЕ

Рад примљен: 19. 04. 2017.

Рад исправљен: 08. 09. 2017.

Рад прихваћен за објављивање: 15. 09. 2017.

Жиговно право и даље је једна од најзанимљивијих правних дисциплина, не само у подручју права интелектуалног власништва, већ уопће у оквиру опћег развоја сувременог права. Традиционално, жигови као заштићени знакови укључују ријечи, логотипе, симболе или њихову комбинацију. Неконвенционални или нетрадиционални жигови су они заштићени знакови који су изван оквира традиционалних знакова и стога се састоје од знакова који потјечу од облика, звукова, мириса, укуса и текстура. Нова Уредба (ЕУ) бр. 2015/2424 Еуропског парламента и Вијећа ступила је на снагу 23. ожујка 2016. Ова Уредба уклања захтјев за графичким приказом знака као претпоставком заштите таквог знака као жига. То значи да се од 1. 10. 2017. знакови могу приказати у било којем одговарајућем облику користећи опћу доступну технологију, под увјетом да је репрезентација јасна, прецизна, самостална, лако доступна, разумљива, постојана и објективна. У овом раду расправља се о новом раздобљу у заштити и регистрабилности неконвенционалних знакова као посебне врсте жигова.

Кључне ријечи: жиг, неконвенционални жигови, право интелектуалног власништва, мирисни жигови, звучни жигови.

I УВОД

Доживљај просјечног потрошача што се има сматрати жигом варира од поимања како се ради о вербалном знаку, сликовном знаку или логотипу, односно ријетко слогану. Готово је искључено како ће потрошач жигом сматрати гесту, тлоцрт трговине или зграде, а камоли на мирис или звук. Ипак, о таквим се знаковима расправља у склопу жиговног права и

* Проф. в. ш., прочелник Управног студија Велеучилишта у Шибенику, Република Хрватска, e-mail: zlatovic@vus.hr

припадајуће управне и судске праксе.¹ Присташе широкога концепта жига сматрају како је потребно заштитити и мање опипљиво знаковље, попут звукова, мириса, мобилних жигова, холограма и гести. Према таквим гледиштима знак је било који елемент који такођер представља и нешто друго од себе самог.² Противници тога приступа тврде како такви знакови тешко могу имати функцију жига с обзиром да нису препознатљиви или их, у најмањој мјери, није могуће „графички приказати“, што је било изријеком прописано у Директиви Вијећа 89/104/ЕЕЦ од 21. просинца 1988. о усклађивању законодавстава држава чланица о жиговима (даље: Прва директива)³, а што је било садржано је и у чл. 2. Директиве 2008/95/ЕЗ који гласи: „Жиг може сачињавати сваки знак који се може графички приказати, особито ријечи, укључујући особна имена, цртежи, слова, бројке, облици производа или њихова пакирања, под увјетом да су такви знакови прикладни за разликовање производа или услуга једног подузетника од производа или услуга другог подузетника.“

У Еуропској унији се одвија итекако жива расправа о нестандартним (неконвенционалним жиговима – *non-traditional trade mark, unconventional trade mark*). У задњих тридесетак година мијењала се не само судска пракса, него је и нова еуропска регулатива на овом подручју либералније конципирана.

Наиме, Уредбом 2015/2424 од 16. просинца 2015. о измјени Уредбе Вијећа (ЕЗ) бр. 207/2009 о жигу Заједнице и Уредбе Комисије (ЕЗ) бр. 2868/95, о provedби Уредбе Вијећа (ЕЗ) бр. 40/94 о жигу Заједнице те о стављању изван снаге Уредбе Комисије (ЕЗ) бр. 2869/95 о пристојбама које се плаћају Уреду за усклађивање на унутарњем тржишту (жигови и дизајни), која је ступила на снагу 23. ожујка 2016.⁴, брисана је обвеза

¹ Детаљније код В.Н. Sotiriadis, Carrière, *The Statutory Protection of non-traditional trade-marks in Canada – a few reflections on their registrability and distinctiveness*, www.robic.ca; S. King, *Are sounds and scents trade-marks in Canada?*, Business & The Law 9, 1992, 6; D. Lyons, *Sounds, Smells and Signs*, European Intellectual Property Report, 1994, 540; J. E. Hawes, *Non-Traditional Trademarks*, 1997 INTA Mid-Year Meeting – Course Materials, Rio Grande, INTA, 7.

² Цит. S. Sandri, S. Rizzo, *Non-Conventional Trade Marks and Community Law*, Marques: The Association of European Trademark Owners, 2003, 5. За нека занимљива разматрања о томе што чини знак прикладан за заштиту жига, вид. Libertel Groep BV, Case C-104/01, id., te Heidelberger Bauchemie GmbH, Case C-49/02.

³ Прва директива је објављена у ОЈ L 40, 11.2.1989. Ова је Прва директива измијењена и кодифицирана тако да је 2008. донесена Директива 2008/95/ЕЗ Еуропског парламента и Вијећа од 22. листопада 2008. о усклађењу законодавстава држава чланица о жиговима (ОЈ L 229, 8.11.2008), а потом Директива (ЕУ) 2015/2436 Еуропског парламента и Вијећа од 16. просинца 2015. о усклађењу законодавстава држава чланица о жиговима (ОЈ L 336/1, 23.12.2015).

⁴ ОЈ L 341/21, 24.12.2015.

графичког приказивања жига из дефиниције жига ЕУ (EU TM – European Union Trade Mark; раније СТМ – Community Trade Mark). Овим се омогућава флексибилнији приступ код регистрације жига ЕУ, посебице гледе начина приказивања жигова. Овим новим одређењем жига ЕУ уводи се од 1. листопада 2017. могућност приказа знака у било којем прикладном облику упоробом опћенито доступне технологије, што не значи нужно графички приказ. Стога то може бити сваки приказ који је јасан, прецизан, самосталан, лако доступан, разумљив, постојан и објективан.⁵ О којим се алтернативним медијима и форматима ради, а који ће се имати сматрати усклађенима с новом регулативом, Уред Европске уније за интелектуално власништво (EUIP, раније ОНИМ) ће претходно извијестити кориснике.⁶

Надаље, Директива (ЕУ) 2015/2436 од 16. просинца 2015. напушта ранију регулацију из Прве директиве и Директиве 2008/95/ЕЗ те доноси ново виђење о знаковима од којих се жиг може састојати. Тако је у чл. 3. Директиве (ЕУ) 2015/2436, идентично одредби чл. 1. Уредбе 2015/2424 којом се мијења чл. 4. Уредбе (ЕЗ) бр. 207/2009 од 26. вељаче 2009. о жигу Заједнице⁷, наведено: „Жиг се може састојати од било каквих знакова, особито ријечи, укључујући особна имена, или од цртежа, слова, бројки, боја, облика производа или пакирања производа, или звукова, под увјетом да су такви знакови прикладни за: (а) разликовање производа или услуга једнога подuzeћа од производа или услуга других подuzeћа; и (б) приказивање у регистру на начин који омогућује надлежним тијелима и јавности да одреде точан и јасан предмет заштите која је пружена њихову носитељу.“⁸

II НЕКОНВЕНЦИОНАЛНИ ЖИГОВИ

Прва директива је утврдила стајалиште како се жигови могу регистrirати за знакове који нису ограничени само на ријечи или слике,

⁵ Преузети критерији из случаја Sieckmann.

⁶ S. Vukina, *Žig Europske unije*, Pravo i porezi, br.4, 2016, 63.

⁷ OJ L 78, 24.3.2009.

⁸ На овај начин дефиниција жига и кондиције за његову регистрацију приближене су онима из чл. 15. ст. 1. Споразума о трговинским аспектима интелектуалног власништва (TRIPS Споразум WTO) из 1994. које гласе: „Сваки знак, или свака комбинација знакова, способни за разликовање роба или услуга једног подузетништва од оних другог подузетништва, способни су да би настао жиг. Такви знакови, поглавито ријечи укључујући особна имена, слова, бројке, фигуративне елементе и комбинације боја као и комбинација таквих знакова, могу се регистrirати као жигови. Када знакови сами по себи нису способни за разликовање роба или услуга којих се тичу, чланице могу могућност регистrirања учинити овисном од распознатљивости стеченом упоробом. Чланице могу тражити, као увјет регистрације, да знакови буду видно уочљиви.“

уколико такви знакови могу бити приказани графички и способни су разликовати производе и услуге једног од производа и услуга другог подuzeћа. Иако је постављала неизоставан увјет графичког приказа знака, ова је Прва директива, као и све које су је слиједиле, отворила путе регистрације и других знакова, који нису стандардни као што су то вербални односно графички знакови.⁹ Овдје ћемо се осврнути на могућности регистрације неких нестандартних знакова, као што су мирисни, покретни, холограмски, архитектурални, позицијски и сл.

А. Мирисни жигови

Жалбени одбор (*Boards of Appeal*) ОХИМ-а (сада *European Union Intellectual Property Office - EUIPO*) морао је 11. вељаче 1999. године, по први пут, дати своје мишљење о захтјеву за регистрацију мириснога жига (*Smell Mark, Flavour Mark*): *The smell of fresh cut grass* (СТМ 428870, Р 156/1998-2). У поступку Истражитељ (*Examiner*) је одбио жиг, који се састојао од описа „*The smell of fresh cut grass*“, као мирисни жиг тениских лоптица „стога што ријечи нису графички приказ самог олфактивног знака“.¹⁰ Међутим, Жалбени се одбор с тиме уопће није сугласио, те је допустио регистрацију наведенога жига заузевши гледиште како: „Мирис свјеже покошене траве је препознатљив мирис који сватко одмах препознаје, а темељем властитог искуства... Опис понуђен за олфактивни знак којег се жели регистrirати за тениске лоптице примјерен је и удовољава захтјеву графичкога приказа наведеноме у чланку 4. *CTMR*-а“.

Међутим, 12. просинца 2002. постало је јасно како Еуропски суд правде (ECJ) не дијели либерално мишљење ОХИМ-ова Жалбеног одбора с обзиром на мирисне жигове. Ово је развидно из његове пресуде у случају *Sieckmann v. Deutsches Patent- und Markenamt C-273/00*. Због изузетне важности ове пресуде, чак и у свјетлу наведене нове еуропске жиговне регулативе, наводимо тијек овог процеса.

Господин *Sieckmann* депонирао је при *Deutsches Patent- und Markenamt* (њемачки Уред за патенте и жигове – оп. аут.) жиг који се односи на различите услуге у класама 35, 41 и 42. У овоме дијелу обрасца захтјева, насловљеном „Репродукција жига“, *Sieckmann* се позвао на опис приложен у облику додатка његовог регистрацијског захтјева. У наведеном опису пише: „Тражи се жиговна заштита за олфактивни жиг депониран код *Deutsches Patent- und Markenamt* који се састоји од чисте кемијске твари

⁹ V. Marsland, *Non-traditional trademarks in the Community trademark system*, World Trademark Review, july-august 2007, 86.

¹⁰ P. Turner - Kerr, *The smell of fresh cut grass*, 2 EIPR N-19, 2001; M. M. S. Karki, *Nontraditional Areas of Intellectual Property Protection: Colour, Sound, Taste, Smell, Shape, Slogan and Trade Dress*, Journal of Intellectual Property Rights, vol. 10, 10. nov. 2005, 503.

methyl cinnamate (*metil cinamat* - *cinnamic acid methyl ester* - метил естер циметне киселине), структуралне формуле $C_6H_5-CH=CHCOOCH_3$. Узорке овог олфактивног жига такођер је могуће прибавити путем локалних лабораторија наведених на жутих страницама твртке *Deutsche Telekom AG* или, примјерице, путем твртке *E. Merck u Darmstadt*.

Господин *Sieckmann* је са својим захтјевом за регистрацију уједно предао и узорак мириса предметнога жига у spremнику те навео како се мирис обично описује као “балзамично слadak с натрухом цимета”. *Deutsches Patent - und Markenamt* одбило је захтјев за регистрацију на основи тога што је било двојбено да ли жиг за који је захтјев поднесен може бити регистриран темељем њемачког Закона о заштити жигова те да ли може бити графички приказан у складу с чл. 8. (1) наведенога Закона. У жалбеноме поступку покренутом против те одлуке о одбијању од стране господина *Sieckmann*-а, Савезни је суд за патенте (*Bundespategericht*) заузео стајалиште како мириси могу бити подесни да их се прихвати на тржишту као неовисно средство којим се идентифицира одређено подuzeће.

Међутим, с обзиром да је Савезни суд за патенте заузео стајалиште да је Закон о заштити жигова потребно тумачити на начин сукладан чланку 2. Прве директиве, исти је одлучио зауставити поступак и упутити слeдећа питања Европском суду правде ради претходног одлучивања.

Савезни суд за патенте је тако прво поставио упит треба ли чланак 2. Прве директиве тумачити у смислу да израз „жигови које је могуће графички приказати“ обухваћа само оне знакове које је могуће изравно репродуцирати у њиховом видљивом облику или је тумачењу уједно потребно придати значење према којему знакови – попут мириса или звукова – које саме по себи није могуће визуално доживјети, али их је могуће неизравно репродуцирати кориштењем одређених помагала. У другом питању, које је овисило уколико би одговор на прво питање био у смислу широкога тумачења, Савезни суд за патенте двоји јесу ли увјети графичке приказивости прописани у чланку 2. Прве директиве задовољени у случајевима у којима се мирис репродуцира а) помоћу кемијске формуле, б) помоћу описа (који се објављује), ц) депонирањем узорка или д) комбинацијом горе наведених замјенских начина репродукције.¹¹

Сукладно стајалишту Европског суда правде, одговор на прво питање гласио је како је чланак 2. Прве директиве нужно тумачити у смислу да се жиг може састојати од знака, који сам по себи није способан да буде визуално опажен, под увјетом да исти може бити графички приказан, посебице помоћу слика, црта или ликова, те да је приказ јасан, прецизан, самосталан, лако доступан, разумљив, трајан и објективан. Што се тиче кемијске формуле, Европски суд правде наводи како би само неколицина људи у наведеној

¹¹ A. Kumar, *Protecting Smell Marks: Breaking Conventionality*, *Journal of Intellectual Property Rights*, vol. 21, may 2016, 133.

формули препознала мирис о којему је ријеч, те да таква формула није довољно јасна. Надаље, кемијска формула не приказује мирис твари, него твар као такву, а уједно није ни довољно јасна, нити прецизна.¹² Стога није ријеч о приказу у смислу чланка 2. Прве директиве. С обзиром на опис мириса, иако је у предметном случају ријеч о графичкоме облику, он није довољно јасан, прецизан и објективан.¹³

Када је ријеч о депонирању узорка мириса, он не представља графички приказ у смислу чланка 2. Прве директиве. Штовише, узорак мириса није достатно постојан, нити трајан. Када, с обзиром на олфактивни знак, кемијска формула, опис ријечима или депонирање узорка мириса не могу, сами по себи, задовољити увјете који се траже за графичку приказивост, тада нити комбинација тих елемената није у могућности задовољити исте увјете, посебице оне који се тичу јасноће и прецизности. У свјетлу претходних размишљања, одговор Еуропског суда правде на друго питање је такав да, с обзиром на олфактивни знак, увјетима графичке приказивости не удовољава кемијска формула, опис писаним ријечима, депонирање узорка мириса, нити комбинација наведених елемената. Што се тиче описа мириса, иако је ријеч о графичкоме облику, он није довољно јасан, прецизан и објективан.¹⁴

Мирис је форма преко које се одређени знак може манифестирати на начин да може својом асоцијативном снагом упућивати конзумента према одређеном носитељу тог жига, те робе означене тим жигом учинити различитим од истих или сличних роба других носитеља.¹⁵ Стога је став ЕУИРО-а, односно раније ОНМ-а да мирисни жиг функционира као комуникацијски инструмент једино кроз човјекову осјетилну перцепцију.¹⁶

Хрватски Закон о жигу („Народне новине“, бр. 173/03, 76/07, 30/09. и 49/11; даље: ЗОЖ) не садржи одредбе које би упућивале на регистрабилност мирисних жигова, и то вјероватно из разлога немогућности адекватног графичког приказа таквог жига, односно због ефемерности мирисне форме која с временом губи на изражајности и не може се трајно очувати. Мирис се додуше може описати ријечима, али такав начин његове презентације је сувише арбитран и недовољно егзактан за прихваћање у смислу законских увјета за жиговну заштиту.

¹² L. A. Erlandsson, *The future of Scents as Trademarks in the European Community – basen on a comparision to the American Experience*, Faculty of Law, University of Lund, 2004, 32.

¹³ N. Q. Nguyen, *Special trade Marks – Legislation And the Situation In the European Community*, Lund University, spring 2002, 38.

¹⁴ О америчкој пракси везано за мирисне жигове опширније код L. B. Burgunder, *Trademark Protection of Smells: Sense or Nonsense*, 1991, 29 *American Business Law Journal* 459, 468.

¹⁵ Тако и В. Марић, *Форма жига*, Факултет за пословно право, Београд, 2003, 13.

¹⁶ *Myles Ltd.'s Application (for the scent of raspberries)*, R 711/1999-3, [2003] ETM 56.

Пред Државним заводом за интелектуално власништво Републике Хрватске, у поступку регистрације жига, ако се пријавом тражи регистрација неке друге врсте знака, у пријави се мора навести која је то врста знака, те овисно о врсти знака мора се приложити графички приказ знака који је јасан, прецизан, садржан у самом себи, лако доступан, трајан и објективан према цитираној пресуди *ECJ*-а у предмету „*Sieckmann*“¹⁷, све суkladно чл. 7. ст. 1. и 2. Правилника о жигу („Народне новине“, бр. 117/07, 66/91. и 125/13).

Међутим, с обзиром на потребе усклађивања нашег законодавства с еуропским прописима у подручју жиговног права, нужно ће бити ускладити дефиницију жига, из које ће се искључити нужност графичке приказљивости знака, али код регистрације оваквих знакова бит ће нужно управо водити рачуна о кондицијама из процеса *Sieckmann*.

Из пресуде у случају *Sieckmann* би се могао извући закључак да је постало врло тешко, ако не и немогуће, регистrirати мирисе као жигове.

У рецентном Водичу *EUIPO*¹⁸ је наведено како захтјеви из графичког приказа за мирисни знак нису испуњени кемијском формулом, описом у писаним ријечима, полагањем узорка мирис или комбинацијом тих елемената.¹⁹ Надаље, *EUIPO* наглашава како тренутно не постоји средство за графичко представљање мириса на задовољавајући начин, те не постоји опћенито прихваћена међународна класификација мириса, као што је то случај с међународним кодовима боја или нотним записима, помоћу које би се објективно и прецизно утврђивао олфакторни знак коз приписивање имена или прецизан код специфичан за сваки мирис.²⁰

Б. Звучни жигови

Од 1996. при тадашњем *ОНМ*-у, а сада *EUIPO*-у, су регистrirане различите врсте звучних жигова (*Sound Mark*)²¹, чиме је овај еуропски

¹⁷ Цит. А. Cvetic *et al.*, (rec.), *Priručnik za ispitivanje žigova*, DZIV, Zagreb, prosinac 2014, 10.

¹⁸ *Guidelines for Examination of European Union Trade Marks*, EUIPO, Part B – Examination, Section 4 – Absolute Grounds for Refusal, adopted 1.2.2017, 5.

¹⁹ Пресуда у предмету *Methylcinnamat*, C-273/00, 12.12.2002, EU:C:2002:748, § 69-73.

²⁰ Одлука од 27.10.2005, T-305/04, *Odeur de fraise mûre*, EU:T:2005:380, § 34. Суд је сматрао да мирис јагода варира од једне врсте до друге и опис „smell of ripe strawberries“ („мирис зрелих јагода“) се може односити на неколико врста, а тиме и неколико различитих мириса. Сам опис нити је једнозначан, нити је прецизан, те не може отклонити све елементе субјективности у процесу идентифицирања и доживљавања знака. Исто тако, слика јагода представља само плод који наводно емитира идентичан мирисни предметном знаку, а не сам мирис, те стога не представља графички приказ мирисног знака.

²¹ Нека национална законодавства изричито предвиђају заштиту звучних знакова као жигова. Вид. нпр. чл. 1. мађарског Закона о заштити жигова и ознака

орган заузео стајалиште како је звукове могуће регистrirати као жигове, и то, међу осталим, кроз чињеницу да је увео посебан дио на обрасцу свога захтјева на којему је могуће назначити да је ријеч о звучном жигу.²² У наведеном Водичу за испитивање Еуропских жигова *EUIPO*-а (*Part B, Sec. 4. - 2.3.*) спомињу се и звучни жигови.²³ У регистру *EUIPO*-а налазимо различите врсте звучних жигова. Примјерице, звукови су регистrirани у облику нотног цртовља, попут жигова СТМ 1416858, 919050, 1040955, односно ЕУТМ 1 637 859, ЕУТМ 11 923 554. ЕУТМ 004928371, ЕУТМ 005170113, ЕУТМ 10 265 486, ЕУТМ 13 473 574, ЕУТМ 12 438 628, ЕУТМ 14 240 741 и сл.²⁴

Пред *ОНИМ*-ом није првотно позитивно ријешен захтјев за регистрацију сонограма (СТМ 143891). Звук за који се тражила заштита требао би представљати рику лава, звучни знак филмскога продуцента *Metro-Goldwyn-Mayer (MGM)*, а с циљем распознавања његових роба и услуга. Наиме, Одбор за жалбе *ОНИМ*-а је 25.8.2003. одбио регистrirати жиг (R 781/1999-4)²⁵, али је подносиатељ захтјева уложио жалбу против те одлуке. У коначници, иста је твртка заштитила свој звучни жиг у САД-у

земљописног подријетла – звучни сигнали, односно чл. 4. српског Закона о жиговима – гласбене фразе приказане нотним писмом. Вид. С. Р. Вуковић, *Коментари Закона о ауторским и сродним правима, Закона о жиговима, Закона о правној заштити дизајна и Закона о заштити топографија интегрисаних кола*, Пословни биро, Београд, 2005, 230.

²² Иако постоје доктринарна гледишта како су звучни и музички жигови двије различите врсте неконвенционалних жигова, хрватска доктрина жиговог права под звучне жигове подводи и музичке жигове као подврсту. Тако Р. Кран, *Nekonvencionalni žigovi*, *Pravnik*, Zagreb, 48, 1, 2014, 70-71. Ово стајалиште произлази и из еуропских Смјерница за испитивање жигова Заједнице у Уреду за усклађивање на унутарњем тржишту (дизајн и жигови), Дио Б. – Испитивање, Одјељак 4. Апсолутни разлози за одбијање, 2014, 10,

https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/trade_marks_practice_manual/WP/Part-B/04-part_b_examination_section_4_absolute_grounds_for_refusal/part_b_examination_section_4_absolute_grounds_for_refusal_hr.pdf

²³ N. Q. Nguyen, *op.cit.*, 37.

²⁴ Ипак, раширеност нетрадиционалних жигова на разини ЕУ није значајна. Наводимо податке International Trademark Association: „Nontraditional marks remain quite rare: for example, for 1996–2012, 57% of Community trade mark applications were for word marks, 42% for figurative marks and just 0.02% for sound marks. There were only 10 applications for hologram marks and 7 for smell marks during that period”;

<http://www.inta.org/trademarkbasics/documents/intanontraditionalmarkspresentation.ppt>,

датум посјете: 21.3.2017.

²⁵ Утврђено је у овој одлуци како се сонограм може успоредити с приказом који користи гласбени запис, али с друге стране, сонограм без временске скале (хоризонтална) или фреквенцијске скале (вертикална) није прихватљив.

путем описа: „*The mark comprises a lion roaring*“ (US br. 73553567).²⁶ Ипак, накнадно другом пријавом MGM је 2008. успио заштити овај музички знак на европској разини (CTM 005170113).²⁷

Како би требало поступати гледе звучних жигова у Европској унији јасно је из случаја који се водио пред Европским судом правде, *Shield Mark v. Joost Kist* који се тиче звучнога жига «*Für Elise*» (C-283/01). Агенција за жигове са сједиштем у Амстердаму - *Shield Mark*, затражила је 1999. године регистрацију над великим бројем жигова који, тврдила је, представљају заштиту два звука: првих девет нота *Beethoven*-ове мелодије познате под називом „*Für Elise*“ (D#, E, D#, E, B, D, C, A) и кукуријекање пијетла. *Shield Mark* је користио и мелодију и кукуријекање те су их сви с истима и поистовјећивали. Обје странке у спору, *Shield Mark* и *Kist*, пружале су услуге у подручју интелектуалног власништва и маркетинга. *Shield Mark* је већ регистрирао различите жигове. Примјерице,

²⁶ Регистрабилност звучних жигова је у САД-у судским одлукама потврђена. V. *Oliveira v. Frito-Lay*, 251 F.3d 56 (2d Cir. 2001), approving *Re General Electric Broadcasting Co.*, 199 U.S.P.Q. 560 (Т.Т.А.В. 1978.). Детаљније о америчкој пракси код D. Vaver, *Recent trends in European trademark law: of shape, senses and sensation*, The Trademark Reporter, vol. 95, july-august 2005, 901. Позната је регистрација звучног жига HARLEY-DAVIDSON у САД-у. Детаљније код J. Young-Miller, *Harley Tries to Keep Engine Roar for Itself*, University of Kansas School of Law – Intellectual Property in the News, 1996-08-18. О заштити музичких (звучних) жигова у САД види у презентацији INTA: „In 1950, the National Broadcasting Company (NBC) registered its three-note chimes sequence as a service mark for broadcasting of radio programs in Class 38 (U.S. Reg. No. 523616, Apr. 4, 1950) (expired)). NBC obtained a similar registration in 1971. for broadcasting of TV programs (U.S. Reg. No. 916522, July 13, 1971). There are very few registered trademarks for sounds, under 100; probably the most famous is the roar of the MGM lion (U.S. Reg. No. 1395550, June 3, 1986). The Harlem Globetrotters franchise holds a trademark registration for the melody “Sweet Georgia Brown,” for entertainment services (basketball exhibitions) in Class 41 ((U.S. Reg. No. 1700895, July 14, 1992)), and American Family Life Insurance Company (AFLAC) registered the sound of the AFLAC duck quacking the company’s name for a variety of insurance underwriting services in Class 36 (U.S. Reg. No. 2607415, Aug. 13, 2002). An application to register the “distinctive chug” of a Harley-Davidson motorcycle engine was withdrawn by Harley-Davidson after six years of litigation and oppositions to the registration by nine different competitors. Competitors argued that other motorcycles with V-twin engines produce the same sound. Index of registered sound marks: <http://www.uspto.gov/trademarks/soundmarks/index.jsp>”;

<http://www.inta.org/trademarkbasics/documents/intanontraditionalmarkspresentation.ppt>,

датум посјете: 21.3.2017.

²⁷ Вид. и сличан случај *Edgar Rice Burroughs Inc. v. OHIM* (R708/2006-4) – тзв. Tarzan Yell Case. Жиг је регистриран као СТМ No. 5090055, (пријава 22.5.2006, регистрација 4.3.2008), а темељи се на сонограму те електроничком примјерку звука.

у *Benelux*-у је регистрирао нотно цртовље, те има регистрацију с описом звукова, као и регистрацију у којој су наведене ноте мелодије „*Für Elise*“ (*BX Nos. 517166, 535083, 551848, 552296*). Након што је хашки Призивни суд (25-05-99, 95/260) одбацио све захтјеве засноване на повреди жига, *Shield Mark* поднио је жалбу низоземском Врховном суду. Врховни је суд заузео стајалиште да је жалбу потребно ставити у мировање све док Еуропском суду правде не буду на прелиминарно одлучивање упућена питања.

Еуропски суд правде у случају *Shield Mark v. Joost Kist и др.*, изјаснио се у корист регистрације звучних жигова. У случају „*Sieckmann*“ Еуропски суд правде је понудио објашњење увјета које графички приказ знака мора испунити. Према том стајалишту, графички приказ мора бити

- самосталан;
- јасан;
- прецизан;
- једноставно прихватљив;
- разумљив;
- трајан;
- недвосмислен;
- објективан;
- графичкога облика, посебице у смислу кориштења слика, црта или знакова.

Нотно цртовље не само да јасно и прецизно назначује за што се заштита тражи него је цртовље и графички приказ у облику слика, црта и знакова.²⁸ Стога је Еуропски суд правде пресудом Ц-283/01 од 27. студеноса 2003. године поставио оквире за регистрацију звучног жига²⁹, нагласивши како презентација звука преко приказа у нотном цртовљу односно писани опис који објашњава брзину, ритам, темпо може бити прихватљива. Напротив, опћа дескрипција, ономатопеја или слијед гласбених нота (примјерице D#, E, B, C) нису довољни, јер не

²⁸ Звучни знакови не могу бити графички приказани описом ријечима, ономатопејом и секвенцама гласбених нота без икаквих других одређења. Звучни знак може бити регистриран као жиг само ако се његовим графичким приказом одређује висина и трајање звукова, односно кад је приказ учињен на одговарајућем нотном папиру односно на гласбеној лествици, подијељеној на тактове, која садржава уз кључ и ноте и станке, те повислице и снизанице. Цит. А. Раčki Маринковић, *Apsolutni i relativni razlozi za odbijanje registracije žiga*, у R. Matanovac, (op.red.) et al., *Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji*, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2006, 7.

²⁹ Пресуда доступна на интернет страници <http://www.ipo.gov.uk/about/about-consult/about-ecj/about-ecj-refs/about-ecj-refs-2001.htm>, датум посјете: 21.3.2017. Детаљније V. Marsland, op.cit., 86-87.

објашњавају точно буку, трајање или висину звука, остављајући значајан простор за слободну интерпретацију.³⁰

Дакле, уз кондиције из случаја „Sieckmann“, звук треба графички приказати, особито путем:

- слика,
- линија или
- знакова односно обиљежја.

Музички жиг приказује се нотним писмом на музичкој лествици која је подијељена на тактове и поред виолинског кључа садржи ноте и паузе, као и повисилице и снизилице.

Прије случаја „Shield Mark“, компанија Nokia је регистрирала као жиг Заједнице (СТМ, сада ЕУТМ) свој *ringtone* (*start-up tune*, стартни тон при укључивању мобилног уређаја) темељен на нотама на лествици (СТМ No. 1040955, пријава 12.1.1999., регистрација 30.10. 2000).

Међутим, према новом стајалишту Европског суда правде не може сваки звук звона телефона бити заштићен као жиг. Наиме, према пресуди у предмету T-408/15 *Globo Comunicação e Participações S.A. v. EUIPO* од 13. рујна 2016, банално звоњење аларма или стандардног телефона не може се регистrirати као жиг Европске уније.

Бразилско друштво *Globo Comunicação e Participações* затражило је 2014. од ЕУИПО-а (Уред Европске уније за интелектуално власништво, бивши ОНМ) регистрацију звучног знака, посебице за носаче за пријенос информација електроничким, усменим и телевизијским путем (примјерице апликације за таблете и паметне телефоне). Знак је у битноме био намијењен за употребу као звоњење аларма или телефона. ЕУИПО је одбио регистрацију тог знака као жига Европске уније због непостојања разликовног карактера. Прецизније речено, ЕУИПО истиче да се жиг за који је поднесена пријава појављује као банално и уобичајено звоњење које опћенито остаје незамењено и које потрошач не памти. Друштво *Globo Comunicação e Participações* покренуло је поступак пред Опћим судом Европске уније ради поништења те одлуке. Данашњом пресудом, Опћи суд потврдио је одлуку ЕУИПО-а и одбио тужбу друштва *Globo Comunicação e Participações*. Опћи суд најприје подсјећа да звукови могу сачињавати жиг, под увјетом да их је могуће графички приказати, што овдје јест случај, јер је жиг за који је поднесена пријава приказан у облику глазбених нота на нотном цртовљу, уз које се налазе кључ, станке и предзнаци. Опћи суд осим тога сматра да ће широка јавност жиг за који је поднесена пријава замијетити само као обичну значајку предметних производа и услуга, а не као ознаку њихова трговачког подријетла. Наиме, ријеч је о „стандардном“ звоњењу које је карактеристично за сваки

³⁰ L. Kemal, *Sounding it out: A Global view on registering sound trade marks (part I)*, www.thebrandprotectionblog.com, датум посјете: 24.3.2017.

електронички уређај који има бројач времена или за сваки телефонски уређај, тако да јавност без претходног познавања неће бити у могућности идентифицирати то звоњење на начин да означава само производе и услуге које пружа друштво *Globo Comunicação e Participações*. Због чињенице да жиг за који је поднесена пријава представља звоњење аларма или телефона које нема никакву својствену карактеристику која се разликује од понављања ноте која га сачињава (два гис тона) и која би омогућила разликовање других ствари од тог звоњења аларма или телефона, Опћи суд је закључио да ће опћенито остати незамијеђено и да га потрошач неће упамтити. Када је ријеч о услугама телевизијског емитурања и услугама које је могуће пружати у облику телевизијског програма, Опћи суд остаје при истом закључку појашњавајући да ће јавност звучни знак због његове баналности прије замијетити као онај који означава почетак или крај телевизијског програма. Будући да жиг за који је пријава поднесена нема разликовни карактер, Опћи суд закључио је да *EU IPO* није починио погрешку кад га је одбио регистrirати.³¹

Међународно жигово удружење (*International Trademark Association - INTA*) у својем Водичу за жигово испитивање³² раби појам звучног жига (*Sound Marks*), те наводи примјере таквог жига: пјесме, ђингл (*jingle*), познати звукови из природе, нетипични звукови и звукови произведени електронским путем који не постоје у природи. Управо форма звучног жига, односно његов непосредни визуални израз, одређује потенцијал његове регистрабилности. Гледе могућих форми таквих жигова, *ITA* упућује на гласбену нотацију и /или опис звука ријечима, одређење гласбених инструмената који се користе за изведбу тог звука, те дуљина гласбене фразе и нарав звука. Нотирање тог звучног знака представља се као најбољи модалитет гледе форме звучног жига. У случају кад се ради о гласби с припадајућим текстом, уз нотну одређење тог знака мора бити приложен и текст на начин да се испод сваке ноте наведе и одговарајући

³¹ Цит. Опћи суд Еуропске уније, Приопћење за медије бр. 93/16. Luxembourg, 13. 9. 2016, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-09/cp160093hr.pdf>, датум посјете: 21.3.2017. Еуропски суд правде (Суд ЕУ-а) чине два суда и то Суд, који рјешава захтјеве за претходне одлуке које подносе национални судови, одређене поступке за поништење и жалбе, те Опћи суд, који доноси одлуке у поступцима за поништење које су покренули појединци, подузећа и, у неким случајевима, владе држава чланица ЕУ-а. То у пракси значи да се овај суд углавном бави предметима повезанима са законодавством о тржишном натјечању, државном потпором, трговином, пољопривредом и жиговима. Детаљније D. Stanković, *Novo ustrojstvo Suda Europske unije*, Novi informator, br. 6443., od 7.11.2016. i D. Stanković, *Pretpostavke dopuštenosti i uspjehnosti zahtjeva za prethodnu odluku pred Sudom Europske unije*, Novi informator, br. 6394, od 30.11.2015, 1.

³² INTA, *Guidelines for Trademark Examination*, 13 May 1998, <http://www.inta.org>, датум посјете: 21.3.2017.

текстуални слог. Жигом заштићени звучни знак обухваћа и све могуће транскрипције тог знака.

Код овог жига не налазимо ограничења у његовом трајању, осим посредно из чл. 8. Правилника о жигу *RH*, у којем се наводи како приказ сваког пријављеног знака, па и звучног, мора бити уређен да стане у предвиђено мјесто на обрасцу пријаве (квадрат странице 8 цм) и да размак између двију најудаљенијих тачака знака (окомито, водоравно и у промјеру) не буде мањи од 1,5 цм.³³ Ипак, чини нам се да би наведену одредбу требало шире тумачити, омогућити регистрацију жига овакве форме и дужег трајања од оног који је лимитиран величином дијела обрасца пријаве жига.

Надаље, према хрватском Правилнику о жигу (чл. 7. ст. 3), ако се пријавом поднесеном електроничким путем у складу са чланком 35. Правилника тражи регистрација звучног знака, пријава може садржавати једну електроничку звучну датотеку која садржи тај звучни знак.³⁴

Када се жиг темељи на неглазбеном звуку, графички се приказ у пракси *EUIPO* прихвата ако се састоји од осцилограма или сонографа, под увјетом да жиг прати одговарајућа звучна датотека предана е-пријавом (видјети одлуку председника *EX-05-3* од 10.10.2005).

В. Мобилни жигови

Увјет дистинктивности односно препознатљивости не подразумијева искључиво постојање статичне ситуације. Другим ријечима, жиг може бити покретан, а изврстан примјер таквога жига долази од твртке *Kraft Foods UK Ltd.*, који се састоји од комада чоколаде која се мрви на специфичан начин (УК Но. 228003, 22.3.2002). Регистрацији је додан и опис: „Жиг се састоји од тродимензионалног облика који се раздваја, на начин приказан слиједом слика које су приложене обрасцу захтјева.“ Мобилне (покретне) је знакове (*Motion Marks*, *Movement Marks*, *Moving Marks*, *Kinetic Marks*) такођер могуће пронаћи у Еуропскоме регистру жигова.

³³ Хрватски ЗОЖ и пратећи Правилник о жигу не постављају увјет да звучни жиг мора бити такав да се може одсвирати на једном глазбеном инструменту, што је било предвиђено примјерице у чл. 5. ст. 4. раније југославенске Уредбе о поступку за признавање жига, *Службени лист СРЈ*, бр. 15/95.

³⁴ Ово у складу с Decision No EX-05-3 of the President of the Office of 10 October 2005 concerning electronic filing of sound marks (art.2.2.), OHIM: “[w]here registration of a sound mark is applied for, one sound file containing the sound may be filed as an attachment to the electronic application form. The sound file shall be in the .mp3 format. Its file size shall not exceed one Megabyte. It shall not allow loops or streaming.”

Примјерице тако је био на еуропској разини пријављен жиг *Doors of Lamborghini* (СТМ 1400092), али је одбијен 2001. Слијед покрета који показују карактеристично отварање врата аутомобила *Lamborghini* ипак није одобрен као заштитни жиг Заједнице (раније СТМ, сада ЕУТМ) од стране ОНМ-а (сада ЕУИПО). Пријава знака садржавала је опис начина на који се специфично отварају врата аутомобила, заједно с четири слике која приказује слијед гibaња врата. Овај знак није постигао регистрацију због недостатка разликовности односно посебности, односно стога што се ради о функционалној ознаци. Касније је овакав знак регистриран у САД-у (U.S.Reg. No. 2793439, 16.12.2003) којем је додан опис: „Жиг се односи на типично и својствено рјешење примијењено на врата возила. Приликом отварања врата се „окрећу према горе“, односно око окретне осовине која је у бити постављена водоравно и попречно у односу на смјер вожње.“³⁵

Мобилни жиг *Columbia* (USPTO ТМ 1975999) описује се како се састоји од "покретне слике бљеска свјетла чије се зраке свјетлости емитурају на позадини неба и облака. Призор се одражава од женског лика на постољу. Ријеч "COLUMBIA" се појављује на врху и пролази кроз бакљу, а затим се кружна дуга појављује на небу и окружује лик."

Мобилни жиг може се одбити у поступку регистрације кад „разумно пажљива особа с нормалним разинама перцепције и интелигенцијом, уз конзултацију ЕУТМ регистра, не би била у могућности схватити тачно од чега се конкретни жиг састоји, а да не уложи огромну интелектуалну енергију и имагинацију.“³⁶ Дакле, у већини случајева, како би за презентацију мобилног знака био јасан, прецизан и разумљив, графички приказ оваквог знака мора бити попраћена описом. Опис мора јасно објаснити покрет за који се тражи заштита и мора бити усклађен с оним што се може видјети у презентацији знака.³⁷

Већину мобилних жигова могуће је графички приказати на јасан и препознатљив начин како би исти удовољавали увјетима пресуде у случају „Sieckmann“. Посве је друго питање да ли одређени покрет може бити знак који је иначе особит. О томе ће требати одлучити у свакоме случају

³⁵ Усп. В.А., Kist, *Touch Me, Feel Me, Smell Me, Protect Me – Protecting Unconventional Trade Marks*, www.shieldmark.nl, датум посјете: 25.4.2008.

³⁶ Вид. ОНМ, decision of 23/09/2010, R 443/2010-2, RED LIQUID FLOWING IN SEQUENCE OF STILLS (EUTM 8 581 997) (al.), para. 20.

³⁷ Као примјер одбијене заштите оваквог знака в. случај ЕУТМ 9 742 974 : Знак обухваћа покретне слике које се састоје од приказа четкица које се крећу према рајчици, које притискају рајчице без оштећења кожице рајчице, те приказа на којем се четкица креће од рајчице. ОНМ је одбио захтјев јер није било могуће утврдити тачан покрет из описа даног уз графички приказ.

засебно, а када неки покрети недвојбено неће успјети постићи регистрабилност услјед своје сложености.³⁸

Г. Окусни жигови

Окусне (густативне) је жигове (*Taste Marks*) тешко пронаћи у регистрима, па ни у Европском регистру. Ипак, Регистар жигова Бенелуха садржи низ окусних жигова. Они се увијек састоје од описа укуса с објашњењем да је ријеч о окусноме жигу - DE SMAAK VAN DROP BX бр. 625 971, док опис гласи: „Жиг се састоји од описаног укуса примијењеног с обзиром на робу у класи 16 (okusни жиг).“³⁹

Неки правни сустви прихватили су окусне жигове подобнима за регистрацију.⁴⁰ У једном одређеном случају, графички увјет приказ био је задовољен помоћу писаног описа укуса те назнаке да се ради о знаку укуса. У процјени регистрабилности ове врсте жигова, принципи су слични онима који се односе на миришне жигове и могло би се рећи да се окусни жигови могу примијенити само на робу, а не услуга.⁴¹

У једном недавном судском случају, заузело се стајалиште да окус за који се тражила регистрација није био константан и да ће бити предмет модификације због врсте воћа или зрелости плода. Стога показатељ „умјетни окус“ није било довољан за постизање досљедности, односно неколико укуса јагода постоји и може се синтетизирати. У складу с тим, суд је пресудио да је такав знак без објективног карактера и није допустио његову регистрацију.⁴²

³⁸ E.W. Kahn *et al.*, *Starting to Register : Moving Image Marks*, The National Law Journal, 1996-05-26.

³⁹ B. A. Kist, *op.cit.*; D. Rønning, Taste, smell and sound – Future Trademarks?, http://www.patentstyret.no/templates/Page_429.aspx, цит. према WIPO, Standing committee on the law of trademarks, industrial designs and geographical indications, *New types of marks*, sixteenth session, Geneva, 13-17.11.2006, SCT/16/2, 19.

⁴⁰ Према стајалишту америчке праксе, технички гледано, окусни жигови могу бити подобни за регистрацију. Али пријава регистру окусног знака „захтијева темељито приказивање стечене препознатљивости“. *In re N.V. Organon*, 79 U.S.P.Q. 2d 1639, 1650 (Т.Т.А.В. 2006). У конкретном случају нејасно је како окус може функционирати као показатељ подријетла јер окус углавном обавља упорабну функцију и потрошачи углавном немају приступ окусу неког производа или могућност кушати га прије купње. Стога је у САД-у покушај Органона да заштити окус наранче за лијекове одбијен.

⁴¹ Цит. WIPO, Standing committee on the law of trademarks, industrial designs and geographical indications, *New types of marks*, sixteenth session, Geneva, 13-17.11.2006, SCT/16/2, 10.

⁴² *Eli Lilly and Co. v INPI*, Court of Appeal of Paris, 4th Chamber, 3.10.2003, Recueil Dalloz, Vol. 184 (2004), no. 33, 2433. Пријава се односила на окусни знак која

Д. Гестикулативни жигови

Геста којом се прстима опонаша рад шкара, а која је разликовно обиљежје TWIX чоколадица, међународно је позната, посебице у земљи подријетла у Низоземској. Титулар таквог гестикулативног жига (*Gesture Mark*), Марс БВ, већ годинама у рекламама користи гесту шкара како би истакнуо своје производе. Из Регистра жигова *Benelux*-а очигледно је да *Mars BV* има регистриран овај гестикулативни жиг (ВХ бр. 520574).

И у енглескоме регистру жигова могуће је пронаћи сјајан гестикулативни жиг: слику особе која лупка по своме носу, а који је регистриран за услуге у подручју хипотека и улагања (УК бр. 2012603).

Регистрација гесте као жига је могућа, под увјетом да је наведена геста препознатљива. Графички приказ мора бити темељито јасан и препознатљив, те не би требао представљати запреку када су у питању гесте.

Ипак требати ће још доста практичних искуствених случајева покушаја заштите оваквих знакова као жигова, како би се разјаснило јесу ли ти знакови само још један облик фигуративног жига или мобилног жига, или се ипак ради о другачијој врсти жига. Иако је регистрација овог типа знака и даље изнимна, чини се ипак, да је графички приказ могуће постићи кроз цртеж или слику и опис. Може бити тешкоћа у доказивању како је управо геста карактеристична за врсту робе и/или услуга које се жели обухватити регистрацијом таквог жига.

Ђ. Тактилни жигови

Нетко би могао замислити да само један додир одређене ствари или предмета може резултирати препознавањем, примјерице стога што површина коју смо дотакли посједује специфичну препознатљиву структуру. У томе случају, нетко би исту могао назвати тактичним жигом (*Tactile Mark*).⁴³

Могуће је да се код регистрације у *Benelux*-у за *Heineken BV* (ВХ бр. 602 076) мислило на одређену тактилну препознатљивост. *Heineken* је регистрирао пивску боцу као обликовни знак те напоменуо да „су на боцу отиснуте ознаке кориштењем поступка свилотиска (сериграфије).“⁴⁴

Ипак, регистрација тактичних жигова није честа у Еуропској унији, а поготово након случаја *Sieckmann*. Не пориче се да тактилни знак може

чини „умјетни окус јагоде“ за фармацеутске, ветеринарске и хигијенске производе и дијетне супстанце за медицинску употребу.

⁴³ American Wholesale Wine & Spirit, Inc.'s registration for „a velvet textured covering on the surface of a bottle of Wine“(U.S. Reg. No. 3155702, 17.10.2006).

⁴⁴ D. Rønning, *op.cit.*

бити препознатљив и да свакако може бити жиг, али, међутим, његов графички приказ ће недвојбено наићи на потешкоће, посебице када се чини да, након пресуде у случају *Sieckmann*, опис таквих невизуалних знакова тешко могућ. Ипак сувремена пракса у државама чланицама Еуропске уније није без примејра регистрације оваквих знакова, али у ријетким изнимкама.⁴⁵

Е. Положајни жигови

Појам „положајни жиг“ (*Position Mark*) изводи се из доктринарних гледишта.⁴⁶ „Положајни жиг“ одређен је мјестом на којему је придружен одређеноме производу.

Такве је карактеристичне знакове посебице могуће пронаћи у оквиру господарске гране производње одјеће, примјерице *Levi's*-ова позната црвена етикета која се увијек зашива на одређено мјесто траперица. Када је положајни знак сам по себи препознатљив, могуће је кориштењем јасног приказа врло лако удовољити увјету графичкога приказа.

Графички приказ може садржавати слику или цртеж који приказује посебно мјесто жига с обзиром на производ, као и опис у ријечи.⁴⁷

Ж. Холограмски жигови

ОНМ (сада *EUIPO*) сматра како холограми (*Hologram Marks*) такођер могу бити пуноправни жигови које би требало регистrirати попут стандардних жигова.⁴⁸ На пријавним обрасцима ОНМ-а остављен је простор у којему подносилац може назначити да је жиг 'холограм'. Унаточ тому, ова се могућност ријетко користи.

Ипак наилазимо на примјере овакве регистрације - први је жиг округли холограм постављен на врх пакирања (*CTM 01787456*), унутар холограма налазе се слова *BIO ACTIV*, као и неки елементи холограма.

⁴⁵ В. Тако је ипак у једној држави чланици регистrirан *Underberg in Braille* (German Reg. No. 30259811, 12.3.2003, док је у другој држави чланици такав знак регистrirан за текстуру или површину боце - Application No. 140058, of December 17, 2003, and registration granted though title No. 29597 of April 28, 2004 “*Textura Superficie Old Parr*” for alcoholic beverages, *Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI)*).

⁴⁶ Тако S. Völker, *Registering New Forms Under The Community Trademark*, *Trademark World*, no.152, November 2002, 24-33.

⁴⁷ Вид. примјер EUTM 8 316 184: The trade mark is a positional trade mark whereby a narrow copper ring is positioned visibly between two metal layers on the upper rim of the body of a pot or pan.

⁴⁸ R. Sieckmann, *Holograms: the next generations of trademarks?*, CPA's IP Review, winter 2005/06, issue 13, 26.

Чини се како објашњење указује на то да подносилац захтјева не жели регистrirати само холограм, него посебице чињеницу да је холограм округао и постављен на конкретно мјесто на врху пакирања: „Жиг је округли холограм постављен на врх пакирања.“ Тако жиг није само холограмски жиг, него посједује елементе „положајног жига“.

Други је примјер жиг *VF (CTM/EUTM 2117034)*. Такођер га прати кратко објашњење: „Слова ВФ бијеле боје на плавим куглама, назив *VIDEO FUTUR* у плавој боји на црној подлози.“

Иако се ово односи на регистрацију холограма, ни у једноме случају регистрација није истакнута основа холограма: чињеница да се лик мијења, овисно о куту из којег га проматрате. Холограми су врло дистинктивни. Уколико је основа холограма обухваћена заштитом холограма, односно промјењивих ликова, тада је потребно израдити лик који јасно и изричито приказује ову промјењивост. Графички приказ холограмских и мобилних знакова морају на одговарајући начин указати на комплексност садржаја знака.⁴⁹

3. Интеријерски жигови

Тлоцрт уреда, ресторана или продаваонице понекад може бити врло препознатљив. Постоје примјери тлоцрта за које је затражена регистрација. Сјајан је примјер покушаја регистрације интеријера као жига (*Interior Mark*) у Великој Британији гдје је био поднесен захтјев за регистрацијом услуга ресторана који се састојао само од описа декора и атмосфере ресторана (*УК* бр. 2004552), која регистрација је 1997. године ипак коначно одбијена. Опис је гласио: „Жиг се састоји од комбинације следећих карактеристика с обзиром на декор и атмосферу ресторана:

- изглед и убојање америчке залогајнице уз видљиво кориштење елемената од цигле и дрвене грађе.
- посјетнице причвршћене на различита мјеста на зиду кориштењем прибадача.
- столњаци израђени од смеђег папира за заматање.
- ротирајући дозери иза шанка намијењени дочењу замрзнутих коктела.
- рибарске мреже висе са зидова.
- расвјетна тијела у облику риба.
- свира гласба *country* и *western* жанра.“

Код оваквих жигова увјет графичког приказа сам по себи не би требао представљати било какав проблем. Међутим, сложеност жига могла би довести до превелике сложености цјелине те стога онемогућити њену препознатљивост и дистинктивност.

⁴⁹ А. Раčki Марinković, *op.cit.*, 8.

Упућујемо на знаковиту новију праксу Еуропског суда правде. Након пресуде у случају *Apple (C-421/13)* не може се искључити како елементи из графичког приказа тлоцрта трговине представљају сам дизајн, комбинирајући линије, кривуље и облике, без икакве назнаке величине и пропорције. Суд је био гледишта да се у таквом случају жиг може регистrirати под увјетом да је знак у стању разликовати услуге подносиоца захтјева за регистрацију од других подузећа, а ако нема других апсолутних разлоге за одбијање пријаве жига.⁵⁰

Разликовни карактер знака треба оцјењивати *in concreto* у односу на, с једне стране, предметне производе или услуге и, с друге стране, перцепцију релевантне јавности која се састоји од просјечних потрошача наведених производа или услуга, уобичајено информираних, пажљивих и у разумној мјери промишљених.⁵¹

И. Архитектурални жигови

Жиговна пракса забиљежила је спор који се тиче познате зграде трокутастог облика *Flatiron* у *New Yorku* као регистrirаног архитектуралног жига (*Architectural Mark* - приказ познате зграде УС бр. 75638800). Титулар жига, *Newmark*, приговорио је употреби дијела зграде од стране друге твртке (*Flatiron Partners*) у оквиру њеног логотипа (99, Civ. 9315 S.D.N.Y. 1999). Случај је коначно ријешен изванвансудским путем те је твртка *Flatiron Partners* добила лиценцу.⁵²

У регистрима *OHIM*-а (сада *EUIPO*) могуће је пронаћи различите зграде које су регистrirани као жигови. *CTM/EUTM* 1142363 је регистrirани жиг сервисне постаје *BP*. Такођер, познати изложбени салон аутомобила марке *SMART* уписан је у еуропски регистар (*CTM/EUTM* 1563469).

⁵⁰ 10/07/2014, C-421/13, Apple, EU:C:2014:2070: „Чланке 2. и 3. Директиве 2008/95/ЕЗ Еуропског парламента и Вијећа од 22. листопада 2008. о усклађивању законодавстава држава чланица о жиговима треба тумачити у смислу да се приказ уређења продајног простора самим цртежом без назнаке величине или димензија може регистrirати као жиг за услуге које се састоје од услуга које се односе на те производе, али не чине саставни дио њихове понуде продаје, под увјетом да је знак подобан за разликовање услуга подносиоца пријаве за регистрацију од оних других подузетника и да се регистрацији не противи ниједан од разлога за одбијање наведених у тој директиви.“

⁵¹ Вид. особито пресуде *Linde* и др., C-53/01 до C-55/01, EU:C:2003:206, т. 41., *Koninklijke KPN Nederland*, C-363/99, EU:C:2004:86, т. 34. и *OHIM/BORCO-Marken-Import Matthiesen*, EU:C:2010:508, т. 32. и 35.

⁵² Вид. P.T. Arden, *Protection of Nontraditional Marks*, INTA, 2000, 22.

Овдје графички приказ такођер није проблематичан. Ипак, код неких ће се зграда поставити упит да ли ће исте зграде послужити као елемент разликовности за робу и услуге за које су регистране.

3. ЗАКЉУЧАК

Иако се за њихову регистрацију тражи већи ступањ разликовности, тренд је либерализације регистрабилности неконвенционалних жигова у пракси *EUIPO* и националних уреда држава чланица Еуропске уније, као и у пракси Еуропског суда правде. У својој пресуди у случају *Sieckmann v. Deutsches Patent- und Markenamt* (C-273/00) о олфактивним жиговима, Еуропски је суд правде јасно и гласно објаснио на који је начин потребно тумачити „графички приказ“ како је дефиниран у чланку 2. Прве директиве. Темељем увјета које Суд поставља, долази се до закључка да, иако је у начелу могуће регистрати не визуалне знакове као жигове, *Sieckmann*-ове регистрације - кемијска формула, опис мириса и узорак мириса – нису ваљане. Пресуда Суда нуди неке напутке када вреднује ваљаност осталих нестандартних жигова. За визуални приказ укуса или осјета бит ће потребно вратити се описима, кемијским формулама или дијаграмима које је тешко ишчитати услијед помањкања визуално замјетних знакова. Из случаја *Sieckmann* је као резултат произашло стајалиште како такве регистрације не удовољавају увјетима Прве директиве. Звукови имају много бољу шансу да буду прихваћени као жиг. Звукови то дугују чињеници да их је једноставно и јасно приказати нотним цртовљем, које може удовољавати увјетима Прве директиве. Теже је постићи дистинктивност за остале нестандартне жигове, попут гестикулативних, положајних или холограмских жигова, интеријера као жигова, мобилних жигова те архитектуралних жигова. Могућност њихове графичке репродукције у већини случајева не би требала бити проблематична. Наравно, ту је још увијек и увјет да би жиг у начелу требао бити препознатљив, поред тога што га је могуће и графички репродуцирати, иако нова еуропска регулатива укида увјет графичког приказа знака. До сада је управо код регистрације одређених нестандартних жигова то могло представљати запреку, а с обзиром да је њиховоме графичкоме приказу, услијед њихове сложености, недостајати потребна препознатљивост.

Предстоји нам причекати упуте Уреда ЕУ (*EUIPO*) корисницима о алтернативним медијима и форматима приказивања знака, али и праксу која ће се у склопу Уреда ЕУ и Суда правде ЕУ формирати након 1. листопада 2017. у погледу регистрабилности неконвенционалних знакова. Ипак, за очекивати је како ће нова регулатива ЕУ омогућити више флексибилности у овом подручју, али уз уважавање свих досега досадашње праксе, посебице цјеловитих критерија из пресуде *Sieckmann*.

Посебице се то огледа у чињеници што се развојем сувремених технологија могу изнаћи примјењљивији модалитети приказа знака, посебице у случају егистрабилности звучних жигова. Томе посебице погодују опције дигиталних регистара звучних жигова, односно потенцијал дигиталних датотека у виду којих се могу приказати такви знакови, што може учинковито замијенити досадашње модалитете нотног приказа ових знакова.

Dragan Zlatović, LL.D.*

NON-CONVENTIONAL TRADEMARKS IN THE LIGHT OF NEW EUROPEAN REGULA

Summary

Trademark law continues to be one of the most interesting branches of law, not just in the realm of intellectual property law but in terms of general legal developments as well. Traditionally, the subject matter of trademarks includes words, logos, symbols or a combination thereof. Non-conventional or non-traditional trademarks are those marks which are beyond the purview of traditional trademarks and therefore consist of marks originating from shapes, sounds, smells, tastes and textures. Regulation (EU) No 2015/2424 of the European Parliament and the Council amending the Community trade mark regulation (the Amending Regulation) entered into force on 23 March 2016. The Amending Regulation removes the graphical representation requirement. This means that, from 01-10-2017, signs can be represented in any appropriate form using generally available technology, as long as the representation is clear, precise, self-contained, easily accessible, intelligible, durable and objective. This paper deals with the new era of non-conventional trade marks and their registration.

Key words: trade mark, non-conventional trade marks, intellectual property law, smell marks, sound marks.

* Professor at Polytechnic of Šibenik, Studies of Administrative Law

Др Вељко Турањанин*

Прегледни научни чланак

УДК: 343.125

УДК: 343.144

ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ И ПРАВНА ПРИРОДА СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА**

Рад примљен: 20. 08. 2017.

Рад прихваћен за објављивање: 15. 09. 2017.

Аутор у раду појмовно одређује споразум о признању кривичног дела, који представља правни трансплантат који заузима све значајније место у сфери кривичног поступка у Републици Србији. Рад је структурално подељен у више целина, при чему аутор заобилази класичну систематику разматрања нагодбе, те првенствено разматра однос споразума и ефикасности кривичног поступка. Централни део рада је посвећен одређивању појма и правне природе споразума. Уведен у законодавство у циљу растеређивања судова, споразум о признању кривичног дела је оправдао очекивања и има све већу примену у пракси, што је видљиво из резултата истраживања, која аутор даје на крају рада.

Кључне речи: споразум о признању кривичног дела, ефикасност кривичног поступка, примена споразума, правна природа.

I УМЕСТО УВОДА: СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА И ЕФИКАСНОСТ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

"Законодавац ће да допушта готово све, да толерише готово све, пре него што се усуди да крене у реформске подухвате."¹

Већ дужи низ година широм европског континента у јеку су расправе у вези са ефикасношћу кривичног поступка,² а кривичнопроцесни системи

* Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, e-mail: vturanjanin@jura.kg.ac.rs

** Чланак представља резултат рада на пројекту *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*, који финансира Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

¹ J. Langbein, *Torture and Plea Bargain*, The University of Chicago Law Review, vol. 46, no. 1, 1978, 19.

широм света суочени су чињеницом да су судови преоптерећени предметима. То није могло да заобиђе ни Србију. Због тога је последњу деценију XX века обележила јака легислативна активност европских држава на пољу кривичног поступка, при чему су законодавци деловали под утицајем, пре свега, спољних фактора, који се првенствено огледају у ставовима Европског суда за људска права и слободе, а потом националном судском праксом и теоријским схватањима.³ У том периоду европски кривични поступци су били подељени у више група, па тако на једној страни имамо бивше социјалистичке државе, утемељене на полазиштима Основа кривичног законодавства СССР, а чији се утицај проширио и на друге социјалистичке државе. На другој страни су старе западноевропске државе које су имале поједине заједничке историјске нити у развоју, с тим што су се међу њима појавиле и оне са самосталним правцем развоја, попут Велике Британије.⁴ У појединим државама англо-саксонског правног система консенсуални начини решавања кривичних поступака нису били ништа страно, али је то схватање на европско-континенталном подручју било неодрживо. Но, такво стање је постепено почело да се мења након Другог светског рата.⁵ Једно од најбољих запажања савременог кривичнопроцесног система, које се додуше односи на Енглеску, али је применљиво на готово сва савремена законодавства, дао је Дејвид Роуз. Према њему, енглески кривични систем је у кризи без прецедента, његова решења су нејасна и често штетна; у времену у ком је стопа криминалитета достигла високу тачку, систем није у стању да идентификује извршиоце кривичних дела, окривљују се невини док криви одлазе слободни, а често никада не буду процесуирани.⁶ Управо због тога, свака држава треба да има систем суђења у који грађани могу да имају поверење. Сигурно је наивна помисао да кривични систем може да решава

² О ефикасности и ефективности, као елементима рационалности кривичног поступка видети: С. Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004.

³ D. Krapac, *Some Trends in Continental Criminal Procedure in Transition Countries of South-Eastern Europe*, у: *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context – Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška* (ур. J. Jackson, M. Langer, P. Tillers), Oxford – Portland, 2008, 119.

⁴ B. Pavišić, *Novi hrvatski zakon o kaznenom postupku*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, no. 2, 2008, 491; T. Bubalo, *Novi koncept i nova zakonska rješenja u Zakonu o kaznenom postupku Republike Hrvatske od 15.12.2008. godine*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, vol. 3, no. 6, 9-10.

⁵ М. Симовић, В. Симовић, *Напомене о споразуму о признању кривице у кривичном поступку*, у: *Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније* (ур. С. Бејатовић), Крагујевац, 2011, 148.

⁶ D. Rose, *In the Name of the Law: The Collapse of Criminal Justice*, London, 1996, предговор књиге.

друштвене проблеме, попут наркоманије, нестајања моралних вредности или стабилних породица, али недостатак стабилног кривичног поступка, где грађани могу да рачунају с тим да ће суд са великом дозом тачности да разликује исправно од погрешно окривљених, те првим утврдити казну која је фер и праведна, доприноси отежавању и погоршавању наведених проблема.⁷ Такође, немогућа је претпоставка да можемо да створимо систем у коме неће постојати грешке. Оне се, с времена на време, дешавају, и неизбежне су.⁸

Дакле, у свим законодавствима се као кључна компонента кривичног поступка издвојила ефикасност. Пошто обим рада допушта само овлашан кратак приказ, навешћемо најбитније разлоге за повећање ефикасности кривичног поступка. Пре свега, била је потребна храброст да законодавац уопште уђе у крупне реформске подухвате. Потоње нарочито важи за конзервативније правне системе, мање склоне променама. Али, законодавац у Србији је огромним корацима кренуо у реформе, будући да га у последње време карактерише све више изражена спремност за мењање закона у свим областима права, што због приступања Европској унији, а што и због сопствене политике, оправдане или неоправдане. У литератури се наводи више разлога за издвајање ефикасности кривичног поступка као најбитније компоненте његове реформације, па можемо издвојити два основна. Прво, једино ефикасан кривични поступак може бити успешан инструмент у борби против криминалитета, који одговара циљевима генералне и специјалне превенције. Друго, суђењем које траје разуман рок, доприноси се заштити основних људских права и слобода.⁹ Ефикасност посматрана из угла кривичног процесног права даје нам одговор на питање да ли се кривични поступак води увек онда када му по закону има места и да ли се током његовог трајања примењују релевантне законске одредбе, односно, одговарајуће кривичне санкције у случају њиховог непридржавања.¹⁰ Само ефикасним кривичним поступком можемо постићи и остварити сврху вођења кривичног поступка и

⁷ W. Pizzi, *Trials without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It*, New York and London, 1999, 69.

⁸ L. Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law*, Cambridge, 2006, 4.

⁹ С. Бејатовић, *Споразум о признању кривичног дела и друге поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Србије као Инструменти нормативне ефикасности кривичног поступка*, у: Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе (ур. С. Бејатовић), књига 4, Крагујевац, 2009, 85-86.

¹⁰ С. Бркић, *Поједностављене форме кривичног поступања и поступак њиховог озакоњења у Републици Србији*, у: Законодавни поступак и казнено законодавство (ур. N. William et al.), Београд, 2009, 163; С. Циглер, *Тезе о економичности кривичног поступка*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, број 1-2, 2009.

кажњавања учиниоца. Сасвим логично питање, које је већ дуго закупљало пажњу правничке, али и лаичке јавности, била је сврха кажњавања извршиоца кривичних дела након што протекне више година од његовог извршења.¹¹ Законодавац је тражио нова и боља решења којим би постепено превазишао тај проблем. За сада, имплементираним решењима је створена нормативна база за бољи и ефикаснији поступак.

Сматра се да ефикасан кривични поступак има у својој основи две међусобно повезане и нераздвојне компоненте. Прво, трајање кривичног поступка. Само кривични поступци који трају релативно кратко време, дакле, они који се одликују брзином, могу бити ефикасни. На тај начин, остварује се и сама сврха кажњавања. Ипак, брзина одвијања суђења и завршетка кривичног поступка не сме ићи на ушртб права окривљеног. Окривљени увек поседује сва права која су загарантована законом и међународним актима. Из овога можемо да извучемо и другу компоненту ефикасног кривичног поступка – његову законитост. Само законит кривични поступак, који траје разуман временски период, може се сматрати ефикасним. Другим речима, ефикасан кривични поступак је онај поступак у којем је, у реално кратком временском интервалу од његовог покретања до окончања, уз поштовање законитости његовог вођења, донесена правилна и легална правноснажна судска одлука.¹²

Повећање ефикасности кривичног поступка тражи се у мерама убрзања претходног кривичног поступка (пре свега ширењем примене употребе принципа опортунитета), и у увођењу једноставнијих форми поступања у лакшим кривичним стварима, споразума о признању кривичног дела, проширењу функционалне надлежности судије појединца, смањењем броја ванредних правних лекова итд.¹³ Будући да значајно место у броју и структури судских кривичних предмета припада предметима лакшег и средњег криминалитета, очекује се значајно растерећење судова уз помоћ једноставнијих форми и процедура, у сврху лакшег решавања тежих кривичних предмета.

¹¹ По речима Маркуса Фелсона, ефикасан кривични систем се може мерити са врелом пећи. Једноставно, ако ставимо руку на њу, бол, макар и незнатан, наступа одмах, али ако бол наступи само једном у 500 пута, и то након више месеци, таква пећ није ефикасна. М. Фелсон, *Злочин и свакодневни живот*, Београд, 2011, 32.

¹² Д. Радуловић, *Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета*, у: Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета, Београд, 1997, 187; С. Бејатовић, *Трајање кривичног поступка као квалитативна компонента његове ефикасности и његов утицај на превенцију криминалитета*, у: Деликти насиља (ур. Д. Радовановић), Београд, 2002, 209.

¹³ С. Бејатовић, *Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка*, у: Основне карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства (ур. С. Бејатовић), Београд, 2000, 145.

Законодавац је 2001. године почео да ствара јаку нормативну основу за ефикасан кривични поступак, остављајући простор за ширење обима примене постојећих, али и увођење нових поступака. Поједини поступци нису до краја оправдали очекивања од свог увођења, али су донекле заживели у пракси. Будући да су правници у земљама региона, па и Србији, стасали на традиционалном кривичном поступку, сматрамо да ће бити потребно време да се таква свест измени. Довољно охрабрен применом постојећих решења, законодавац је кренуо још даље и дубље у законодавне промене. Доносећи нови ЗКП Србија је напустила изграђену кривичнопроцесну традицију, следећи „глобални узор“, што се пореди са поступком доношења истоименог законског текста из 1948. године – не толико због потребе да се кривични поступак учини бољим, него из жеље за приближавањем моћнијој држави.¹⁴ Вођење редовног кривичног поступка у све већем броју држава је у опадању, а уместо тога, нови модел који спроводе законодавци се састоји, најчешће, у тужилачким понудама бенефиција у погледу кажњавања окривљенима у замену за својеврсне акте самоосуде. При том, овај начин поступања се појављује у две варијанте, од чега прву чине понуде у виду „узми или остави“, док другу, далеко интересантнију, представљају преговарања око уступака окривљеном у замену за признање.¹⁵ Овакви модели располагања кривичним поступком пронађени су у упоредном законодавству. Услед испреплетености и дејства различитих фактора, преговарачка правда заузима све значајније место у националним законодавствима.¹⁶ Одлучујући подстрек за то је дошао од стране Савета Европе, који је *Препоруком R (87) 18* од 17. септембра 1987. године предложио поступак признавања извршења кривичног дела као инструмент убрзања кривичног поступка.

Компаративно право, дуг временски период виђено као луксуз у који су се упуштали поједини научници, дочекало је свој тренутак,¹⁷ прераставши детињство¹⁸ у ком је живело 70-их година прошлог века. Може бити корисно свима, почев од законодаваца, јер представља извор

¹⁴ Г. Илић, *Порекло и искуства Србије са јавнотужилачком истрагом*, у: Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена (ур. С. Бејатовић), Београд, 2013, 98.

¹⁵ М. Damaška, *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, International Journal of Criminal Justice, vol. 2, 2004, 1019.

¹⁶ F. Tulkens, *Negotiated Justice*, у: European Criminal Procedures (ур. M. Delmas-Marty, J. R. Spencer), Cambridge, 2002, 645.

¹⁷ T. Weigend, *Continental Cures for American Ailments: European Criminal Procedure as a Model for Law Reform*, Crime and Justice, vol. 2, 1980, 382.

¹⁸ M. Damaška, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 121, 1973, 507.

различитих приступа у решавању једног проблема, или чак иницирање реформе законодавства, до судија који у њему могу да пронађу решење за проблем који је настао инкорпорисањем страног правног института у домаће законодавство.¹⁹ У „тријумфалном маршу консенсуалних процедура“²⁰, један од нарочито актуелних правних трансплантата, споразум о признању кривичног дела, преузеле су и имплементирале у свом правном систему готово све европске земље, уз одређене модификације и прилагођавања, па се услед тога, решења разликују од државе до државе.²¹ Данас, споразум о признању кривичног дела представља „типичан примјер конвергенције два велика свјетска кривичнопроцесна система“.²² Рецимо, овај институт је постојао у немачкој пракси већ дуги низ година, али је то правило тек 2009. године преточено у законско, док је Италија прва европска држава која је и званично имплементирала у ограниченом обиму нагодбу о признању извршења кривичног дела. Њихов пример су следили бројне европске државе, па тако и Србија.²³ Дакле, за разлику од некадашњих поставки у

¹⁹ K. J. Heller, M. D. Dubber, *Introduction: Comparative Criminal Law*, у: *The Handbook of Comparative Criminal Law* (ур. K. J. Heller, M. D. Dubber), Stanford, 2011, 1.

²⁰ S. Thaman, *A Comparative Approach to Teaching Criminal Procedure and its Application to the Post-Investigative Stage*, *Journal of Legal Education*, vol. 56, no. 3, 2006, 469; M. Jimeno-Bulnes, *American Criminal Procedure in a European Context*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 21, 2013, 452. Иначе, под консенсуалношћу у кривичном поступку се подразумева договор између могућих странака пре почетка кривичног поступка или странака током трајања кривичног поступка, о начину избегавања или о окончању кривичног поступка. Г. Томашевић, *Кривично процесно право*, општи дио, Сплит, 2009, 154.

²¹ Иначе, сматра се да се преношења правних решења из једне земље у другу сврставају у три категорије, где у прву спадају ситуације у којима долази до пресељавања народа на нову ненасељену територију, при чему доносе своје право (што је одлика углавном пређашњих времена, иако није немогућа ни данас - прим. аутора), док у другу категорију потпадају пресељавања народа на нову територију на којој постоји цивилизација упоредива са њиховом. На крају, у трећој категорији се налази, данас вероватно најзаступљенија појава, у којој народ добровољно прихвата део система другог народа или више народа. А. Вотсон, *Правни трансплантати: приступ упоредном праву*, Београд, 2010, 63. Међутим, овде се може отворити питање добровољности приликом усвајања појединих правних института из упоредног права, где пре постоји притисак већих и економски моћнијих земаља.

²² Д. Радловић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2009, 290-291.

²³ Споразум о признању кривичног дела је био познат у међународном кривичном праву и пре појаве трибунала за бившу Југославију и Руанду. Тако је већ у Нирнбергу, споразум нуђен неколицини високопозиционираних личности, али не и оним на највишим положајима. На пример, Ерих фон Бах, који је био одговоран за смрт више од 200.000 цивила у Варшави и масовних егзекуција у Белорусији,

Вељко Турањанин, Појмовно одређење и правна природа споразума
о признању кривичног дела (стр. 41-62)

правним системима, данас је став да се до правде у кривичном поступку може доћи и преговарањем.²⁴ Као што видимо, последњих тридесетак година у европско континентално право, засновано на мешовитом, инквизиторско-акузаторском систему,²⁵ почињу да продиру решења са англосаксонског правног подручја. На тај начин све више се губи некада оштра разлика између наведена два система, при чему континентално право све више нагиње акузаторском моделу.²⁶ Борба против криминалитета и пребукираност судова предметима у готово свим европским државама, довеле су до имплементације различитих консенсуалних форми решавања кривичних поступака.²⁷ Процес правне трансплантације решења из једног система у други је више једносмеран, јер се европски законодавци поводе за решењима која потичу из англосаксонског, тачније, америчког права. Међутим, овакав процес преузимања решења из било ког дела правног система, популарно названих правних трансплантата (трансплантата),²⁸ повлачи велике тешкоће. Међу њима нарочито бисмо могли да издвојимо (не)компатибилност страних процесних правила са домаћом процесном културом, због чега је неопходна велика опрезност, а поједини аутори истичу и чињеницу да правни трансплантати могу да представљају и

Естонији и Пољској, након што је сведочио против себи надлежних лица, никад није нити оптужен нити изручен заинтересованим државама. М. Kaminski, M. Nalepa, *Judging Transitional Justice: A New Criterion for Evaluating Truth Revelation Procedures*, *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 50, no. 3, 2006, 401.

²⁴ М. Damaška, *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, *op. cit.*, 1022.

²⁵ Није увек једноставно одредити да ли систем припада акузаторском или инквизиторском типу кривичног поступка. Европска кривично-процесна законодавства, па тиме и италијанско, садрже решења оба типа, те представљају својеврсну мешавину две различите врсте поступака. Данас се државе махом окрећу адверсарном типу поступања у кривичним стварима, у коме је свака странка одговорна за вођење предмета у своју корист, почев од сакупљања доказа до испитивања сведока. С. Elliot, F. Quinn, *English Legal System*, Harlow, 2010, 425.

²⁶ О мешању акузаторског и инквизиторског поступка види опширније у: М. Damaška: *O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih normi*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 4, broj 2/1997.

²⁷ Р. Tak, *East Meets West: Aspects of Prosecution in Countries in Transition*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 7, no. 4, 1999, 428.

²⁸ Израз “правни трансплант” први је употребио Алан Вотсон, који под овим називом подразумева преношење правила или система права из једне земље у другу или из једног народа у други. А. Вотсон, *Правни трансплантаци: приступ упоредном праву*, Београд, 2010, 53. Међутим, ми ћемо се служити изразом *трансплантат*, као израз који је тековина српског језика, док термин трансплант представља англицизам. И. Клајн, *Речник језичких недоумица*, Нови Сад, 2012, 256.

тројанског коња за национално законодавство.²⁹ Због тога, приликом преузимања решења неопходно је имати меру и, колико год је то могуће, треба сачувати сопствену процесну културу, а не „вјешто калемити доминирајуће елементе другог типа кривичног поступка, јер то може да доведе до практичних проблема и несналажења субјеката кривичног поступка у новом кривичнопроцесном амбијенту, те до неефикасног и неправичног кривичног поступка“.³⁰

II ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

*"Поједноставити поступак је компликована ствар."³¹
"Споразум о признању кривичног дела и дискреција у кажњавању могу се разумети као елементи добро-функционишућег тржишног система."³²*

Споразум о признању кривичног дела представља самосталан правни институт, иако по појединим карактеристикама подсећа на медијацију.³³ Но, пре непосредног преласка на објашњавање места нагодбе о признању кривичног дела у кривичном процесном законодавству Републике Србије, неопходно је дефинисати овај правни институт. Законодавац не даје дефиницију споразума, али веома детаљно описује све неопходне претпоставке за његово закључење, као и сам поступак закључења. Уместо дефинисања, законодавац је регулисао закључење и садржај споразума, одлучивање о споразуму, одбацивање, прихватање и одбијање споразума, као и питање жалбе против одлука о споразуму. Будући да сва три ЗКП-а Србије до сада којим је била, или јесте, регулисана ова материја (ту се убраја и чувени ЗКП који никад није ступио на снагу) садрже слична решења, на основу њих можемо и одредити појам споразума. Но, пре

²⁹ R. Montana, *Adversarialism in Italy: Using the Concept of Legal Culture to Understand Resistance to Legal Modifications and its Consequences*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, vol. 20, issue 1, 2012, 101.

³⁰ Д. Радуловић, *Актуелна питања кривичнопроцесног законодавства Црне Горе – да ли нам је потребна нова реформа?*, у: Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена (ур. С. Бејатовић), Београд, 2013, 261; М. Шкулић, *Концепција истраге у кривичном поступку*, Ревиија за криминологију и кривично право, број 1, 2010, 66.

³¹ "To simplify is a complex matter". Иначе, Монтескје је гајио дубоко неповерење према поједностављењу поступка. F. Tulkens, *Negotiated Justice*, 681-682.

³² „Plea Bargaining and sentencing discretion may be understood as elements of well-functioning market system.“ F. Easterbrook, *Criminal Procedure as a Market System*, Journal of Legal Studies, vol. 12, no. 2, 1983, 289.

³³ *Ibid.*, 650.

разраде конкретне садржине ових одредаба, приказаћемо како се овај појам одређује у српској и упоредној јуриспруденцији.

На првом месту, према *Black's Law Dictionary*, под нагодбом о признању кривичног дела се подразумева преговарачки споразум између јавног тужиоца и окривљеног, где потоњи признаје кривицу за кривично дело или за једну или више тачака оптужнице, у замену за одговарајуће уступке од стране тужиоца, који се најчешће огледају у блажој казни или у одбацавању појединих тачака оптужнице.³⁴ Под овим појмом се, рецимо, подразумева процес преговарања између окривљеног са браниоцем и тужиоца око услова под којим би окривљени признао кривицу за конкретно кривично дело.³⁵ Слично, под споразумом се подразумева нагодба у којој окривљени признаје кривицу, у замену за тужбачеву препоруку суду у погледу смањења казне.³⁶ Према нешто широј дефиницији, споразум о признању кривичног дела представља начин решавања кривичног предмета, у коме се окривљени одриче права на редован поступак, а у замену за признање кривице добија препоруку од стране тужиоца за смањењем тачака оптужнице, или обећање да га неће теретити додатним тачкама оптужнице, или да ће препоручити кажњавање ублаженом казном.³⁷ Затим, споразумевање о признању кривице представља процес у коме су како интереси државе у идентификовању и кажњавању извршиоца кривичног дела, тако и интереси окривљеног за блажом казном, максимално заштићени у економском смислу.³⁸ Или, споразум о признању кривичног дела представља споразум између тужилаштва и одбране, где окривљени признаје извршење кривичног дела у замену за умањење казне и избегавање редовног кривичног поступка.³⁹ Опет слично, под овим појмом се разматра процес признавања кривице од стране окривљеног у замену за ублажавање оштрине оптужнице или обећање тужиоца да неће тражити максималну казну коју може да затражи по закону.⁴⁰ На крају, споразум је производ преговора између окривљеног

³⁴ B. Garner et al., *Black's Law Dictionary*, St. Paul, 2009, 1270.

³⁵ K. Kipnis, *Criminal Justice and the Negotiated Plea*, *Ethics*, vol. 86, no. 2, 1976, 93.

³⁶ R. Bacigal, *Criminal Law and Procedure*, New York, 2009, 283.

³⁷ J. McCord, S. McCord, *Criminal Law and Procedure for the Paralegal: A Systems Approach*, New York, 2006, 455. Нешто другачијим речима, споразум о признању кривичног дела представља популаран назив за процес у коме окривљени признаје кривицу за мање тачака оптужнице, мању казну или друге погодности. R. del Carmen, *Criminal Procedure: Law and Practice*, Houston, 2010, 45.

³⁸ T. McCoy, M. Mirra, *Plea Bargaining as a Due Process in Determining Guilt*, *Stanford Law Review*, vol. 32, no. 5, 1980, 895.

³⁹ J. Givati, *Legal Institutions and Social Values: Theory and Evidence from Plea Bargaining Regimes*, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 11, issue 4, 2014, 868.

⁴⁰ J. Scheb, J. Scheb II, *Criminal Law and Procedure*, Belmont, 2011, 537.

и тужиоца, при чему тужилац одбацује поједине тачке оптужнице или смањује казну у замену за признање кривице.⁴¹

У домаћој литератури малобројне су дефиниције споразума о признању кривичног дела, што није случај са упоредним правом. Тако, под овим појмом подразумевамо писмену сагласност воља окривљеног и јавног тужиоца, чији је главни предмет одређивање санкције која ће окривљеном бити изречена и без одржавања главног претреса, у замену за његово признање кривице.⁴² Односно, споразум о признању кривичног дела представља сагласност воља јавног тужиоца с једне стране и окривљеног који обавезно мора имати браниоца с друге стране, који се сачињава у писменој форми, а којим окривљени свесно, добровољно и искључујући заблуду у потпуности признаје кривицу за једно или више кривичних дела која су предмет оптужбе.⁴³ Или, споразум о признању кривичног дела представља споразум *sui generis* који се закључује између јавног тужиоца, с једне стране, и окривљеног и његовог браниоца, са друге стране, у случају кад се договоре да окривљени у потпуности призна извршење кривичног дела које му се оптужбом ставља на терет, а да тужилац за узврат учини окривљеном извесне повластице и уступке, пре свега у погледу блажег кажњавања.⁴⁴

Најопширнију дефиницију даје др Данило Николић, који споразум о признању кривичног дела посматра као у писменој форми сачињену сагласност слободних воља јавног тужиоца с једне стране, и окривљеног и његовог браниоца с друге стране, којим окривљени свесно, добровољно и са искљученом могућношћу заблуде у потпуности признаје кривицу за једно или више кривичних дела за која се терети, а која су предмет оптужбе, а јавни тужилац за узврат пристаје на давање појединих уступака окривљеном, који се односе на врсту и висину кривичних санкција, евентуално одустајање тужиоца од гоњења за друга кривична дела која нису предмет споразума, као и о другим односима који произилазе из

⁴¹ D. Hall, *Criminal Law and Procedure*, New York, 2012, 500.

⁴² В. Бајовић, *Споразум о признању кривичног дела – упоредноправни приказ*, Београд, 2009, 166.

⁴³ М. Радисављевић, П. Ћетковић, *Искуства Тужилаштва за организовани криминал у примени института споразума о признању кривичног дела*, у: Поједностављене форме поступања у кривичним стварима: регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. И. Јовановић и М. Станисављевић), Београд, 2013, 154; Е. Тончић, *Јавни тужилац као субјект закључења споразума о признању кривице*, у: Законик о кривичном поступку и јавно тужилаштво (С. Бејатовић et al.), Београд, 2009, 213.

⁴⁴ В. Ђурђић, *Странацки споразум о признању кривичног дела у кривичном поступку*, Ревизија за криминологију и кривично право, број 3/2009, 85.

кривичних дела која су предмет споразума или су у вези са тим или другим кривичним делима.⁴⁵

На основу проучавања законских одредаба о споразуму о признању кривичног дела, као и наведених дефиниција, можемо дати следећу дефиницију споразума. Споразум о признању кривичног дела представља писмени споразум између тужиоца и окривљеног, којим окривљени свесно, добровољно и са разумевањем последица потпуно признаје извршење конкретног кривичног дела, односно једног или више кривичних дела извршених у стицају, а тужилац за узврат нуди нижу казну или другу кривичну санкцију, која може бити изречена испод законског минимума, а којим је постигнута сагласност о трошковима кривичног поступка, одрицању странака и браниоца од права на жалбу против одлуке суда о прихватању споразума, о имовинскоправном захтеву и одузимању имовинске користи, и факултативно, о одустанку јавног тужиоца од кривичног гоњења за кривична дела која нису предмет споразума, о обавезама које се могу одредити као услов за коришћење од стране тужиоца начела опортунитета кривичног гоњења и одузимању имовине прибављене извршењем кривичног дела.

III ПРАВНА ПРИРОДА СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Кривични поступак какав имамо прилику да гледамо у америчким филмовима, препун спектакуларних осуда и ослобађања од кривице, је веома скуп и временски дуготрајан. Због тога су у пракси такви поступци ретки у наведеном законодавству, јер захтевају велики утрошак времена и материјалних ресурса. Сакупљање доказа, испитивање сведока од стране тужиоца и оптуженог и детаљно испитивање чињеница, некада доводи у питање и саму сврху кажњавања, поготово за лакша кривична дела. Као последица тога, дошло је до развоја вансудских споразума између страна у поступку. Већина случајева је почела да се завршава у тужиочевој канцеларији или у судским ходницима, без присуства сведока. Тужилац би предложио оптуженом казну или неку другу погодност у замену за његово признање кривице. Природа споразума о признању кривичног дела је контроверзна, без обзира на то да ли је строг или благ, природан или

⁴⁵ Д. Николић, *Странацки споразум о кривици*, Београд, 2009, 17; Д. Николић, *Споразум о признању кривице*, Ниш, 2007, 17; Д. Николић, *Споразуми о признавању кривичног дела као репрезентативна форма поједностављеног поступања у кривичним стварима*, у: Поједностављене форме поступања у кривичним стварима: регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. И. Јовановић, М. Станисављевић), Београд, 2012, 133.

принудан, да ли превише штити исправно оптужена лица или не штити довољно невини.⁴⁶

Споразум о признању кривичног дела, представљен овако, подсећа на традиционалан уговор.⁴⁷ Класична теорија уговора подржава слободу да се преговара чак и о казни у кривичном поступку. Приступивши таквом уговору, оптужени се одриче својих права, као што је право на праведно и непристрасно суђење пред поротом, у замену за одређене уступке од стране тужиоца, које се огледају у блажој казни или измени оптужнице у његову корист. На тај начин, применом *laissez-faire* доктрине тржишних принципа преговарања, терен преговарања око признања кривичног дела добија вид тржишта на коме се размењују наведене вредности,⁴⁸ који у појединим моментима „подсећа на турски базар“.⁴⁹ Ако погледамо могућности које законодавац пружа тужиоцу и окривљеном, можемо да приметимо да, са једне стране, окривљени има могућност да не призна да је извршио конкретно кривично дело које му се ставља на терет и да захтева редован поступак у коме је на тужиоцу обавеза да докаже да је окривљени извршио дело. С друге стране, тужилац има могућност да уђе у редован поступак и тражи максималну казну за извршено кривично дело. Међутим, обе стране имају и могућност да размене добра која су у њиховом „поседу“, па тако превасходно окривљени има могућност да тргује са својим правом да не призна извршење кривичног дела које му се ставља на терет.⁵⁰ Али, како је добро запажено, странке овде не тргују са вредностима које поседују у моменту склапања споразума, него са ризицима који се у будућности могу материјализовати на такав начин да једна или друга странка зажале због пропуштене прилике да се нагоде.⁵¹ Редован кривични поступак носи ризик по обе стране, тако да се чак и у

⁴⁶ R. Hollander-Blumoff, *Social psychology, information processing, and plea bargaining*, Marquette Law Review, vol. 91, 2007, 164.

⁴⁷ О томе и у: F. Easterbrook, *Plea Bargaining is the Shadow Market*, Duquesne Law Review, vol. 51, 2013, 551; K. Kipnis, *op. cit.*, 96; J. Jedick, *A Change in the Environment of Plea Bargaining: Using the Inspiration of Administrative Procedural Safeguards Like NEPA to Add Process Protections*, Washington University Law Review, vol. 91, issue 5, 2014, 1330.

⁴⁸ *Ibid.*; K. Graham, *Crimes, Widgets, and Plea Bargaining: An Analysis of Charge Content, Pleas, and Trials*, California Law Review, vol. 100, 2012, 1579; R. Adelstein, *The Negotiated Guilty Plea: A Framework for Analysis*, New York University Law Review, vol. 53, no. 4, 1978, 783, 809; H. Uviller, *Pleading Guilty: A Critique of Four Models*, Law & Contemporary Problems, vol. 41, 1977, 102-103.

⁴⁹ S. Bibas, *Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection*, California Law Review, vol. 99, 2011, 1119.

⁵⁰ R. Scott, W. Stuntz, *Plea Bargaining as a Contract*, Yale Law Journal, vol. 101, 1992, 1914.

⁵¹ *Ibid.*

најпознатијим америчким судовима суђење сматра „бацањем коцкица“, у којима можете како да победите тако и изгубите.⁵² Једноставније речено, у поступку преговарања о признању извршења кривичног дела, и окривљени и тужилац међусобно попуштају.⁵³ Уколико до тога не дође, исход суђења ће најчешће бити такав да ће само једна страна бити задовољна, што ће зависити од врсте пресуде и висине изречене кривичне санкције. Окривљени поседује многобројна процедурална права, која може да прода тужиоцу у замену за предлог блаже казне, а овакво право је свакако далеко вредније од неких других.⁵⁴ Пре приступања нагодби, окривљени носи ризик осуде, при чему му може бити изречена казна затвора у изузетно дугом трајању, а тужилац носи реципрочан ризик дугог кривичног поступка, са високим трошковима вођења истог, а праћеног ослобађајућом пресудом.⁵⁵

Наравно, у пракси постоје одређени проблеми у вези са оваквом концепцијом споразума о признању кривичног дела. Споразум и класичан уговор имају сличности, али и разлика, па је аналогија нагодбе и класичног уговора због тога далеко од савршене.⁵⁶ Споразум о признању кривичног дела окривљеног се не може сматрати правним послом у коме учествују две равноправне стране и који се темељи на доброј вери и на правно ваљаним и коректним принципима преговарања потпомогнутих јасним процедурама.⁵⁷ Због тога можемо да га посматрамо као посебну врсту уговора између државе и окривљеног.⁵⁸ Првенствено, споразум о признању кривичног дела има тачно одређену садржину. У њему је предвиђено шта је свака од страна које су учествовале у склапању споразума дужна да уради. Стране у споразуму су тачно одређене, са својим правима и обавезама. Свака страна има право да одступи од споразума, при чему је погађају одређене правне последице. Укратко речено, свакој страни се враћа оно што је дала у поступку. Уколико уговор

⁵² W. Pizzi, *Trials without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It*, New York and London, 1999, 75.

⁵³ Предвидљиво тржиште у Сједињеним Америчким Државама се постепено развијало, па су у почетку примене нагодбе адвокати знали за стандардна умањења казне за признања, то јест, шта добијају по цену признања. S. Bibas, *The Machinery of Criminal Justice*, Oxford University Press, 2012, 19.

⁵⁴ F. Easterbrook, *Plea Bargaining as Compromise*, Yale Law Review, 1992, vol. 101, 1975.

⁵⁵ R. Scott, W. Stuntz, *op. cit.*, 1914-1915.

⁵⁶ F. Easterbrook, *Plea Bargaining as Compromise*, *op. cit.*, 1974.

⁵⁷ Б. Симоновић, В. Турањанин, *Споразум о признању кривичног дела и проблеми доказивања*, Криминалистички и кривично процесни аспекти доказа и доказивања (ур. М. Матијевић), Интернационална асоцијација криминалиста, Бања Лука, 2013, 21.

⁵⁸ T. Sandefur, *In Defense of Plea Bargaining*, Law, 2003, page 1, www.socialsecurity.org, датум посете: август 2010. године.

прекрши тужилац, окривљени ће повући своје признање. Када уговор прекрши окривљени, тужилац ће ићи на редовно суђење пред поротом и захтевати највећу казну. Затим, класичан уговор производи дејство сам по себи, док споразум не производи непосредно дејство, већ служи као правни основ за доношење пресуде у кривичном поступку.⁵⁹ То је, не мала, разлика у односу на класичан уговор.

За разлику од класичног уговора, стране у овом поступку нису стављене у једнак положај, и на први поглед може да се примети недостатак једнакости положаја тужиоца и окривљеног, који се огледа у неједнаким овлашћењима и могућностима приликом доказивања својих тврдњи, али и у психолошкој оптерећености приликом преговарања. Тужиоцу стоји на располагању читав државни апарат за прикупљање доказа и утврђивање кривице окривљеног, а о резултатима своје истраге није дужан да га обавести. Затим, приликом закључења грађанскоправног уговора, стране су слободне да изаберу свог партнера. Код споразума о признању кривичног дела није тако. Уколико није задовољан понудом тужиоца, окривљени не може да оде другом тужиоцу и да се цењка⁶⁰ за повољнију понуду. У овом можемо да пронађемо и одређене елементе принуде, јер је тужилац свестан да је он једини који може упутити понуду окривљеном.

Према једном схватању, споразум о признању кривичног дела је споразум *sui generis*, али не и уговор, који сачињавају странке и бранилац у циљу окончања одређеног кривичнопроцесног предмета без одржавања главног претреса, који обавезно подносе суду, али који не производи правне последице непосредно него путем пресуде коју доноси суд након прихватања споразума.⁶¹

Једно од основних питања које се поставља у овом поступку јесте да ли су ова права преносива, односно, да ли окривљени може њима да тргује у поступку. Пре свега, њихова природа говори у прилог чињеници да су везана за личност окривљеног, те да се њима не може трговати. Али, ова права можемо да посматрамо и са аспекта дужности. Тако, можемо рећи да окривљени нема право на суђење, него дужност да докаже друштву да је погрешно оптужен, док тужилац има обавезу да обезбеди најтежу казну за окривљеног.⁶² Сматрамо да окривљени има право да замени своје право на суђење приликом размене вредности са тужиоцем, те да прихвати тужиоцеву понуду. Ово право не спада у групу права која су неотуђиво везана за личност титулара. За разлику од неких права, нпр. права гласа на

⁵⁹ В. Ђурђић, *op. cit.*, 90,

⁶⁰ Реч „ценкање“ је и у буквални превод америчког „*bargaining*“.

⁶¹ М. Симовић, В. Симовић, *Кривично процесно право*, Бања Лука, 2011, 341.

⁶² R. Scott, W. Stuntz, *op. cit.*, 1917.

изборима, која нису отуђива из читих разлога, овога права његов титулар може да се одрекне, те да склопи одређени уговор са тужиоцем.

Као и код уговора грађанског права, одређена правила постоје и код уговарања споразума. Одређене норме, као што је част, држање обећања и поверење, треба да постоје код склапања свих врста уговора. Овим нормама се даје већа вредност, него што је у питању законска санкција у случају кршења уговора. Тако је и код споразумевања о кривици, али уз значајне разлике. Окривљени лако може да прекрши обећања дата тужиоцу и да изгуби поверење тужиоца. Тужилац поготово у раној фази још увек не зна каква је личност окривљеног. Адвокат је једним делом у стању да помогне у решавању овог проблема, јер познаје окривљеног боље него тужилац.⁶³ Он зна више од тужиоца о чињеници да ли окривљени држи дату реч. Такође, може да се постави и питање поверења у тужиоца, у којој мери ће он остати при договору. У случају кршења договора од стране тужиоца, окривљени има право да повуче дато признање. Али, уколико окривљени прекрши свој део договора, тужиоцу преостаје редовно суђење, на коме окривљени може добити много тежу казну. Тужилац је, с друге стране, сачувао и материјалне и временске ресурсе за кривично гоњење других извршилаца кривичних дела.⁶⁴

Када посматрамо споразум о признању кривичног дела као уговор странака, постављамо и питање равноправности странака. Адверсарни поступак посматра тужиоца и окривљеног као једнаке стране у спору, као код уговора. Због тога је забрањено тужиоцу да преговара са окривљеним без присуства његовог браниоца, јер бранилац обезбеђује равноправност у правничком знању и предупредује евентуалне грешке које би могле настати уколико би сам окривљени водио преговоре. Ово свакако, јер није незамислива ситуација да се окривљени сложи са одређеним условима не штитећи сопствене интересе. Овај ризик погађа и исправно и погрешно оптужене на исти начин, али далеко теже последице има по невино лице. Овакве грешке, међутим, неће погодити само таквог окривљеног, већ и друштво у целини, што би ишло у прилог научним радницима који се не слажу са нагодбом о признању извршења кривичног дела.

Код уговора грађанског права, уговарачи су најчешће добро упознати са свим околностима које се тичу закључивања њиховог уговора. У кривичном поступку, ситуација није тако једноставна. Тужилац, који води истрагу, није дужан да о свему информише окривљеног, што умањује његову процену о својим шансама на суђењу.⁶⁵ Али, ни окривљени није дужан да о свим околностима извести тужиоца. Можемо да замислимо

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ S. Thaman, *Plea Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases*, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3, 2007, 22.

⁶⁵ В. Бајовић, *op. cit.*, 68.

ситуацију у којој тужилац нуди лакшу погодбу окривљеном, јер нема довољно правих доказа да би био сигуран у свој успех на редовном суђењу, а окривљени располаже са мноштвом информација о својим саучесницима, као и о кривичним делима која се припремају. Јасно је да неће бити честе ситуације да окривљени исприча тужиоцу све што зна.

Аналогија са класичним уговором се најчешће прави приликом притужби због кршења споразума или због његовог неизвршења, док поводом појединих других аспеката, аналогија са уговором не може да се постави. Тако нпр. навели смо се да је тужилац једини са којим окривљени може да склопи споразум. Он се понаша као монополиста, а наводи се и да се преговори воде на својеврсном црном тржишту, ван судског надзора. Судија овде нема право да учествује у преговорима, али он формира цену на тржишту, у виду прописивања казни које ће бити изречене, и у оквиру којих морају да се крећу преговори.⁶⁶ Ово је занимљиво схватање, али при том морамо да истакнемо контрааргумент у виду чињенице да је закључење споразума предвиђено и регулисано законом, па би се овде тешко могло радити о црном тржишту.

Овај део закључићемо тврдњом да споразум о признању кривичног дела представља компромис. Он погодује обема странама у поступку, које компромисно решавају насталу ситуацију и проблем. Другим речима, представља вољну трансакцију која доноси корист обема странкама. Нема нити једног разлога да се окривљеним лицима онемогући да побољшају свој положај споразумом о признању кривичног дела, а исправно спроведеним поступком подижу и вредност нагодби као правном институту.⁶⁷ Уместо што се критикује и тражи његова аболиција, треба радити на њему у циљу побољшања по сваку страну у поступку.⁶⁸

IV ПРИМЕНА СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Споразум о признању кривице, и раније, споразум о признању кривичног дела, представља прихваћен правни инструмент решавања кривичних поступака. Уколико пођемо од прве релевантне године за његову примену, 2010., према статистичким подацима које смо добили из Републичког јавног тужилаштва, виша и основна тужилаштва у Србији су закључила нагодбе са укупно 70 окривљених. Највећи број споразума је био закључен на територији Апелационог јавног тужилаштва у Београду, где је закључено 25 споразума (Више јавно тужилаштво 1, Прво основно тужилаштво 19, Основно јавно тужилаштво у Смедереву 2 и Основно јавно

⁶⁶ Судија Истербрук тврди да је и црно тржиште боље од непостојања тржишта: F. Easterbrook, *Plea Bargaining as Compromise*, op. cit., 1976.

⁶⁷ *Ibid*, 1979.

⁶⁸ Тако и : F. Easterbrook, *Plea Bargaining is the Shadow Market*, op. cit., 554.

тужилаштво у Неготину 2).⁶⁹ Виша и основна јавна тужилаштва на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Крагујевцу су закључила укупно 9 споразума, и то Више јавно тужилаштво у Крагујевцу 1, Основно јавно тужилаштво у Крагујевцу 1, Основно јавно тужилаштво у Крушевцу 2, Више јавно тужилаштво у Краљеву 1, Основно јавно тужилаштво у Пожеги 1, Основно јавно тужилаштво у Пријеполу 2 и Више јавно тужилаштво у Јагодини 1. Виша и основна јавна тужилаштва на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Нишу су закључила укупно 12 споразума: Више јавно тужилаштво у Нишу 3, Основно јавно тужилаштво у Нишу 1, Више јавно тужилаштво у Врању 3, Више јавно тужилаштво у Пироту 2 и Основно јавно тужилаштво у Пироту 3. Коначно, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Новом Саду закључено је укупно 24 споразума. Највише нагодби је закључило Основно јавно тужилаштво у Новом Саду – 14, потом Више Јавно тужилаштво у Новом Саду – 5, док је по један споразум закључен у Вишем јавном тужилаштву Сомбор, Основном јавном тужилаштву Сомбор, Вишем јавном тужилаштву Сремска Митровица и Вишем јавном тужилаштву Суботица.

Будући да је постепено прихванат од стране јавних тужилаштава у Србији, број закључених споразума је из године у годину растао. Али, да не бисмо улазили у статистичке податке о закљученим нагодбама у целој земљи, на овом месту ћемо навести само најосновније податке за године које следе, а детаљно ћемо приказати податке у вези са споразумима на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Крагујевцу. У 2011. години закључен је укупно 441 споразум. Од тога, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Београду закључено је 157 споразума, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Новом Саду 122 споразума, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Крагујевцу 29 споразума, а на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Нишу 117 споразума. Тужилаштво за организовани криминал је закључило 10 споразума, а Тужилаштво за ратне злочине 6.

У 2012. години закључено је укупно 869 споразума. Од тога, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Београду закључено је 287 споразума, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Новом Саду 222 споразума, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Крагујевцу 82 споразума, а на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Нишу 214 споразума. Тужилаштво за организовани криминал је закључило 59 споразума, а Тужилаштво за ратне злочине 5.

У 2013. години закључен је укупно 1382 споразум. Од тога, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Београду закључено је 671 споразума, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Новом Саду 371 споразума, на

⁶⁹ Овде треба водити рачуна да је у овом периоду важило ограничење споразума на дела са запређеном казном затвора до 12 година.

подручју Апелационог јавног тужилаштва у Крагујевцу 60 споразума, а на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Нишу 217 споразум. Тужилаштво за организовани криминал је закључило 62 споразума, док је Тужилаштво за ратне злочине закључило 3 споразума.

У 2014. години закључено је укупно 2054 споразума. Од тога, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Београду закључено је 820 споразума, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Новом Саду 765 споразума, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Крагујевцу 170 споразума, а на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Нишу 263 споразума. Тужилаштво за организовани криминал је закључило 36 споразума, а Тужилаштво за ратне злочине није закључивало нагодбе у наведеној години.

Као што је очигледно из наведених података, највећи отпор према споразуму је приметан на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Крагујевцу, на ком подручју је и закључен најмањи број. Иако може довести до утиска да ће се на наредним страницама рада само нагомилавати статистички подаци, сматрамо да треба да их наведемо, како би се указало на поједине особености овог института. Кроз разговоре који су вођени са тужиоцима примећено је да они махом предмете решавају применом начела опортунитета, те због тога не постоји већи број нагодби.

У 2011. години, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Крагујевцу, иницијатива за закључење споразума о признању кривичног дела је махом била препуштена окривљеном и браниоцу. Пре подношења оптужног акта, свега 2 пута је предлог упутило тужилаштво (радило се о основним тужилаштвима у Краљеву и Пријепољу), док су 22 предлога поднели окривљени и бранилац (овде је чак 16 предлога поднето Вишем тужилаштву у Ужицу, крушевачком 1, основном крагујевачком 2, а параћинском, ужичком и пријепољском по 1 предлог). Ситуација након подношења оптужног акта показује да тужиоци у тој ситуацији уопште нису желели да упуте предлог, па су забележена 42 предлога од стране одбране, а ниједан од стране тужилаштва. Два предлога су била поднета Вишем јавном тужилаштву у Крагујевцу, 8 Основном јавном тужилаштву у Крагујевцу, 1 Вишем јавном тужилаштву у Јагодини, 2 Основном јавном тужилаштву у Јагодини, 4 Вишем јавном тужилаштву у Крушевцу, 2 Основном јавном тужилаштву у Крушевцу, 3 Вишем јавном тужилаштву у Краљеву, 5 Основном јавном тужилаштву у Краљеву, 1 Вишем јавном тужилаштву у Новом Пазару, 5 Основном јавном тужилаштву у Новом Пазару, 1 Вишем јавном тужилаштву у Чачку, 1 Основном јавном тужилаштву у Чачку (није дошло до закључења споразума), 6 Вишем јавном тужилаштву у Ужицу и 1 Основном јавном тужилаштву у Ужицу. У поступцима у којима је поступало Више јавно тужилаштво у Ужицу је закључен највећи број нагодби – 10. На целом овом подручју, у посматраном периоду, а преко нагодбе, изречено је 20 затворских казни, у укупном трајању од 25 година и

Вељко Турањанин, Појмовно одређење и правна природа споразума
о признању кривичног дела (стр. 41-62)

9 месеци, четири новчане казне (у укупном износу од 1.810.000,00 динара и 10.000,00 евра), 5 условних осуда, 5 мера безбедности, а у три случаја је дошло до наметања обавеза из начела опортунитета. На крају, у по једном случају је споразумом било обухваћено враћање имовинске користи прибављене извршењем кривичног дела, договорена је васпитна мера, и одустајање тужиоца од гоњења за дела која нису обухваћена споразумом. Коначно, када су у питању одлуке суда по поднетом споразуму, забележено је 20 решења о усвајању нагодбе, те по једно решење о одбацивању (споразум Вишег јавног тужилаштва у Ужицу) и одбијању (Основног јавног тужилаштва у Јагодини). На одлуке суда је изјављена је свега једна жалба, и то пред Вишим судом у Новом Пазару, која је одбијена.

Положај одбране се није много променио ни у наредном периоду. Наиме, пре подношења оптужног акта подносилац предлога су у свега 9 случајева била јавна тужилаштва, док је су забележена 54 предлога одбране. Аналогно претходном, након подношења оптужног акта имамо свега један предлог тужилаштва, и 76 предлога одбране. Када је у питању споразум, поново се као најактивније подручје појављује Ужице, где је Више јавно тужилаштво пре подношења оптужног акта поднело 3 предлога, а Основно 6, али је зато одбрана поднела 27, односно, 7 предлога. Након подношења оптужног акта, појављује се свега један предлог Основног јавног тужилаштва, поред 3 предлога од стране одбране упућена том тужилаштву, и 16 упућених Вишем Јавном тужилаштву у Ужицу. Због тога је највећи број споразума и закључен у Ужицу, и то 36 у поступцима у којима је поступало Више јавно тужилаштво, потом следи Основно јавно тужилаштво у Краљеву (13), Више јавно тужилаштво у Крушевцу (12), Основно јавно тужилаштво у Ужицу (7), Више јавно тужилаштво у Чачку и Више јавно тужилаштво у Крагујевцу (4), Основно јавно тужилаштво у Крагујевцу и Више јавно тужилаштво у Краљеву (2), те Више јавно тужилаштво у Јагодини и Основно јавно тужилаштво у Чачку (1). У набројана 82 споразума договорене су: 61 казна затвора, 23 новчане казне, 12 условних осуда, 7 мера безбедности, наметнуто је 6 обавеза прописаних за поступање по начелу опортунитета, док је у 6 случајева договорено враћање имовинске користи. Такође, дошло је до одбацивања два споразума, док није било жалби против решења о усвајању.

У наредној, 2013. години, на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Крагујевцу, иницијатива за закључење споразума о признању кривичног дела је још израженије била препуштена окривљеном и браниоцу. Наиме, пре подношења оптужног акта забележен је 31 предлог упућен тужилаштвима од стране одбране, а након подношења оптужног акта дошло је до подношења 61 предлога тужилаштвима, док у обрнутом смеру није постојао нити један једини предлог. Поред већ устаљено, у овом домену, активног Вишег јавног тужилаштва у Ужицу (24 предлога), у посматраној години је дошло до активације Основног јавног тужилаштва у Крагујевцу

(18 предлога) и Основног тужилаштва у Новом Пазару, где је забележено подношење 15 предлога за закључење нагодбе. Но, у Новом Пазару је закључен идентичан број споразума, док је у поменутом ужичком тужилаштву дошло до закључења такође 15 споразума, а у крагујевачком свега 8. У осталим тужилаштвима са овог подручја споразуми су закључивани спорадично. Према доступним подацима, изречено је 29 затворских казни, 10 новчаних казни (у укупном износу од 112.953.000,00 динара), 10 условних осуда и 2 мере безбедности. Дошло је до одбацивања свега једног споразума, и то пред параћинским основним судом, док су остали споразуми усвојени.

Коначно, у последњој години за коју постоје сређени статистички подаци, на посматраном подручје је закључено 170 споразума о признању кривичног дела. Оно што изазива пажњу јесте чињеница да је коначно дошло до појачане иницијативе са стране јавних тужилаштва за преговарањем о признању кривичног дела, па пре оптужења имамо 79 предлога од стране јавних тужилаца наспрам 103 предлога упућена од одбране, те 35 предлога наспрам 69 након оптужења. Оно што је овде додатно занимљиво јесте чињеница да је на подручју Ужица дошло до наглог опадања броја предлога (свега 14 – сви предлози су били упућени ка/од ВЈТ Ужице), а дошло је повећане активности у Новом Пазару, Краљеву, Крагујевцу и Аранђеловцу. Изречене су 92 казне затвора (у укупном трајању од 141 године затвора), 5 новчаних казни (у укупном износу од 1.410.000,00 динара), чак 65 условних осуда и 2 мере безбедности. Суд је прихватио 162 споразума, 6 је одбио, док су 2, у моменту прикупљања података, била нерешена. Такође, јавни тужилац је изјавио укупно пет жалби на одлуке суда (све жалбе је изјавио ВЈТ Ужице, при чему можемо да закључимо да се у свих пет случајева ради о предметима у којима је суд одбио споразум – где, дакле, само у једном случају није изјављена жалба), али нисмо успели да дођемо до података о одлукама судова поводом изјављених жалби.

V ЗАКЉУЧАК

Предмет анализе рада је био споразум о признању кривичног дела, који представља релативно нов институт у кривичном процесном законодавству Републике Србије, али само један његов сегмент, тј. његово појмовно одређење и правна природа, при чему је, ипак, било неизбежно дати осврт на однос нагодбе и ефикасности кривичног поступка. Признању извршења кривичног дела посвећује се велика пажња већ вековима, а потрага за признањем у кривичним поступцима траје од зачетка кажњавања за извршена дела, која су тек касније појмовно одређена као кривична дела. Вредност коју је признање стицало осцилирало је кроз историју, те су тако постојали периоди у којима му уопште није поклањано поверење, али и они

када је признање посматрано као претерано важан доказ у кривичном поступку. Примера ради, у раздобљу инквизиције признању је поклањана највећа пажња, након чега поверење у овај доказ неминовно почиње да лагано опада, а данас, оно представља само један од доказа против окривљеног лица, али захваљујући тенденцијама поједностављења кривичног поступка признање постепено добија статус све важнијег доказа. Већ пар деценија у упоредним законодавствима, а потом и у српском, дошло је зачетака преговарања са окривљеним да призна извршење кривичног дела у замену за одређене бенефиције. Законодавац Републике Србије је споразум о признању кривичног дела инкорпорисао у Законик о кривичном поступку Србије из 2006. године, али ни решење, ни Законик, нису ступили на правну снагу. Њиме је формално био уведен у законодавство правни институт споразума о признању кривице, али се на његову примену морало сачекати све до измена и допуна Законика о кривичном поступку из 2009. године. Овим законским текстом одредбе о споразуму су ступиле на правну снагу, у благо измењеној форми у односу на решење фактички непостојећег ЗКП-а из 2006. године. У овом раду смо заобишли разматрања већ класичних питања, о којим такође постоје многобројна спорења, и посветили се искључиво појмовном одређењу и правној природи нагодбе. Посебно је било потребно обрадити досадашњу примену споразума у пракси. Резултати истраживања јасно указују да је примена нагодбе све већа, што у сваком случају представља позитиван резултат новог ЗКП-а Србије, што се не би могло рећи за неке његове друге одредбе, захваљујући којима поступци свакако нису постали ефикаснији, упркос томе што је то био један од основних разлога улажења у поступак реформе кривичног поступка.

Veljko Turanjanin, LL.D*

CONCEPTUAL DEFINITION AND LEGAL NATURE OF PLEA BARGAINING

Summary

The author in the work deals with the conceptual definition of the plea agreement, which represents a legal transplant that takes an increasingly important place in the sphere of the criminal proceedings in Serbia. The work is

* Assistant professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

structurally divided into several parts, whereby the author bypasses the classical systematic of the plea bargaining. So, the primary consideration is devoted to the relationship between plea agreement and the efficiency of the criminal procedure. The central part of the work is dedicated to determining the concept and legal nature of the plea bargaining. Introduced into legislation to relieve overloaded courts, the plea agreement justified the expectations and has increasingly application in the practice. It is visible from the results of the survey, which the author gives at the end of this work.

Key words: *plea bargaining, plea agreement, legal nature, efficiency, survey.*

Драгана Спасић*

Прегледни научни чланак
УДК: 343.281

САВРЕМЕНИ МОДЕЛИ УСЛОВНЕ ОСУДЕ У УПОРЕДНОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Рад примљен: 24. 01. 2017.

Рад исправљен: 30. 08. 2017.

Рад прихваћен за објављивање: 15. 09. 2017.

Условна осуда је једна од највише примењиваних, односно изрицаних санкција у пракси наших судова. Учесталост изрицања ове санкције, са једне стране, као и многобројни појавни облици њеног испољавања у страним законодавствима, са друге, чине ову санкцију изузетно интересантном за проучавање. Следствено томе, предмет овог чланка јесте упоредно-правна анализа кривично-правних прописа о условној осуди земаља англосаксонског и евроконтиненталног правног система. Институт условне осуде у англосаксонском правном систему сагледаће се кроз кривично законодавство Енглеске и Велса, док ће се у евроконтиненталном систему овај институт сагледати кроз законодавна решења Француске, Чешке, Немачке и Шпаније.

Кључне речи: *условна осуда, условна осуда са заштитним надзором, пробација, кривична санкција, условно ослобођење, одлагање осуде.*

I УВОД

Крајем деветнаестог и почетком двадесетог века дошло је до хуманизације кривичног права изражене кроз напуштање схватања да се сврха кажњавања огледа у испаштању и одмазди и прихватању превенције и ресоцијализације учиниоца као основних циљева казне. Под утицајем промене схватања у погледу сврхе и циљева кажњавања, као и увиђања штетности казни лишења слободе, пре свега краткотрајних, и знатног учешћа тзв. багателног криминалитета у његовој општој структури, долази до стављања у први план учиниоца кривичног дела и до све чешће

* Сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, e-mail: dspasic@jura.kg.ac.rs

примене тзв. парапепеналних санкција.¹ Реч је о кривично-правним санкцијама које не обухватају лишавање слободе учиниоца, већ подразумевају његово остављање и третирање на слободи.² Једна од таквих кривично-правних мера је свакако и условна осуда. Условна осуда спада у ред веома значајних кривичноправних и криминално-политичких мера за сузбијање криминалитета. У основи њене примене је схватање да се сврха казне код одређене групе делинквената, тзв. случајних, ситуационих делинквената, може постићи и без њеног извршења.³ Оваквим ставом се афирмише принцип да је казна, нарочито казна лишења слободе, *ultima ratio* у сузбијању криминалитета, односно да не треба примењивати строже санкције све док се општа сврха кривичних санкција може постићи блажом врстом санкције. Основна идеја на којој почива условна осуда огледа се у подстицању реформе извршиоца кривичног дела те се стога приликом одлучивања о одлагању извршења казне најпре полази од изгледа за рехабилитацију.⁴ На овај начин, условна осуда „има пожељне моралне конотације, нуди алтернативу ригорима затвора и садржи могућност повратка тим ригорима у случају кршења постављених захтева.“⁵

Иако није једини супститут казне лишења слободе, условна осуда се показала као једна од најефикаснијих мера.⁶ Ефикасност условне осуде у сузбијању криминалитета огледа се у успешном реинтегрисању преступника у друштво, што у крајњој линији доводи до смањења нивоа рецидивизма.⁷

¹ М. Ђорђевић, *Условна осуда са заштитним надзором у кривичном праву Републике Србије*, преддокторски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, 4.

² С. Бејатовић, *Условна осуда*, Београд, 1986, 4.

³ В. Миладиновић, *Условна осуда у новом кривичном законодавству*, у: Зборник радова Правног факултета у Нишу (ур. С. Стојичић), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 1978, 232.

⁴ R. Edney, M. Bagaric, *Australian Sentencing: Principles and Practice*, New York, 2007, 353.

⁵ K. Hawai, et al., *Probation Round the World: A Comparative Study*, New York, 1995, 33.

⁶ М. Ђорђевић, *op.cit.*, 32.

⁷ Резултати спроведених истраживања о односу условне осуде и рецидивизма показују да је у случају када се условна осуда изриче преступницима који раније нису били осуђивани, стопа рецидивизма ниска (10,6%), док је код оних учинилаца који имају кривични досије стопа рецидивизма већа (38,1%), што упућује на закључак да је кривични досије статистички у корелацији са рецидивизмом. J. Cid, *Suspended sentences in Spain: Decarceration and recidivism*, The Journal of Community and Criminal Justice, Volume 52, Issue 2, 2005, 169-176; До сличних резултата је дошао у тестирању теорије застрашивања, према којој је казна затвора ефикаснија у спречавању будућег криминалног понашања и теорије етикетирања, која заступа став да је условна осуда ефикаснија у сузбијању

Управо су корисност и ефикасност условне осуде довели до њене широке примене и прихваћености у готово свим савременим кривичним законодавствима. Стога је од нарочитог значаја упознавање са начином функционисања овог института у савременом кривичном законодавству других земаља.

II АНГЛОСАКСОНСКИ ПРАВНИ СИСТЕМ

А. Енглеска и Велс

Историјски посматрано, англосаксонски ситем условне осуде настао је нешто раније од континенталног система. У време њеног настанка условна осуда се често подводила под тзв. „хибридне санкције“, јер је у то време постојала јасна граница између затворских и незатворских облика казни, па су лица могла бити осуђена само на једну од поменуте две, а не на обе „истовремено“.⁸ За увођење условне осуде у судску праксу енглеских судова био је заслужан бирмингемски судија Хил. Он је у периоду од 1842. до 1854. године изрекао 417 условних осуда према оним малолетницима за које је сматрао да постоји могућност поправљања, поверавајући их на старање одабраним лицима. Позитивни резултати овакве судске праксе довели су до широке примене условне осуде на територији читаве Енглеске, и оснивања посебног удружења (London Police Court Mission) састављеног од чланова који су у договору са судом добровољно преузимали обавезу вршења надзора над лицима која, према процени суда, није требало упућивати у затвор.⁹

Материја условне осуде је у савременом кривичном праву Енглеске и Велса регулисана Законом о кривичном правосуђу и Законом о

рецидивизма. Резултати су показали да условна осуда ефикаснија у смањењу рецидивизма. J. Cid, *Is Imprisonment Criminogenic? A Comparative Study of Recidivism Rates between Prison and Suspended Prison Sanctions*, у: *European Journal of Criminology*, Volume 6, Issue 6, 2009, 459-480; Aarten и други пак наводе да између ових санкција нема разлике у стопи рецидивизма. P. Aarten, A. Denkers, *Suspending re-offending? Comparing the effects of suspended prison sentences and short-term imprisonment on recidivism in the Netherlands*, у: *European Journal of Criminology*, Vol. 11, Issue 6, 2014, 702-722; Најригорозније поређење је спроведено од стране Министарства правде, које је показало мању стопу рецидивизма након издржане условне осуде у односу на затворску казну до 12 месеци и друге ванзаводске санкције. S. Armstrong *et al.*, *International Evidence Review of Conditional (Suspended) Sentences*, <http://www.sccjr.ac.uk/wp-content/uploads/2013/01/Conditional-Sentences-FINAL-january-2013.pdf>, датум посете: 09. 09. 2016.

⁸ M. Cavadino, J. Dignan, and G. Mair, *The Penal System*, Sage, Washinton DC, 2013, 139.

⁹ *Ibid*, 26.

овлашћењима кривичних судова. У енглеском кривичном праву постоји неколико различитих санкција, односно мера које представљају модалитете условне осуде. То су: пробација (*probation*), условно ослобођење (*conditional discharge*), условна осуда (*suspended sentence*) и условна осуда са заштитним надзором (*suspended sentence supervision order*).

Пробација, као најзначајнији облик условне осуде, изриче се преваходно неосуђиваним лицима, малолетницима, старијим лицима и за лакша кривична дела. Према члану 41. Закона о овлашћењима кривичних судова¹⁰, кривично одговорно лице старости 16 или више година суд може ставити под надзор одговарајуће службе у трајању од 6 месеци до 3 године, ако процени да је такав надзор потребан у циљу рехабилитације учиниоца, заштите друштва од учиниоца или превенције даљег вршења кривичних дела од стране учиниоца. Приликом изрицања пробације, суд је дужан да одреди пробационог службеника са територије на којој учинилац кривичног дела има пребивалиште. У циљу што успешније ресоцијализације и успешније интеграције преступника у друштво, учинилац је дужан да одржава сталне контакте са пробационим службеником и да га информише о евентуалној промени адресе. Осим основне обавезе, да у периоду проверавања учинилац не учини ново кривично дело, пробација може садржати и додатне обавезе за условно осуђеног, као што су: смештај у посебна прихватишта за делинквенте, обавеза јављања одређеном лицу у месту утврђеном пресудом; предузимање или уздржавање од одређених активности до укупно 60 дана; повремено јављање у одговарајући пробациони центар до највише 60 дана, а учиниоцима сексуалних деликата ова обавеза може бити продужена и преко 60 дана; лечење душевне поремећености лакшег типа која не захтева третман у одговарајућој установи већ од стране регистрованог приватног лекара или психолога.¹¹ У току времена проверавања, учинилац се мора придржавати обавеза одређених у пресуди. У супротном, учинилац може бити позван да дође на суд или може бити издат налог за његово хапшење. Уколико осуђени не наведе оправдане разлоге за неиспуњење обавеза, суд може да му изрекне новчану казну, меру општекорисног рада или га упутити у васпитни центар за малолетнике или опозвати пробацију и учиниоца осудити на било коју другу санкцију. Уколико учинилац вољно и упорно крши утврђене обавезе, суд му може изрећи казну затвора.

У члану 12. став 2. Закона о овлашћењима кривичних судова, предвиђена је могућност суда да кривично одговорног учиниоца **ослободи**

¹⁰ Powers of Criminal Court (Sentencing) Act, 2000,
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/6/pdfs/ukpga_20000006_en.pdf, датум посете:
20. 8. 2016.

¹¹ И. Вуковић, *Облици условне осуде у законодавству Енглеске и Велса, Малте и Шведске*, Страни правни живот, год. 46, бр. 1, 2001, 119-120.

под условом да у току времена проверавања, које може трајати најдуже три године, не учини ново кривично дело. Условно ослобођење изриче се примарним делинквентима, а због околности под којима је дело извршено, природе извршеног дела и личности учиниоца, казна не би била адекватна кривична санкција. Законом су постављена и ограничења за примену ове санкције. Наиме, условно ослобођење се не може изрећи за кривично дело за које је законом утврђена казна нити када је реч о најтежим кривичним делима. Уколико за време проверавања учинилац изврши ново кривично дело, учиниоцу ће бити изречена санкција за оба кривична дела.

Условном осудом суд може одложити извршење утврђене казне затвора до две године под условом да у току времена проверавања, које не може бити краће од једне ни дуже од две године, не изврши ново кривично дело запређено казном затвора. Ако учинилац поступи супротно овој забрани, доћи ће до опозивања условне осуде и извршења утврђене казне. Као и код условног ослобођења, ни код овог облика условне осуде не постоји елемент надзора над процесом рехабилитације учиниоца. Интересантно је истаћи да се овим обликом условне осуде одлаже извршење, а не изрицање казне (што је карактеристично за англосаксонски тип условне осуде), што говори о приближавању континенталном моделу условне осуде.

Најзад, условна осуда којом се одлаже казна затвора од шест месеци до две године може бити праћена **стављањем под надзор** одговарајућег службеника за време које не може бити дуже од укупног времена проверавања.

Поред наведених варијетета условне осуде, треба поменути и **одлагање осуде** (*deferment of sentence*), које представља могућност одлагања казне за период од шест месеци, под условом да учинилац у том периоду испуни захтеве које му је суд одредио, као што су лечење, боравак на одређеном месту и дуге обавезе које суд оцени као адекватне. У случају да учинилац не испуни постављене захтеве, суд може опозвати условну осуду и изрећи казну која је у њој утврђена. Законом је предвиђена и могућност суда да за време периода одлагања постави супервизора, односно пробационог службеника који ће се старати о добром владању учиниоца.¹²

III ЕВРОКОНТИНЕНТАЛНИ ПРАВНИ СИСТЕМ

А. Француска

У законодавство Француске условна осуда је уведена Законом о олакшавању и отежавању казне из 1891. године чији је творац био сенатор Беранже (Беранжеов закон - Béranger's Bill). Он је у условној осуди видео

¹² Е. Ћоровић, *Систем кривичних санкција Републике Србије*, Нови Пазар, 2015, 175.

потенцијал за „пружање посебног третмана лицима која претходно нису била осуђивана и чији је морални карактер, упркос кривичном делу, остао довољно нетакнут да се друштво не мора плашити његове слободе“.¹³

Кривично право у Француској данас познаје више облика условне осуде: класичну условну осуду, пробацију и условну осуду са обавезом рада у општем интересу.¹⁴ **Условна осуда класичног типа** представља могућност суда да одложи извршење изречене казне уз испуњење одговарајућих услова. Према члану 132-30. француског КЗ, условна осуда се може изрећи физичком лицу за учињено кривично дело под условом да оно у периоду од 5 година пре новоучињеног дела није било осуђивано на затворску казну, односно може се изрећи правном лицу уколико оно, у истом периоду, није било осуђивано на новчану казну преко 60000 евра. Могућност изрицања условне осуде постоји како у погледу казне затвора, тако и у односу на новчану казну, или новчану казну у дневним износима, казну која се састоји у губитку или ограничавању права, осим казне одузимања предмета – конфискација (132-31). Закоником је прописано максимално трајање времена проверавања до 5 година, а предвиђена је и могућност изрицања делимичне (парцијалне) условне осуде. Вршење кривичног дела за време за које је казна одложена може довести до укидања суспензије.

Ко што је већ речено, поред класичног облика условне осуде, КЗ Француске познаје и **пробацију**. Наиме, у случају да је учиниоцу изречена казна затвора у трајању од највише пет година, законом је предвиђена могућност да се условно осуђеном наметну одређене обавезе. То могу бити одређене мере контроле (нпр. одазивање на позив судије за извршење казне или социјалног раднику када то захтевају, обавештавања социјалног радника о промени посла, места становања или одсуствима дужим од 15 дана, као и обавештавање о повратку), или обавеза испуњења одређених дужности (да прихвати обављање одређеног посла, да похађа образовни курс или стручно усавршавање, да избегава контакт са осуђеним лицима, извршиоцима или саучесницима, да избегава контакт са одређеним лицима, пре свега са жртвом кривичног дела и сл). У случају непоштовање мера контроле, односно неиспуњења наметнутих обавеза, суд може опозвати условну осуду.

Посебну пажњу привлачи и **условна осуда са обавезом рада у општем интересу** (чл. 132-54. до 132-57 КЗ). Према тим одредбама, суд изриче условну осуду са обавезом рада у општем интересу у трајању од 18

¹³ Sentencing Advisory Council, /2006/, *Suspended Sentences: Final Report*, Part I, Melbourne, p. 12.

¹⁴ Criminal Code of the French Republic,
http://www.legislationline.org/download/action/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%202012-10-2005.pdf, датум посете: 21. 8. 2016.

месеци, под условом да изречена казна затвора за извршен злочин или преступ не прелази 5 година. Законом је предвиђено и ограничење у погледу примене овог института. Наиме, суд ову меру не може изрећи лицу коме су већ изречене две условне осуде за исто или истоврсно дело.

Свакако треба поменути и **друштвено-судски надзор** који подразумева дужност учиниоца да се подвргне мерама надзора и помоћи у циљу спречавања поврата, за период који је одређен од стране првостепеног суда. Време трајања надзора не може бити дуже од 10 година у случају осуде за преступ, односно 20 година у случају осуде за злочин. Обавезе које се у овом случају намећу учиниоцу исте су као и код условне осуде када се учинилац подвргава надзору, односно испуњењу одређених дужности, с тим што друштвено-судски надзор може обухватити и лечење.

Б. Чешка

Кривични закон Чешке, последњи пут измењен 2009. године, садржи одредбе о условној осуди у чл. 81-86.¹⁵ У складу са наведеним одредбама, *условна осуда* се може применити ако је учинилац осуђен на казну затвора до три године. Извршење казне се одлаже за време проверавања које не може бити краће од годину ни дуже од пет година, уколико суд процени, узимајући у обзир личност учиниоца, његов ранији живот, егзистенцијалне прилике и околности под којима је дело учињено, да се сврха санкције може постићи без примене казне. Уз изрицање условне осуде, суд ће одредити надзор над условно осуђеним и/или предвидети обавезе и забране којих се учинилац у току периода проверавања мора придржавати. Заштитни надзор је у надлежности одговарајућег пробационог службеника и подразумева редовне контакте учиниоца са пробационим службеником, сарадњу у изради и реализацији програма заштитног надзора у току времена проверавања, као и надзирање поштовање услова постављених од стране суда. Поред тога, условно осуђени је дужан да обавештава пробационог службеника о месту становања, запослењу и поштовању дужности и забрана наметнутих од стране суда, као и о другим околностима од значаја за спровођење надзора. Суд може условно осуђеном уз заштитни надзор изрећи једну или више обавеза односно забрана чији је циљ да унесу ред у живот учиниоца, као што су: уздржавање од посеђивања спортских, културних и других друштвених догађаја који могу утицати на учиниоца да поново изврши кривично дело, избегавање контакта са одређеним особама, уздржавање од

¹⁵ Criminal Code of Czech Republic,
[http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/Criminal%20Code%20of%20the%20Czech%20Rep
ublic.pdf](http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/Criminal%20Code%20of%20the%20Czech%20Republic.pdf), датум посете: 21.8.2016.

коцкања и клађења, оспособљавање учиниоца за одређено занимање и др. Кривичним законом нису таксативно набројане мере које стоје на располагању суду, већ суд има дискреционо овлашћење да, у зависности од чињеничног стања конкретног случаја, одреди учиниоцу обавезе које сматра неопходним. По правилу, суд ће од учиниоца захтевати да надокнади штету проузроковану кривичним делом. Уколико осуђени не поштује предвиђене услове, суд може опозвати условну осуду. Изузетно, суд може изрећи заштитни надзор (уколико су условном осудом предвиђене само одговарајуће обавезе и забране), продужити време проверавања за не више од две године, с тим што укупно време проверавања не сме бити дуже од 5 година или од учиниоца захтевати испуњење нових обавеза које нису биле обухваћене условном осудом.

Чланом 48. чешког Кривичног законика, предвиђена је могућност **условног ослобођења од казне уз стављање на пробу** (*conditional waiver of punishment connected with supervision*). Ради се о посебном случају претње изрицањем казне кривично одговорном учиниоцу који се за период од највише годину дана ставља под заштитни надзор. Суд може поступити на овај начин у два случаја: ако се ради о учиниоцу лакшег кривичног дела који показује стварно кајање и који настоји да се промени, а на основу природе извршеног дела и ранијег живота учиниоца се може очекивати да ће само разматрање случаја пред судом бити довољно за поправљање учиниоца; или ако је учинилац кривично дело извршио у стању смањене урачунливости, а суд сматра да ће се на овај начин боље постићи сврха рехабилитације учиниоца и заштите друштва него казном. Уз условно ослобођење, суд може учиниоцу одредити заштитни надзор или исте обавезе као и код условне осуде. Ако се учинилац за време проверавања добро влада и поступа по налогу суда, неће доћи до изрицања казне. У супротном, суд може опозвати условно ослобођење и у току времена проверавања.

В. Немачка

Немачки Кривични законик¹⁶ познаје класичну условну осуду и условну осуду са заштитним надзором. Посебно је интересантно да је у кривичном праву Немачке предвиђена и могућност условног одлагања извршења казне малолетничког затвора.¹⁷ **Класична условна осуда** се у Немачкој може изрећи лицу осуђеном на казну затвора до две године,

¹⁶ Criminal Code of the Federal Republic of Germany, http://www.legislationline.org/download/action/download/id/6115/file/Germany_CC_a_m2013_en.pdf, датум посете: 28.1.2016.

¹⁷ German Youth Courts Law, Article 21, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_jgg/englisch_jgg.html#p0103, датум посете: 28.1.2016.

уколико суд процени да ће сама осуда деловати на учиниоца да убудуће не врши кривична дела, и да с тога није неопходно применити казну. Приликом изрицања условне осуде, суд посебно узима у обзир личност учиниоца, његов ранији живот, околности под којима је дело учињено, држање после учињеног дела, животне прилике и ефекте које ће на њега имати условна осуда, као и настојање учиниоца да накнади штету проузроковану кривичним делом. У случају условног одлагања малолетничког затвора у трајању дужем од годину дана, захтева се још један додатни услов, а то је да за лични развој малолетника није неопходно извршење казне. Време проверавања не може бити краће од две године, нити дуже од пет година, с тим што се оно може накнадно изменити. За малолетне учиниоце кривичних дела, пробациони период износи од две до три године, уз могућност накнадног скраћења на годину дана, односно продужења на највише четири године. Суду стоје на располагању две врсте мера које може наложити условно осуђеном: обавезе (*Auflagen*) и упутства (*Weisungen*).¹⁸ Обавезе се могу састојати у накнади штете проузроковане кривичним делом, уплати одређене суме новца у добротворне сврхе или у корист државне касе, обављању рада у јавном интересу, личном извињењу оштећеном (само у случају малолетничког затвора). Уколико нађе да је учиниоцу потребна помоћ како убудуће не би вршио кривична дела, суд може осуђеном одредити одређена упутства која се тичу његовог пребивалишта, запослења, образовања, јављања суду или другом надлежном органу, избегавања контакта са жртвом или одређеним лицима која на њега могу утицати да поново изврши кривично дело и др. Само су упутства која се односе на подвргавање лечењу или одвикавању и боравак у одређеном дому или установи условљена претходним пристанком осуђеног лица. Малолетном учиниоцу суд може дати упутства која се тичу прихватања одређеног запослења, постизања поравнања са оштећеним, похађања курса и др. Надзор је суштина малолетничке пробације и најефикасније средство рехабилитације, будући да се ради о особи у развоју, код које још увек није дошло до формирања одређеног скупа вредности, обрасца понашања или начина живота, те је могућност утицања на његов развој и смањивање криминалног понашања већа.¹⁹

Условна осуда са заштитним надзором регулисана је чланом 56д Кривичног законика Немачке. Она се састоји у одређивању пробационог службеника ради пружања помоћи и вршења надзора над осуђеним, за све време проверавања или једног његовог дела. Услов за изрицање овог

¹⁸ http://www.euprobationproject.eu/national_detail.php?c=DE, датум посете: 28.1.2016.

¹⁹ L. Fiftal Alarid, P. Cromwell, R. van Del Carmen, *Community-Based Corrections*, Belmont, 2008, 323.

облика условне осуде је да се ради о учиниоцу млађем од 27 година живота и да је изречена казна затвора дужа од девет месеци. Суд је у обавези да одреди пробационог службеника са територије на којој условно осуђени има пребивалште. У сарадњи са судом, пробациони службеник надзире поштовање и придржавање упутстава и испуњење обавеза одређених од стране суда и о томе сачињава периодичне извештаје и доставља их суду.

У случају да осуђени за време проверавања учини ново кривично дело или грубо и упорно занемарује обавезе и дужности одређене условном осудом, суд ће опозвати условну осуду. Изузетно, суд може одустати од опозива уколико сматра да је довољно да се осуђеном одреде нова упутства, продужи време проверавања или промени лице задужено за бригу о њему. Време проверавања се не може продужити за више од половине претходно одређеног времена.

Г. Шпанија

Кривични законик Шпаније²⁰ као начин прописивања казни прихвата систем релативно одређених казни, што значи да се за свако кривично дело прописује казна у одређеном распону. За већину кривичних дела прописана је само казна затвора, док је за нека лакша кривична дела законом уз казну затвора алтернативно прописана нека друга кривична санкција. Процес изрицања санкција састоји се из два стадијума. У првом, судија у законом прописаним границама бира и одмерава казну, да би касније, уколико је изречена казна затвора у трајању до две године, суд одлучио да ли у конкретном случају треба изрећи условну осуду или се учинилац треба упутити на издржавање казне затвора.²¹ Кривично право Шпаније познаје два облика условне осуде: **класичну условну осуду** и **условну осуду са заштитним надзором**. Да би дошло до изрицања условне осуде, потребно је да буду испуњени следећи услови: да је изречена казна затвора у трајању до две године, да се ради о учиниоцу који није раније осуђиван (или је протекао одређени период од раније осуде), као и да је учинилац надокнадио оштећеном штету проузроковану кривичним делом, осим ако суд након саслушања странака и јавног тужиоца утврди да осуђени није у стању да у потпуности или делимично надокнади штету. Могућност изрицања условне осуде постоји и у случају када осуђени пре кривичног дела о коме се одлучује није осуђиван, али је

²⁰ Criminal Code of the Kingdom of Spain, http://www.legislationline.org/download/action/download/id/5160/file/Spain_Criminal_Code_Codigo_Penal.pdf, датум посете: 28.1.2016.

²¹ J. Cid, *Is Imprisonment Criminogenic?*, у: European Journal of Criminology, Volume 6, Issue 6, 2009, 460.

извршио ново кривично дело пре саслушања пред судом.²² Изузетно, суд може условно одложити извршење казне затвора у трајању до пет година, ако је учинилац извршио кривично дело услед зависности од психоактивних супстанци, под условом да се учинилац излечио од зависности или се подвргао третману са тим циљем. Суд ће приликом доношења одлуке посебно ценити постојање следећих околности: ранију неосуђиваност учиниоца, сагласност јавног тужиоца са условном осудом, компензацију жртви, чињеницу да учинилац није задржан у притвору, као и да учинилац није зависник од дроге.²³ Према члану 80. став 4. шпанског КЗ, суд може изрећи условну осуду без било каквих претходних услова уколико учинилац болује од тешке неизлечиве болести, осим у случају кад је у време одлучивања учиниоцу већ изречена условна осуда из истог разлога. Време проверавања, за изречену казну затвора до две године, не може бити краће од две нити дуже од пет година, односно, од три месеца до једне године за изречену блажу казну. Одлагање извршења казне судија може условити поштовањем једне или више обавеза односно дужности (забрана посећивања одређених места; забрана прилажења жртви или њеним сродницима или другим лицима одређеним од стране суда или комуницирања са њима; забрана напуштања места становања без претходне дозволе суда; обавеза личног јављања суду или другом органу и обавештавање о активностима; да учествује у образовним, културним и другим програмима, као и друге обавезе које суд сматра неопходним за социјалну реинтеграцију осуђеног, које не вређају његово достојанство). Уколико осуђени изврши ново кривично дело у току времена проверавања, судија ће опозвати условну осуду и доћи ће до извршења утврђене казне. У случају неиспуњења обавеза и дужности судија може заменити наметнуте обавезе или дужности другим, продужити време проверавања, с тим да оно ни у ком случају не сме бити дуже од пет година или опозвати условну осуду, у случају поновног кршења обавеза и дужности од стране осуђеног.

IV ЗАКЉУЧАК

Може се рећи да парапеналне санкције представљају најзначајније кривичноправне и криминално-политичке мере сузбијања криминалитета. Иако условна осуда није једини супститут казне лишења слободе (ту спадају укор, јемство, новчана казна, кућни притвор, поједине мере безбедности неке кривичнопроцесне мере као што су условно прекидање поступка, одустајање од гоњења и сл), она заузима најзначајније место

²² J. Cid, *Suspended sentences in Spain: Decarceration and recidivism*, у: *Probation Journal*, Vol. 52, Issue 2, 2005, 171.

²³ *Ibid.*, 172.

међу њима. Позитивна искуства у примени ове мере, ефикасност у реинтеграцији осуђених у заједницу, смањење стопе рецидивизма и смањење стигматизације на минимум, као и економска исплативост извршења, утицали су да условна осуда буде прихваћена у скоро свим савременим кривичним законодавствима. Међутим, иако је широко прихваћена, она није на исти начин регулисана. Анализа законодавних решења показује да се разлике у погледу регулисања овог института јављају у погледу трајања казне затвора која може бити замењена условном осудом, врсте казне чије се извршење може условно одложити, додатних услова које, осим услова да не изврши ново кривично дело, суд може условно осуђеном наметнути и поступања у случају кршења ових обавеза. Иако постоје многе разлике у регулисању овог института, могу се запазити и карактеристике заједничке свим решењима. Условна осуда се увек изриче за лакша кривична дела, односно као замена за краткотрајне казне затвора (у неким земљама и као замена за новчану казну). Такође, у свим земљама постоји могућност избора између више варијетета условне осуде. Такво решење омогућава да се условна осуда, као својеврсна мера индивидуализације казне, прилагоди личности учиниоца и околностима случаја, и тиме ефикасније остваре специјално-превентивни циљеви ове мере.

Упоредни приказ законодавних решења условне осуде у низу земаља указује на динамичну природу овог института, чији су садржај многе земље прилагодили својим правним системима, традицији и друштвеним условима, остајући при томе у границама основних идеја на којима он почива. У односу на период настанка условне осуде, када је била изражена оштра граница између постојећих система, последњих деценија се код појединих земаља уочава тренд приближавања условне осуде англосаксонском типу, код кога је улога државе након одређивања условне осуде активнија него код континенталног система. Полазећи од предности и недостатака једног и другог система, многе државе су их модификовале и створиле један нови, мешовити систем условне осуде, који садржи обележја и једног и другог система. Имајући на уму да разлике између два система условне осуде више нису толико изражене као у време њиховог настанка, чини се сувишном подела на земље англосаксонског и француско-белгијског система условне осуде.

Dragana Spasić*

MODERN FORMS OF SUSPENDED SENTENCE IN COMPARATIVE CRIMINAL LEGISLATION

Summary

Suspended sentence is the most commonly applied sanction in practice of our courts and it exists today in almost all contemporary criminal legislation, either as a criminal sanction sui generis or as a suspension of a prison sentence. Due to its dynamic nature, the institute of suspended sentence has different forms in foreign jurisdictions, but at the same time it remains within the limits of the ideas on which it is based. In this paper the author has analyzed the criminal legislation of the suspended sentence in the Anglo-Saxon and Continental legal system. Suspended sentence in Anglo-Saxon legal system has been perceived through the criminal law of England and Wales, while the Continental model of suspended sentence has been presented through legislative solutions of France, the Czech Republic, Germany and Spain. The analysis of legislative solutions shows that even though there are differences in the regulation of this institute with regard to the duration of the imprisonment sentence which can be replaced by a suspended sentence or type of punishment whose execution can be suspended as well as some other regulations, there is no strict division between two systems of suspended sentence. Many countries have modified them and created a new, mixed system of suspended sentence, which contains the characteristics of both systems.

Key words: *suspended sentence, suspended sentence supervision order, probation, sanction, conditional discharge, deferment of sentence.*

* Teaching associate, Faculty of Law, University of Kragujevac

СТРУЧНИ РАДОВИ

Др Драгољуб Рељић*

Стручни чланак
УДК: 343.54/.55

СВРХА И ПРЕВЕНТИВНИ ЗНАЧАЈ КАЗНЕНИХ ОДРЕДБИ ПО ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Рад примљен: 10. 05. 2017.

Рад исправљен: 08. 09. 2017.

Рад прихваћен за објављивање: 15. 09. 2017.

Сваки закон којим се регулишу односи између чланова породице изазива пажњу како научне и стручне тако и јавности уопште. Када држава одлучи да интервенише у односе између најближих сродника посебно питање и значај представљају казнене одредбе које се прописане за непоштовање прописаних права и обавеза. Уплитање у односе у једној породици и прописивање поступака и казни те њихова примјена морају бити врло јасни и прецизни. Казнене одредбе требају да остваре превентивни утицај како на насилнике тако и на лица која нису до тада вршила радње насиља. У раду се покушало указати на велике промјене у ставу законодавца за свега неколико година примјене закона те на промјене које се могу очекивати у наредном периоду.

Кључне ријечи: *насиље у породици; основи правне заштите; казнене одредбе.*

I УВОД

Насиље у породици је тема о којој се у последњих петнаест година заокупља пажњу многих аутора. Ово је последица тога што је у том периоду дошло до ратификовања међународних конвенција те доношења закона које истичу посебну заштиту жртва насиља у породици. Мало је тема у правничкој јавности које могу да изазову толико различитих ставова, полемика па чак и у најмању руку речено „грубих расправа“. О значају породице као основне ћелије сваког друштва која је као таква заштићена и кривичноправним и породичноправним нормама нема спора али када треба одредити на који начин се та правна заштита треба реализовати спорови настају. Тема овог рада су саме казнене одредбе у

* Генерални секретар Вијећа народа Републике Српске, e-mail: gensek@vijecenarodars.net

Закону о заштити од насиља у породици Републике Српске¹ и њихов превентивни утицај на насилнике, односно превентивно дјеловање са циљем да се противправне радње насиља ни не догоде. Заштита од насиља може бити кривичноправна али и породичноправна. Кривичноправна заштита у одређеном правном поретку користи се када је у питању заштита одређених друштвених вриједности које су битне за одређено друштво, или када се те вриједности не могу довољно ефикасно заштити другим, по правилу мање репресивним правним механизмима.² Проф. Шкулић истиче да је кривичноправна заштита резервисана за случајеве када су угрожена и повријеђена најзначајнија правна и друштвена добра и да она, захваљујући својој ефикасности, интензитету, свеобухватности и репресивности, представљају *ultima ratio*, па зато лишава смисла заштиту истих тих добара било којом другом граном права, а нарочито грађанскоправном, чија природа није репресивна. Истиче се и немогућност суда да у грађанском поступку утврђује постојање и кривицу у вези са радњама које су као радње насиља прописане у Породичном закону, јер све оне истовремено представљају и кривична дјела.³

Другачији став наводи Проф. Драшкић и истиче да је породичноправна заштита само дио система правне заштите од насиља у породици. Ријеч је о провизорном виду заштите гдје се врши државна интервенција у породичне или њима блиске односе ради забране даљег узнемиравања или обезбјеђивања сигурности угрожених чланова породице, а све зарад спречавања ескалације насиља. Његова основна сврха је, дакле, превенција насиља у породици.⁴

II ЧЛАНОВИ ПОРОДИЦЕ И ЖРТВЕ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Иако се много радова написало о неопходности интервенције државе, односно надлежних државних органа у односе између најближих сродника није у довољној мјери истражено то да ли се путем казних одредби успјело утицати на само смањење ове негативне појаве. Чињеница да је од доношења новог Закона о заштити од насиља у породици до данас прошло свега неколико година а да је већ доживио двије измјене и то оба пута и у дјелу који

¹ Закон о заштити од насиља у породици (ЗЗНП РС), *Службени гласник РС*, бр. 102/12, 108/13 и 82/15.

² Вид. М. Шкулић, „Увод у кривичноправни аспект насиља у породици“, *Насиље у породици*, Зборник радова са научног скупа, (ур. С. Панов, М. Јањић Комар, М. Шкулић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 67.

³ Вид. М. Шкулић, „Основни елементи нормативне конструкције кривичног дела насиља у породици - нека спорна питања и дилеме“, *Удружење јавних тужилаца и замјеника јавних тужилаца*, Београд 2009, 18-19.

⁴ Вид. М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, 50.

Драгољуб Рељић, Сврха и превентивни значај казnenих одредби по
Закону о заштити од насиља у породици Републике Српске (стр. 79-83)

се односи на казнене одредбе завријеђује правну анализу и објашњење оваквог поступања законодавца у Републици Српској.

У самом тексту закона законодавац одступа од вишедеценијског схватања ко су чланови породице. Тако се чланом породице или породичне заједнице, у смислу овог закона, сматрају: а) супружници или бивши супружници и њихова дјеца и дјеца сваког од њих, б) ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери, њихова дјеца или дјеца сваког од њих, в) сродници по тазбини закључно до другог степена без обзира на чињеницу да је брачна заједница престала, г) родитељи садашњих и бивших брачних и ванбрачних партнера, д) сродници из потпуног усвојења у правој линији без ограничења, а у побочној линији закључно са четвртим степеном, као и сродници из непотпуног усвојења, ђ) лица која везује однос старатељства, е) лица која живе или су живјела у истом породичном домаћинству, без обзира на сродство, ж) лица која имају заједничко дијете или је дијете зачето, иако никада нису живјела у истом породичном домаћинству.⁵ У одређивању круга лица која имају право на заштиту од противправних радњи насиља у породици и које се сматрају породицом законодавац је одступио од схватања породице који је истиче у постојећој правној теорији.⁶ Као разлоге оваквог дефинисања могли би се узети тежња законодавца да заштиту од насиља у породици прошири и на лица коју повезују блиске личне везе те да је израз „чланови породице“ користи у правно - техничком смислу а без жеље да дерогира концепт из породичног законодавства. Аргумент против овако широког дефинисања основне ћелије друштва је да се никада у нашој правној традицији нису се чланом породице могла сматрати лица која на примјер живе или су живјела у истом породичном домаћинству, без обзира на сродство⁷ и родитељ бившег ванбрачног партнера. Правна заштита за ова лица обезбјеђује се у оквиру опште правне заштите свих лица, независно од тога да ли је неко лице члан одређене заједнице, независно од пола, година или било ког другог личног својства.

Сва ова лица уколико трпе одређене врсту насиља представљају жртве насиља у породици. Жртве насиља у породици имају право на психосоцијалну помоћ и социјалну и медицинску заштиту у складу са законима из области здравствене и социјалне заштите. Законодавац новим законом о заштити од насиља у породици прописује и посебну правну заштиту као и хитно поступање овлашћених субјеката заштите. Посебну

⁵ ЗЗНП РС, чл. 7.

⁶ Вид. М. Младеновић, М. Живановић, С. Стјепановић, *Породично право*, Правни факултет, Српско Сарајево-Пале 2003, 32. М. Младеновић, С. Панов, *Породично право*, Досије, Београд 2003, 44 – 45. Љ. Ђуровић, *Породично право*, Научна књига, Београд 1988, 34.

⁷ На овај начин чланом породице би се могао сматрати и подстанар, кућна помоћница, баштован и остала лица која живе у истом домаћинству.

помоћ и заштиту ужива жртва која је: а) дијете, б) старије лице, в) лице са инвалидитетом и г) лице под старатељством.⁸ Даље се води рачуна и о директним и индиректним жртвама насиља те се прописује да је дијете жртва и уколико је било присутно приликом вршења насиља према другом члану породице, иако радње насиља нису предузете према њему.⁹ Иако статистички подаци указују на пораст насиља, они још увијек не одражавају стварно стање на терену из више разлога - још увијек се као жртве насиља евидентирају само директне жртве насиља и то најчешће физичког насиља. Индиректне жртве, старија лица и жртве психичког насиља нису адекватно или нису никако заступљене у извјештајима.¹⁰

III РАДЊЕ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Приликом нормирања шта представља противправну радњу насиља у породици законодавац слиједи већ познату праксу из сусједних држава те под насиљем подразумјева сваку радњу насиља члана породице или породичне заједнице којом се угрожава спокојство, психички, тјелесни, сексуални или економски интегритет другог члана породице или породичне заједнице.¹¹ Радње насиља су усмјерене према личним добрима, првенствено спокојству интегритета чланова породице. О трајном глаголу „угрожава“ већ смо писали, а и сама судска пракса се читовала.¹²

Као радње којим се могу угрозити спокојство, психички, тјелесни, сексуални или економски интегритет другог члана породице или породичне заједнице закон наводи: а) пријетња наношењем тјелесне повреде члану породице или њему блиском лицу, б) пријетња одузимањем

⁸ ЗЗНП РС, чл. 8, ст. 2.

⁹ ЗЗНП РС, чл. 8, ст. 3.

¹⁰ У 2012. години поднесено је укупно 1360 прекршајних пријава (у 2011. години поднесено је укупно 1190 прекршајних пријава), при томе највише у Центру јавне безбједности Бања Лука - 994 (791 у 2011. години), а најмање у Центру јавне безбједности Требиње - 21 (у 2011. години - 18 пријава). У 2010. години према истим подацима укупан број пријава је 864. У истом периоду, према подацима Министарства унутрашњих послова, евидентирано је укупно 253 дјела насиља у породици или породичној заједници наведено по Подаци из евиденције МУП-а за 2012. годину.

¹¹ ЗЗНП РС, чл. 6, ст. 1.

¹² Прва пресуда Врховног суда Србије из 2004. године у предмету Кж И 1137/04 истиче „Глаголи *повређује* и *угрожава* тјелесни или душевни интегритет означавају трајне и континуиране радње које се дешавају за време трајања заједнице“. Вид. Пресуда Врховног суда Србије из 2004. године у предмету Кж И 1137/04. Друга пресуда Врховног суда Србије из 2006. године у предмету К3346/06 истиче „За постојање кривичног дјела насиља у породици није неопходан елеменат трајности или виšekратност радњи извршења“. Вид. Пресуда Врховног суда Србије из 2006. године у предмету К3346/06.

Драгољуб Рељић, Сврха и превентивни значај казnenих одредби по
Закону о заштити од насиља у породици Републике Српске (стр. 79-83)

дјецe или избацивањем из стана члана породице, в) исцрпљивање радом, изгладњивањем, ускраћивањем сна или неопходног одмора члану породице, г) васпитање дјецe на начин понижавајућег поступања, д) ускраћивање средстава за егзистенцију члану породице, ђ) ускраћивање права на економску независност забраном рада или држањем члана породице у односу зависности или подређености, пријетњом или недавањем средстава за живот или другим облицима економске доминације, е) вербални напад, псовање, називање погрдним именом или вријеђање члана породице на други начин, ж) ограничавање слободе комуницирања члана породице са члановима породице или другим лицима, з) оштећење, уништење или прометовање заједничке имовине или имовине у посједу, као и оштећење или уништење имовине у власништву или у посједу другог члана породице, односно покушај да се то учини, и) ухођење члана породице и ј) проузроковање страха, понижења, осјећаја мање вриједности, као и друге радње које не садрже обиљежја кривичног дјела насиља у породици или породичној заједници.¹³

Нејасно је зашто законодавац користи и термин породична заједница с обзиром на сам назив закона и циљ доношења закона.¹⁴ Анализирајући радње насиља јасно се може утврдити да се радње извршења односе на физичко, психичко и материјално-финансијско или економско насиље. Ниједна од наведених радњи насиља не може угрозити сексуални интегритет тако да је у истом члану дошло до контрадикторног прописивања. Уколико је законодавац прописао у дефинисању насиља у породици да се радњом насиља угрожава и сексуални идентитет а онда је било неопходно радњама извршења прописати бар једну посебну радњу извршења ов врсте насиља.

Иако је закон по броју чланова обиман и детаљан.¹⁵ Законодавац прописује да се законом „уређују заштита од насиља у породици или породичној заједници лица која се у смислу овог закона сматрају чланом породице или породичне заједнице, субјекти заштите и поступак заштите жртава насиља у породици, оснивање Савјета за борбу против насиља у породици, те прекршајне санкције које се изричу учиниоцима насиља у породици“, али прописане казнене одредбе се односе искључиво на непоштовање наведених радњи извршења. Законодавац у казnenим одредбама не наводи које би биле казне у случају непружања правне заштите од стране надлежних субјекта заштите, односно несарадње и неразмјјењивања потребних информација и података. Уколико надлежни

¹³ ЗЗНП РС, чл. 6. ст. 2.

¹⁴ ЗЗНП РС, чл. 2. Основни циљ овог закона је заштита жртава насиља у породици спречавањем и сузбијањем насиља у породици, којим се крше уставом и законима загарантована основна људска права и слободе.

¹⁵ Основни текст има 46 чланова.

субјекти заштите не предузму хитно рјешавање предмета насиља у породици а посебно у случајевима категорија гдје је обезбјеђена посебна правна заштита неопходно је пропосати њихову одговорност.

IV ЗНАЧАЈ КАЗНЕНИХ ОДРЕДБИ У ПРЕВЕНЦИЈИ НАСИЉА

Прописујући казнене одредбе законодавац није у потпуности сагледао њихов значај и превентивну улогу у друштву. Када дође до предузимања радње насиља према било ком члану породице казнене одредбе неће помоћи да се лоши односи поправе и да породица буде оно што јој је и суштина а то је заједница сродника која се заснива на љубави, поштовању и разумијевању. Ако бисмо занемарили љубав која је основ сваке породице, дошли бисмо до схватања које је истакла и проф. Станка Стјепановић да се „породица претвара у модел по коме је она сачињена од насилника, жртве и државе која арбитрира између њих“.¹⁶

У том смислу и предузете мјере на основу казнених одредби које законодавац наводи могу некад и погоршати већ нарушене породичне односе. Законодавац прописану радњу насиља назива прекршајем. Ово је учињено из разлога што је и Кривичним законом Републике Српске¹⁷ прописано кривично дјело насиља у породици или породичној заједници па се на овај начин покушала направити дистинкција између ових противправних дјела. Анализа кривичноправних санкција прописаних и овим законом и њихов превентивни утицај предмет је истраживања и анализе међународних организација.¹⁸

Анализом казнених одредби закона о заштити од насиља у породици долазимо до закључка да се првенствено водило рачуна о репресивном дјеловању док саме превенције у овим одредбама нема. Разлоге за овакав став видимо у томе што се за основни облик за извршене неке од радњи

¹⁶ Према М. Ђурковић, *„Насиље дјеце над родитељима: Последица реформе породичног законодавства“*, Насиље у Породици, Зборник радова са научног скупа, (ур. С. Панов, М. Јањић Комар, М. Шкулић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 50.

¹⁷ Кривични закон Републике Српске (КЗ РС), *Службени гласник РС*, бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13. чл. 208.

¹⁸ „Изрицање кривичноправних санкција, односно казни, на доњој граници или испод границе посебног минимума прописаног законом“, да постоји „превелико ослањање на институт условне осуде“, да се често одређује „блажа квалификација кривичног дјела и неспремност да се насиље у породици процесуира у стицају са другим кривичним дјелима“, те да постоје пропусти да се „опозове условна осуда због почињања новог дјела у току времена провјеравања“. ОЕБС, *Кривична одговорност и санкционисање починилаца насиља у породици - Анализа и препоруке о кривичноправним санкцијама у предметима насиља у породици у Босни и Херцеговини*, Сарајево 2011, 42.

Драгољуб Рељић, Сврха и превентивни значај казних одредаби по
Закону о заштити од насиља у породици Републике Српске (стр. 79-83)

извршења које смо поменули, на примјер ускраћивање средстава за егзистенцију члану породице, кажњава са казном која је примјера ради једнака казни за неvěзање појаса приликом управљања или сједења на задњем сједишту у моторном возилу као путник.¹⁹ Овакво прописан минимум казне за радње насиља нема неку значајну превентивну функцију. Законодавац превентивно не дјелује ни на рецидивисте ни мултирецидивисте јер су минимуми још увијек прописани на износ који није одвраћајући од вршења ових противправних радњи насиља.²⁰

У Босни и Херцеговини после ратификације Конвенције о правима дјетета и промовисања најбољег интереса дијетета као основног принципа већа се пажња посвећује заштити дјеце. Таква је ситуацији и у казним одредбама овог закона. Законодавни органи у Републици Српској, отежавајуће околности прописују у најчешћим случајевима када су директне²¹ или индиректне²² жртве насиља дјеца. Ова посебна заштита не односи се само на кажњавање чланова породице који су насилници већ и на запослене у школи, центрима за социјални рад или здравственим установама који знају, а не пријаве радње насиља у породици.²³

Изложен критикама одређених невладиних организација који се баве промовисањем и заштитом људских права законодавац је одлучио да пропише и казну затвора за случај насиља у породици, односно за случај насиља између свих оних лица који су одређени да су чланови породице или „породичне заједнице“. На овај начин прописују се нова позитивноправна рјешења која за насилнике у породици предвиђају и казне затвора од 30 до 60 дана. За повратнике у вршењу прекршајноправних радњи извршења радњи насиља у породици осим наведених новачаних казни прописује се „или казном затвора до 30 дана“.²⁴

¹⁹ Новчаном казном у износу од 300 КМ до 900 КМ казниће се за прекршај учинилац насиља у породици који изврши радњу насиља из члана 6. овог закона. ЗЗНП РС, чл. 42. ст. 1.

²⁰ Новчаном казном у износу од 1.000 КМ до 3.000 КМ казниће се за прекршај учинилац насиља у породици који понови радњу насиља из члана 6. овог закона. ЗЗНП РС, чл. 42. ст. 2.

²¹ Новчаном казном од 2.500 КМ до 7.500 КМ казниће се за прекршај учинилац насиља у породици из члана 6. овог закона ако изврши радњу насиља на штету дјетета. ЗЗНП РС, чл. 42. ст. 5.

²² Новчаном казном од 1.500 КМ до 4.500 КМ казниће се за прекршај пунољетни члан породице који изврши радњу насиља у породици из члана 6. овог закона у присуству дјетета. ЗЗНП РС, чл. 42. ст. 3.

²³ Новчаном казном од 1.000 КМ до 3.000 КМ казниће се за прекршај запослени у образовној, социјалној и здравственој установи који не пријави насиље у породици из члана 6. овог закона, ЗЗНП РС, чл. 42. ст. 6.

²⁴ ЗЗНП РС, чл. 42, ст. 2.

Ипак законодавац и у овом случају показује своју непринципијелност. Уколико се законом пропише посебна заштита одређеним категоријама²⁵ онда се то мора и конкретизовати у казним одредбама. Законодавац то не чини већ издваја само дијете као жртву насиља и прописује казну затвора од 40 дана односно 60 дана зависно да ли је дијете директна²⁶ или индиректна жртва²⁷ радње насиља. Остала лица које сам законодавац издваја и прописује да имају посебну помоћ и заштиту нису наведена у казним одредбама, односно није прописана посебна казна ако су они жртве насиља у породици.

У наредној измјени Закона о заштити од насиља у породици Републике Српске законодавац ће морати уважити чињеницу да је значај казних одредби у превенцији радњи насиља веома велики те за категорије лица за које прописује посебну правну заштиту и помоћ пропише алтернативно и казне затвора уколико су те категорије жртве насиља у породици.

Ратификовањем Конвенције о спречавању насиља у породици и насиља над женама²⁸ државе су преузеле обавезе прописивања хитних и заштитних мјера заштите од насиља у породици. О значају тих мјера говори податак да је само за три мјесеца у Републици Србији изречено око 5000 хитних мјера заштите.²⁹ Законодавац у Српској прописује казнене одредбе у случају непоштовања ових мјера. На овај начин се покушава превентивно утицати на насилнике и обезбједити поштовање изречених заштитних и хитних мјера.³⁰

V ЗАКЉУЧАК

Казнене одредбе Закона о заштити од насиља у породици нису до сада дале значајније резултате и утицале на смањивање насиља у породици. Новчане казне су изрицане у минималном износу и превенција насиља готово да није постојала. Измјеном закона и увођењем казне затвора

²⁵ ЗЗНП РС, чл. 8. Посебну помоћ и заштиту ужива жртва која је: а) дијете, б) старије лице, в) лице са инвалидитетом и г) лице под старатељством.

²⁶ ЗЗНП РС, чл. 42, ст. 5.

²⁷ ЗЗНП РС, чл. 42, ст. 4.

²⁸ Конвенција о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/violenceagainstwomen/Conv_VAW_en.pdf, датум посјете: 25. 08.2017.

²⁹ К. Ђорђевић, *Дневно полиција исели сто насилника из стана*, Политика, <http://www.politika.rs/scc/clanak/387617/Dnevno-policija-iseli-sto-nasilnika-iz-stana>, датум посјете: 25. 08.2017.

³⁰ Новчаном казном од 1.000 КМ до 3.000 КМ казниће се за прекршај лице које не поступи према изреченој хитној мјери заштите (члан 13) и заштитној мјери (члан 31), ЗЗНП РС, чл. 43.

Драгољуб Рељић, Сврха и превентивни значај казnenих одредби по
Закону о заштити од насиља у породици Републике Српске (стр. 79-83)

превентивни значај је појачан. Ипак и у овој измјени законодавац је поступио селективно. Од свих лица за која се прописује посебна помоћ и заштита, казнене одредбе посебно издвајају само дјецу. Неопходно је за сва лица за која закон прописује посебну заштиту и помоћ прописати казне затвора у случају насиља над овим категоријама. На овај начин ће се превентивно дјеловати и штитити ове категорије а и остварити до сада само прописана посебна правна заштита.

Dragoljub Reljić, LL.D*

PURPOSE AND IMPORTANCE OF PREVENTIVE CRIMINAL PROVISIONS UNDER THE PROTECTION AGAINST DOMESTIC VIOLENCE REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

Penal provisions of the Law on Protection from domestic violence have so far not yielded significant results and contributed to reducing domestic violence. Fines were imposed in the minimum amount and prevention is almost non-existent. Changes in legislation and the introduction of a prison sentence preventive character is enhanced. However, even in this amendment the legislator acted selectively. Of all persons who are prescribed by special assistance and protection, criminal provisions posedbno allocated only children. It is necessary for all persons to which the law provides special protection and help prescribe a sentence in the case of violence against these categories. This will be a preventive effect and protect the category and achieved so far only prescribed by a special legal protection.

Key words: Domestic violence, Basics of legal protection; Penal provisions.

* General secretary of Council of nations of Republic of Srpska