

UDC 34



ISSN 2232-9668 (Print)
ISSN 2232-9684 (Online)

p.p. 1-156

GODIŠNJAK

FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

GODINA **12** BROJ **12** Banja Luka, jul, 2022



APEIRON
ΑΠΕΙΡΟΝ

Rješenjem Ministarstva prosvjete i kulture Republike Srpske br: 07.030-053-85-4/11, od 04. 05. 2011. godine, "Godišnjak Fakulteta pravnih nauka" Banja Luka, upisan je u Registar javnih glasila pod rednim brojem 614.

Indexed in:

 DIRECTORY OF
OPEN ACCESS
JOURNALS doaj.org

 doisrpska.nub.rs

 ERIH PLUS
EUROPEAN REFERENCE
INDEX FOR JOURNALS erihplus.nsd.no

 ebshost.com

 CiteFactor citefactor.org/contact

 scholar.google.com

 crossref.org

 ROAD
RESEARCH
ONLINE
ADDRESS road.issn.org

 WorldCat worldcat.org

 ESJI
European
Scientific
Journal
Index esjindex.org

Časopis izlazi jedanput godišnje. Godišnja pretplata 30 EUR-a

Časopis u punom tekstu dostupan na: <http://www.gfpn-au.com/>
Full-text available free of charge at <http://www.gfpn-au.com/>

GODIŠNJAK FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

Naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka

Izdavač/Published by

Panevropski univerzitet "Apeiron" Banja Luka
/Pan-European University "Apeiron" Banja Luka
Pere Krece 13, 78000 Banja Luka, Bosna i Hercegovina
www.apeiron-uni.eu; e-mail: gfpn@apeiron-edu.eu

**Odgovorno lice izdavača
Urednik izdavača**

Darko Uremović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Aleksandra Vidović, Bosna i Hercegovina

**Glavni i odgovorni urednik
Zamjenik glavnog i
odgovornog urednika
Urednik**

Prof. dr Vladimir Đurić, Bosna i Hercegovina

Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Aleksandra Vidović

Izdavački savjet

Akademik prof. dr Rajko Kuzmanović, Bosna i Hercegovina
Prof. Dr. habil. Dr. Wolfgang Rohrbach, Austrija
Doc. dr Siniša Aleksić, Bosna i Hercegovina
Darko Uremović, Bosna i Hercegovina
Akademik prof. dr Esad Jakupović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Ilija Babić, Srbija
Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovska, Makedonija
Prof. dr Drago Radulović, Crna Gora
Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina

Uređivački odbor

Prof. dr Vladimir Čolović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina
Akademik prof. dr Zoran Rašović, Crna Gora
Prof. dr Vlado Belaj, Hrvatska
Prof. dr Stanko Bejatović, Srbija
Prof. dr Vesna Rijavec, Slovenija
Prof. dr Tatjana Zoroska-Kamilovska, Makedonija
Prof. dr Dragan Jovašević, Srbija
Prof. dr Jovan Ćirić, Srbija

**Lektor
Tehnički urednik
Web dizajn
Štampa
Tiraž**

Prof. Tanja Ančić
Sretko Bojić
Alen Tatarević
MARKOS, Banja Luka
300

IN MEMORIAM



Prof. dr Duško Medić

(07.08.1953 – 29.06.2022)

Juna mjeseca 2022 godine, u 69 godini, zauvijek nas je napustio Prof.dr Duško Medić, voljeni suprug, otac i prijatelj, čovjek izuzetnog intelekta, znatiželjnog uma i snažnih kreativnih sposobnosti koji je svojim dugogodišnjim profesionalnim i naučnim djelom ostavio dubok trag u pravnoj nauci i akademskoj zajednici.

Rođen je 07.avgusta 1953 godine u Banja Luci, gdje je završio Osnovnu školu i Gimnaziju. Godine 1977 godine diplomirao je na Pravnom fakultetu Univerziteta u Banja Luci, a magistrirao u 2002 godine. Doktorirao je 2004 godine u Novom Sadu

Od 1981 do 1987 godine bio je sudija Osnovnog suda u Banja Luci gdje je obavljao i dužnost predsjednika Građanskog odjeljenja.

Od 1987 godine do 1998 godine radio je kao sudija Okružnog suda u Banja Luci gdje obavljao funkcije zamjenika predsjednika suda i predsjednika građansko-upravnog odjeljenja Godine 1998 imenovan je Republičkog javnog tužioca Repupublike Srpske, a za sudiju Ustavnog suda Republike Srpske - 2003 godine, na kojoj funkciji je ostao sve do svoje smrti. Od 2004 godine, pa do kraja života radio je i kao profesor Fakulteta pravnih nauka Univerziteta „Apeiron“, obavljao dužnost dekana fakulteta i prorektora Panevropskog univerziteta „Apeiron“..

Bio je vanjski saradnik za izvođenje praktičnih vježbi na Katedri građanskog prava pri Pravnom fakultetu u Banja Luci i predsjednik Komisije za informisanje i izdavačku djelatnost Udruženja sudija i tužilaca Republike Srpske, te glavni i odgovorni urednik časopisa «Glasnik pravde» i „Godišnjak Fakulteta pravnih nauka“, član uređivačkog odbora u časopisima “Srpska pravna misao”, “Pravna riječ”, „Arhiv za pravne i društvene nauke“, i „Vještak“, te član izdavačkog saveta u časopisu «Pravo i politika». Radio je kao stalni je saradnik časopisa “ZIPS” i “Domaća i strana sudska praksa”, te bio potpredsjednik Udruženja pravnika Republike Srpske i član Predsjedništva Saveza udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske. Obavljao je i dužnost urednika Katedre građanskog prava na Oktobarskim pravničkim danima u Banjoj Luci.

Objavio je 20 knjiga i preko 100 naučnih i stručnih radova iz građanskog, privrednog i ustavnog prava, te bio recenzent više knjiga i naučnih radova. Učestvovao je kao predavač na skoro 200 naučnih i stručnih savjetovanja u zemlji i inostranstvu.

Dobitnik je više zahvalnica Pravnog fakulteta Banja Luka, povelja Kopaoničke škole prirodnog prava, povelje Udruženja za odštetno pravo iz Beograda, priznanja Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, kao i drugih priznanja od mnogih asocijacija pravnika u zemlji i inostranstvu. Bio je arbitar pri Privrednoj komori Republike Srpske, Spoljnotrgovinskoj komori Bosne i Hercegovine i Spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Crne Gore. Obavljao je i dužnost člana Komisije za polaganje stručnog ispita za rad u upravi Republike Srpske, Komisije za polaganje pravosudnog ispita u Republici Srpskoj i Komisije za polaganje notarskog ispita u Republici Srpskoj. Bio je predavač je na više seminara za pravosudni ispit i seminara za notarski ispit. Edukator je za oblast građanskog prava u okviru javnih ustanova Centar za edukaciju sudija i tužilaca Republike Srpske i Centar za edukaciju sudija i tužilaca Federacije BiH. Kao predsjednik i član radnih grupa učestvovao je u izradi više zakonskih projekata na državnom i entitetskom nivou.

Brojne autorske i koautorske monografije i dugi naučni radovi Prof.dr Duška Medića su bili i ostali uzor kolegama i mlađim naraštajima jer ih odlikuju sve vrline naučnog i kvalitetnog izražavanja: sistematičnost i temeljitost analize i izlaganja, primjerenost, ali i inovativnost metoda, smisao za detaljnu analizu i sintezu, interdisciplinarnost pristupa, te argumentovano i jasno iznošenje zaključaka.

Sadržaj / Contents

Originalni naučni rad

Duško Glodić

- 5 **Art of Interpretation of Norms in Contemporary Public International Law: Appraisal of Methods and Approaches**
Vještina tumačenja normi u savremenom međunarodnom javnom pravu: ocjena metoda i pristupa

Milica V. Matijević, Jelena Madžarević, Stefano Giantin

- 21 **Duration of Internal Displacement at the Intersection of Law and Politics**
Trajanje internog raseljenja na raskršću prava i politike

Jelena Čeranić Perišić

- 36 **L' enjeu de la citoyenneté européenne dans la vie politique de l' Union européenne - quelques dilemmes théoriques**
Mesto evropskog građanstva u političkom životu Evropske unije – neke teorijske dileme

Pregledni naučni rad

Miodrag Simović, Marina Simović

- 50 **Protection Measures Against Domestic Violence in the Law of Bosnia and Herzegovina and Serbia**
Mjere zaštite od nasilja u porodici u pravu Bosne i Hercegovine i Srbije

Ljubinko Mitrović, Pero Dunjić

- 64 **Izvršenje kazne zatvora u Republici Srpskoj – principi izvršenja i ustanove u kojima se izvršava kazna zatvora –**
Execution of Prison Sentences in the Republic of Srpska

Veljko Ikanović

- 77 **Krivično djelo proganjanje u fizičkom i sajber prostoru**
Criminal Offense Persecution in Physical and Cyber Space

Dorđe Raković

- 89 **Qualifying Characteristics of Common Law Marriage**

Kvalifikacione karakteristike braka u common law

Тамара Марућ

- 103 **Улога затвора у преваспитању и ресоцијализацији затвореника**
The Role of Prisons in the Re-Education and Resocialization of Prisoners

Samir Karović, Marina Simović

- 120 **Aktuelna pitanja procesne prirode: Dokazivanje krivičnih djela i krivice u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine**
Current Issues of the Procedural Nature: Proof of Criminal Offenses and Guilt in the Criminal Proceedings of Bosnia and Herzegovina

Radmila Dragišić

- 132 **Opšte pravno načelo međusobnog povjerenja u pravu Evropske unije**
General Legal Principle of Mutual Trust in European Union Law

Prikaz knjige dr Marka Ačića

Ljubinko Mitrović

- 144 **Uloga međunarodnih organizacija u stvaranju i funkcionisanju dejtonske BiH**

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
30. maj 2022.

Datum prihvatanja rada:
25. jul 2022.

Art of Interpretation of Norms in Contemporary Public International Law: Appraisal of Methods and Approaches

Abstract: The article explores contemporary issues in the interpretation of public international law rules: treaties, customary rules and other formal sources. As it is generally required in both legal practice and science, the practitioners of public international law also need to interpret international legal rules when trying to find its correct meaning and scope of application if there is the lack of clarity. The article has shown that there is a variety of methods that are applied by the subjects of interpretation with a view of determining the right and just meaning of the rules in question. During the last century, the art of interpretation has partially advanced as the Vienna Convention on the Law of Treaties has established the rules applicable to the interpretation of inter-State treaties. However, the customary rules or specific legal regimes still apply to interpreting other treaties and other formal sources of public international law, which do not fall within the scope of application of the Vienna Convention. Unlike municipal legal orders, there is no a centralised authority at the international plane which is authorised to interpret international law. Therefore, it is possible to speak about a multitude of subjects that interpret international law, whilst the most relevant seem to be authentic interpretation of the treaties or other acts. A particular layer in the interpretation of the rules of public international law is related to the need to ensure their effectiveness, thus enabling that the subject international relations be maintained or that the international structures keep performing their duties.

Key words: Public International Law, Interpretation of International Law, Treaties, Customary law, General Principles of International Law.

Duško Glodić

*Prof. dr Duško Glodić,
dusko.z.glodic@apeiron-edu.eu
College of Legal Studies, Pan-European University Apeiron,
Banja Luka*

1. INTRODUCTORY REMARKS

Applying international public law requires the jurists to use the art of interpretation of the relevant rules. Actually, applying the rules and interpreting them are two sides of the same coin for the majority of legal practitioners. For quite a long period, there were no written guidelines for interpreting the treaties and other rules of public international law. Inter-

preting international legal norms was conducted according to the skills and knowledge which were gradually developed and consolidated, mostly based on the experience of municipal legal orders. The international law practitioners, tribunals and other relevant actors in international legal life, were relying on the art of interpretation of law as established in the domestic legal practice through interpreting national legislation and contracts.¹ This is also due to the fact that interpreting legal norms is rather an intellectual activity than a strict and formal procedure predefined by rules.² None the less, it should be noted that even though customary international law has established some rules on interpretation, it has never created a systematic set of guidelines on the process of interpretation.³

As for interpreting the treaties concluded between the States, the rules were formally established by the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (hereinafter: Vienna Convention), which means that some consolidation of rules on the treaty interpretation materialised only in the second half of the twentieth century.⁴ However, the formal sources of international law, besides the treaties concluded between the States, are also treaties concluded between the States and international organisations or between the international organisations,⁵ customary rules, general principles of law accepted by civilised nations, as well as resolutions of international organisations, which may also necessitate adequate interpretation when being applied. Therefore, practicalities of the art of interpretation of various rules of international law go well beyond the provisions of the Vienna Convention.

Given both practical and theoretical significance of interpretation as a professional art in international law, this article tries to appraise the existing methods of interpretation and explores the interpretative frameworks and guiding rules, on the one hand, and the manner in which the coherent meaning of international law rules is ensured through its interpretation, on the other hand.

2. INTERPRETATIVE FRAMEWORK(S) AND GUIDING RULES

The rules of international law may require determining a more precise meaning applicable to the concrete situation, particularly if they are elaborated in a vague and general manner.⁶ Unlike municipal law, which is a developed legal system containing rules on all the important aspects of its effects and validity, public international law remains without

¹ Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 178; Jennings, R., Watts, A. (1992). *Oppenheim's International Law, Volume I*. Harlow: Longman, 1269.

² Kreća, M. (2010). *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 447.

³ Jennings, R., Watts, A. (1992). *Oppenheim's International Law, Volume I*. Harlow: Longman, 1269.

⁴ Vienna Convention of the Law of Treaties of 23 May 1969, *United Nations Treaties Series*, 1155, I-18232. The matter of interpretation is particularly regulated by Articles 31-33 of the Vienna Convention.

⁵ Article 3 of the Vienna Convention lays down that "The fact that the present Convention does not apply to international agreements concluded between States and other subjects of international law or between such other subjects of international law, or to international agreements not in written form, shall not affect ... the application to them of any of the rules set forth in the present Convention to which they would be subject under international law independently of the Convention."

⁶ Daillier, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*. Paris: LGDJ, 276.

comparable rules on its validity and effects within municipal legal systems.⁷ Although the international legal order still remains decentralised, following the entry into force of the Vienna Convention, the subject matter has been regulated and consolidated as far as the interpretation of inter-State treaty provisions is concerned. The Convention has defined most of the principles and issues related to the treaty interpretation, such as textual, systemic and teleological methods.⁸ Nevertheless, this matter is even more complex as there is a plethora of actors interpreting international law and divergence of sources, on the one hand, while there are different formal and substantive characteristics of formal sources of international law, on the other hand.

2.1. Plethora of actors of interpretation and sources of public international law

The general perception in legal literature is that the States remain the key subjects for creating and implementing public international law.⁹ As such, the States usually make public their understanding and interpretation of the treaty through diplomatic channels and other official means of communication.¹⁰ As sovereign entities in international relations, they usually tend to protect their interests and not to go beyond their legal commitments.¹¹ Therefore, determining the adequate and accurate meaning of any international commitment lays in the heart of the inter-State legal relations. In addition to States, there are international organisations and other international bodies, such as international courts and arbitration tribunals, that can often have a say when some international legal norms are to be interpreted. One should be also mindful of the works made by the publicists and their contribution to understanding international legal norms, although deprived of any formal authority.

In the context of treaty interpretation, the parties to a treaty are the primary entities that are authorised and expected to interpret the treaty and thus make so called authentic interpretation. Moreover, the treaty itself can contain rules defining the manner in which and by whom it shall be interpreted, allowing for the international tribunals, permanent ones or ad hoc arbitrations, to exercise the power of interpreting.¹² Namely, being authors of the treaties' provisions, the parties are allowed to issue the authentic interpretation

⁷ Betlem, G., Nollkaemper, A. (2003). Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation. *European Journal of International Law*, 14 (3), 573.

⁸ Cassese (2005), 178-179.

⁹ Betlem, G., Nollkaemper, A. (2003), 570. As for the role of the States in the contemporary international society, Bederman suggests a more balanced approach: "*The near monopoly that states once exercised over the constitution of international society may also finally be broken. Very few publicists and commentators today speak of an international community in which nation-states (or pretenders to that status) are the only participants in the international lawmaking process. Substantial and spirited debate ... has been waged over the extent of the role of such actors as international institutions, transnational businesses, nongovernmental organizations, and individuals in making international law rules.*" Bederman, D. J. (2002). *The Spirit of International Law*. Athens: University of Georgia Press, 54-55.

¹⁰ Daillier, Forteau, Pellet (2009), 278.

¹¹ *Ibid.*, 283.

¹² Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 631-632.

which is usually mandatory for all other related bodies. The virtue of the authentic interpretation is based on the fact that the parties the best understand their intentions. This is particularly important at the international level whereby no centralised interpreting authority exists.¹³ It is somehow widely understood that the authentic interpretation of a treaty's provision should override any other interpretation rule.¹⁴ The International Court of Justice has found that "*Interpretations placed upon legal instruments by the parties to them, though not conclusive as to their meaning, have considerable probative value when they contain recognition by a party of its own obligations under an instrument.*"¹⁵ On the contrary, any third party, such as a court, international panels, etc, can authoritatively interpret a treaty as long as it was allowed by the treaty itself.¹⁶ The same logic can be applied to other sources and their authors can make authentic interpretations.

As already underlined, unlike in the municipal legal orders, there is no international judicial power nor there is any form of centralisation of judicial authorities at the international plane. International legal order is characterised by existence of a number of judicial fora, but without a formalised structure and hierarchy.¹⁷ The statutes of international tribunals, treaties and supplementary documents may envisage that any dispute between the parties to the treaty shall be resolved by an international tribunal or arbitration.¹⁸ A dispute arising out of the treaty interpretation usually leads to judicial or arbitration procedures in-

¹³ Degan, V. Đ. (2000). *Međunarodno pravo*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 150. The notion of authentic interpretation was confirmed by the international courts. The Permanent Court of International Justice established: "*Without success it has been maintained against this reasoning that the letter ... from the Conference of Ambassadors ... is the most authoritative and most reliable interpretation of the intention expressed at that time, and that such an interpretation, being drawn from the most reliable source, must be respected by all, in accordance with the traditional principle: ejus est interpretare legem cujus condere. ... it is an established principle that the right of giving an authoritative interpretation of a legal rules belongs solely to the person or body who has power to modify or suppress it.*" PCIJ, *Question of Jaworzina (Polish – Czechoslovakian Frontier)*, 6 December 1923, Series B, No. 8, 37. Dailler, Forteau, Pellet (2009), 277.

¹⁴ Jennings, Watts (1992), 1268.

¹⁵ *International status of South-West Africa*, Advisory Opinion of 11 July 1950, ICJ Reports 1950, 135-136. Also see: Dailler, Forteau, Pellet (2009), 279.

¹⁶ Dailler, Forteau, Pellet (2009), 277. The International Court of Justice expressed its view on the interpretation by the third party: "*Cameroon, while accepting that the Report of the Marking Out of the International Boundaries in the Lake Chad is not binding on Nigeria, nonetheless asks the Court to find that the proposals of the LCBC as regards the tripoint and the mouth of the Ebeji "constitut[e] an authoritative interpretation of the Milner-Simon Declaration and the Thomson-Marchand Declaration, as confirmed by the Exchange of Letters of 9 January 1931". The Court cannot accept this request. At no time was the LCBC asked to act by the successors to those instruments as their agent in reaching an authoritative interpretation of them. Moreover, the very fact that the outcome of the technical demarcation work was agreed in March 1994 to require adoption under national laws indicates that it was in no position to engage in "authoritative interpretation" sua sponte.*" *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, ICJ Reports 2002, para. 56.

¹⁷ Dupuy, P.M. (2006). Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'en a-t-on ? *EUI Working Papers*, Law, 2006/14, 5.

¹⁸ Dailler, Forteau, Pellet (2009), 280-281.

tended to resolve the dispute pursuant to agreement by the parties to the treaty.¹⁹ This possibility is not, however, leading to a systematic and general recourse to the *problématique* of interpretation. Thus, the States, international organisations and other relevant entities basically preserve their institutional autonomy when interpreting public international law, but still within their legal commitments. However, whilst still maintaining this principle of procedural and institutional autonomy, for the sake of ensuring effectiveness and uniform application of international rules, some international regimes within the inter-State structures, have defined some frameworks for exercise of this autonomy when implementing international commitments. The most developed frameworks of this type have been created by the Court of Justice of the European Union.²⁰

Even though tribunals' decisions are authoritative and may play important role for interpreting international rules, they are not formal precedents. Despite the lack of formal duty to do so, the international judges tend to follow their own jurisprudence and the practitioners may detect certain tendency in the court's interpretation on which they can rely in the current and future cases.²¹ In this way, the judicial decisions made an important contribution to developing international law, but they are less important than the treaties and customs. They lack their autonomous significance, but an increase in number of such decisions, their availability through the modern publishing tools, made them influential to the process of legal reasoning.²²

Furthermore, political or other organs of international organisations can also appear as the interpreting authorities of international legal norms. Such powers are usually enshrined in their constituent instruments. Despite the defined institutional framework of an organisation, the scholars are not unanimous on the existence of authentic value of such interpretation provided by the political or other organs of the international organisations.²³ Normally this matter should be resolved by the constituent treaties of the international organisations, but there is no general solution on how the constituent instrument and resolutions adopted by the organs of the international organisations are to be interpreted. The usual practice is that the relevant international institutions, after taking into account advices provided by their legal counsels, may establish interpretation of the constituent instruments and other legal acts of the international organisations. The universal organisations can request the advisory opinion of the International Court of Justice.²⁴ In this regard, an inevitable factor is the diplomatic interplay between the member States of a given organisation whose representatives make decisions within the intergovernmental political bodies.

Finally, we should not forget that the publicists – international law scholars can be found within the plethora of actors that try to interpret the international rules. Although without any formal authority, they play important role in interpreting and commenting in-

¹⁹ Jennings, Watts (1992), 1268-1269.

²⁰ See: Simon, D. (2001). *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} Edition, Paris: Presses Universitaires de France, 426-428.

²¹ Bederman (2002), 63-64.

²² Rosenne, S. (2004). *The Perplexities of Modern International Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 46.

²³ Dailler, Forteau, Pellet (2009), 282.

²⁴ Amerasinghe, C. F. (2005). *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cambridge: Cambridge University Press, 26-32.

ternational law rules.²⁵ Some authors underline that the publicists are not always objective and impartial, thus their comments can be undermined and questioned.²⁶ However, when performing the role of legal advisors, the publicists may directly produce documents that are used on the international plane, by the organisations and States, such as legal opinions, studies and commentaries prepared at the request of the international institutions. These documents are usually used by the subjects that requested their production and may influence the legal life within the international community.²⁷ Moreover, the doctrinal interpretation plays significant role in teaching, understanding and explaining public international law.²⁸ In this way, the doctrine shapes minds and skills of legal practitioners.

In addition to the subjects that interpret international law at the international level, this activity also happens within a State itself. The interpretation within a municipal legal order may be given by different types of bodies – judicial, administrative and legislative authorities. It should be noted that the concrete procedural and substantial aspects related to interpretation in this context are subject to the specific rules of any country, but one may expect that the treaties will be interpreted pursuant to the relevant rules and principles enshrined in public international law.²⁹ Practically, if the question of interpreting a norm of international law was posed before a national court, it would, according to the traditional practice of a number of States, request the foreign affairs department to provide them with the preliminary interpretation of the treaty.³⁰ Thus, interpreting rules of public international law *in foro domestico* is usually result of cooperation of the judicial system and the ministry responsible for international relations. Similar cooperation would also happen within the administrative bodies if the courts are not involved.

Given the international environment in which the international rules are created, one should be also mindful of linguistic aspect of international law interpretation. Notably, the fact that many different languages are used in international relations and that the treaties and other sources of international law may be drafted in different linguistic versions, requires the interpreter to pay due respect to the adequate understanding and translation of the texts. It is considered that a translated version of a legal document can never be as strict and precise as the original text.³¹

2.2. Formal and substantive characteristics of international legal rules as factors of interpretation

The practice leads to a conclusion on the necessity to make differentiation between various types of international rules, such as constituent instruments of international organisations and ordinary treaties. This consequently has some repercussions to the treaty interpretation, used methods and obtained results of the interpretation exercise.³² In ad-

²⁵ Dupuy (2006), 6.

²⁶ Bederman (2002), 67-68.

²⁷ Rosenne (2004), 51-52.

²⁸ Kreća (2010), 449.

²⁹ See further: Đurić, V. (2007). *Ustav i međunarodni ugovori*. Beograd: Institut za uporedno pravo, 392-398.

³⁰ Dailler, Forteau, Pellet (2009), 278.

³¹ Focsaneanu, L. (1970). Les langues comme moyen d'expression du droit international. *Annuaire français de droit international*, 16 (1970), 263.

³² Jennings, Watts (1992), 1268.

dition to the rule of *lex superior*, which may be used in the context of interpreting the constituent instrument, certain attention should be paid to the practice of international organisations. There are two main features that appear from the practice of international organisations, i.e. practice of their decision-making bodies in relation to interpretation and application of their rules: the member States that are outvoted in the bodies of an international organisation may invoke that they are not considered as bound by the rules of the organisation, on the one hand, and the political interactions involve necessarily the game of politics when interpreting the constituent instruments and applying them.³³ From a methodological point of view, the teleological approach is the most often used when interpreting the constituent instruments of international organisations. Their interpreters try to find the purpose and object of the constituent instrument and to find the meaning which enables addressing the goals of the organisation.³⁴

Another layer of the observed issue is also multitude of international law regimes that exist at the international plane, such as human rights law, free trade law, environmental law, investment law, etc. A concrete legal issue may fall under different regimes and not only to be tackled under the rules and principles defined within a single regime.³⁵ The contemporary international law tends to resolve a number of transnational problems that exist within the international community through creation of legal norms and international institutional frameworks.³⁶ From a substantial point of view, some international rules may be used to resolve issues that appear at both national and international plane. Some rules, such as human rights, may be used to complement national legal norms in the context of protection of human rights, on the one hand, and they may provide for guidelines to international courts in interpreting some other areas of international law, on the other hand. The latter instances may be illustrated with the use of international environmental law in interpreting non-environmental provisions of a treaty.³⁷

For the sake of illustrating the practice, Cassese underlines the influence of domestic interpretation principles to international law interpretation principles. This author notes that *“In modern times, international courts have increasingly applied ‘implied powers doctrine’ when interpreting a particular category of treaties, that is, the constitutive instruments of international organisations. This doctrine was first suggested by the US Supreme Court when interpreting the US Constitution with a view to broadening the powers of the federal authorities with respect to those of member States... It was taken up at the international level by the PCIJ and then the ICJ to broaden powers of the ILO and UN respectively vis-à-vis member States. ... This doctrine, based on the so-called federal analogy (namely, the equation of relations between member States of a federal State and the federal authorities, to the relations between member States of international organisations and organs of these organisations) is controversial. In particular, opponents argue that this doctrine ends up granting excessively broad powers to organs of international organisations, especially when it is relied upon to derive implied powers*

³³ See: Brownlie (2001), 635.

³⁴ Bederman (2002), 72.

³⁵ Van Aaken, A. (2009). Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16(2), 484-485.

³⁶ *Ibid.*, 488.

³⁷ *Ibid.*, 493-494.

from general and loosely worded goals of the organisations.”³⁸

Furthermore, there is also a certain difference between treaties and customary rules as the main formal sources of international law. Namely, it is quite easy to find the rules governing interpretation and dispute settlement in the case of the treaties, whilst it is less so case with the customary rules. Some interpreting regime may be established if the parties which are in a dispute related to the application of a concrete customary rule had agreed on the competence of dispute settlement mechanism.³⁹ When interpreting a customary rule, the first step is proving its existence and content. Namely, when there is interpretation of presumed customary rule at the stake, the first step is ensuring that this rule exist. The scholars usually point out to the two decisions of the International Court of Justice. The Asylum case in which the Court rejected the claim of the existence of a diplomatic asylum as a regional custom, whilst it confirmed the right of passage as customary rule in another case.⁴⁰

Finally, particular attention should be also paid to *jus cogens* and peremptory norms which dictate the ‘red lines’ for international law rules. This set of general principles and rules is related not only to the form but also to the substance of other norms of international law.⁴¹ These rules cannot be derogated by the treaty making activities or through adoption of rules of the international organisations.⁴²

³⁸ Cassese (2005), 179-180.

³⁹ Rosenne (2004), 30-31.

⁴⁰ Bederman (2002), 73-74. In the first situation, the Court established that it: “cannot therefore find that the Colombian Government has proved the existence of such a custom. But even if it could be supposed that such a custom existed between certain Latin-American States only, it could not be invoked against Peru which, far from having by its attitude adhered to it, has, on the contrary, repudiated it by refraining from ratifying the Montevideo Conventions of 1933 and 1939, which were the first to include a rule concerning the qualification of the offence in matters of diplomatic asylum.” (Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of 20 November 1950, ICJ Reports 1950, pp. 277-278). On the contrary, in the second case the Court found “with regard to Portugal’s claim of a right of passage as formulated by it on the basis of local custom, it is objected on behalf of India that no local custom could be established between only two States. It is difficult to see why the number of States between which a local custom may be established on the basis of long practice must necessarily be larger than two. The Court sees no reason why long continued practice between two States accepted by them as regulating their relations should not form the basis of mutual rights and obligations between the two States.” (Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 196; ICJ Reports 1960, 39)

⁴¹ Dupuy (2006), 11. Fitzmaurice explained the general principles in the following manner: “By a principle, or general principle, as opposed to a rule, even a general rule, of law is meant chiefly something which is not itself a rule, but which underlines a rule, and explains or provided a reason for it. A rule answers the question ‘what’: a principle in effect answers the question ‘why’.” Quoted from: Reinhold, S. (2013). “Good Faith in International Law,” *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 2, Issue 1, 41.

⁴² Distefano, G., Mavroidis, P.C. (2011). L’interprétation systémique : le liant de l’ordre international. In : Guillod, O. et al. (eds.). *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l’honneur de Pierre Zessner*. Bâle : Helbing Lichthenhahn, 746.

3. FROM INTERPRETATIVE RULES TO COHERENT MEANING OF INTERNATIONAL LEGAL RULES

Although it may be possible to dig out different meanings from the same text⁴³, interpretation should enable finding the most adequate meaning and scope of a rule that is applicable to a concrete case. This intellectual exercise is intended to detect the right sense and content of a legal norm.⁴⁴ The issue of interpretation methods and effects of international legal rules will be discussed in more details below.

3.1. Interpretation methods as tools for application of international rules

Interpreting legal norms requires possession of certain skills and relies on using adequate legal techniques. The techniques of public international law can be understood as *“the way that international lawyers use the sources, methods, and approaches of international legal obligation to determine the relevant community of expectation in international affairs. International legal technique is, therefore, the style of reasoning used by advocates and decision makers in making arguments and reaching conclusions about the content of international legal norms.”*⁴⁵ In other words, interpreting international law is enabled through certain mental operations based on predefined methods and techniques. The methodological toolbox for interpretation of the international law sources has been gradually developed through the practice, tested by the international judicial authorities and finally codified by the provisions of the Vienna Convention, at least as far as the inter-State treaties are concerned. Although these methods are focussed to the treaties, they may with certain adaptation be used in interpreting other formal sources of public international law.⁴⁶ It is still questionable if these are to be considered as strict rules or rather as intellectual guidelines on how to detect the right meaning of a legal norm.

When exploring the issue from a historical perspective, the negotiators of the Vienna Convention were representing different schools of the art of interpretation. One group of the drafters was representing the subjective interpretation, which was aiming at discovering the intention of the parties to a treaty, whilst another group was preaching the objective approach to interpretation and this approach would require identifying the meaning based on the wording of the provision in question.⁴⁷ Yet, different views may be found among the scholars. Bederman is of opinion that *“treaty interpretation is supposed to be neutral and objective ... should be no different from the construction of other legal writings, and the schools or techniques of treaty interpretation largely replicate those for statutes, contracts, wills, and constitutions.”*⁴⁸ Such an understanding does not accord a particular importance to interpretation, but it rather situates it within the established legal theory

⁴³ Rosenne (2004), 29.

⁴⁴ Dailler, Forteau, Pellet (2009), 276.

⁴⁵ Bederman (2002), 70.

⁴⁶ Krivokapić, B. (2017). *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Poslovni i pravni fakultet, Institut za uporedno pravo, 237-239.

⁴⁷ Cassese (2005), 178. Van Aaken notes that a dominant understanding in the literature is that the civil law practitioners favour the object and purpose as a teleological method, whilst the common law lawyers argue in favour of the textual approach and ordinary meaning of the provisions. Van Aaken (2009), 494.

⁴⁸ Bederman (2002), 70.

and practice. In the similar vein, Shaw considers that the Convention has combined all the dominant schools on interpretation in the provisions of its Articles 31 to 33.⁴⁹ Brownlie considers that the Vienna Convention does not define rigid lines between the general rule of interpretation and supplementary means of interpretation. Thus, this author finds that the general and supplementary guidelines should be applied in an interactive manner.⁵⁰ Moreover, it has been repeated by some scholars that the choice of an interpretation method can greatly influence the outcome of the interpretation exercise. Degan underlines that different methods can be used for interpreting different types of treaties. For instance, functional and teleological method is convenient for interpreting the constituent instruments of international organisations, while the textual approach is more adequate when the treaties – laws are being considered.⁵¹ Jennings underlines that international practice allows the use of principles and maxims that can support the interpretation activities, but their appropriateness is to be judged in each concrete case.⁵²

Brownlie is of the opinion that the relevant practice demonstrates that the textual approach is somehow predominant and that this was confirmed by the Vienna Convention.⁵³ Accordingly, *“the text of the treaty is normally the only authentic and the most recent expression of what the parties intended, and consequently interpretation may be thought of as essentially a textual matter.”*⁵⁴ On a slightly different note, Shaw indicates that *“any true interpretation of a treaty in international law will have to take into account all aspects of the agreement, from the words employed to the intention of the parties and the aims of the particular document. It is not possible to exclude completely any of these components.”*⁵⁵ However, relying on the intentions of the parties and the use of *travaux préparatoires* is rather an exception and is permitted only in the circumstances where wording of a treaty remains ambiguous or obscure and when textual approach results in

⁴⁹ Shaw (2003), 839.

⁵⁰ Brownlie (2001), 633.

⁵¹ Degan (2000), 149-150. On a more specific note, the International Court of Justice has made a more sensible approach regarding the constituent instruments by establishing that: *“Such treaties can raise specific problems of interpretation owing, inter alia, to their character which is conventional and at the same time institutional; the very nature of the organization created, the objectives which have been assigned to it by its founders, the imperatives associated with the effective performance of its functions, as well as its own practice, are all elements which may deserve special attention when the time comes to interpret these constituent treaties.”* (ICJ, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, para. 19).

⁵² Jennings, Watts (1992), 1270.

⁵³ Brownlie (2001), 632.

⁵⁴ Jennings, Watts (1992), 1271.

⁵⁵ Shaw (2003), 839. At this place, Shaw elaborates on the three methodological approaches proposed by different groups of scholars: „The first centres on the actual text of the agreement and emphasises the analysis of the words used. The second looks to the intention of the parties adopting the agreement as the solution to ambiguous provisions and can be termed the subjective approach in contradistinction to the objective approach of the previous school. The third approach adopts a wider perspective than the other two and emphasises the object and purpose of the treaty as the most important backdrop against which the meaning of any particular treaty provision should be measured.“ Shaw, *ibid.*

absurd and unreasonable meaning.⁵⁶ One should be also mindful of the time factor in interpreting the international rules. There might be a question whether to take into account the dynamic nature of international relations and possible influence over the meaning of international rules or to be stuck to the moment when the rules emerged or were created.⁵⁷

Nonetheless, regardless a number of different methodological approaches to the art of interpretation and academic debates on the most ‘correct’ attitude, one is compelled to conclude that, in light of the Vienna Convention, the ordinary meaning of the terms⁵⁸ used in the treaty lays at the basis of contemporary practice of interpretation. However, the ordinary meaning is not an absolute category, it is possible to rely on a special meaning, but this should be proved by the parties that invoke such a special meaning.⁵⁹ There is also possibility for a spill over effect from one treaty to another in the case when “*the terms of the treaty in their ordinary meaning can be informed by the usage of the same term in other treaties.*”⁶⁰ When interpreting a treaty, some other sources could be also considered, such as general principles of law recognised by the civilised nations and other general principles that are applicable in the relations between the parties.⁶¹ In addition to the ordinary meaning, context and subsequent practice are also used when interpreting a treaty.⁶² This means that the parties to a treaty should take into account the related legal norms while drafting the provisions of the new one. Namely, the new treaty may be used for further developing the existing rules, derogating them or simply putting more clarity in their terms. This suggests the use of systemic interpretation.⁶³ True intention of the parties to a treaty may be determined on the basis of the object and purpose of the agreement

⁵⁶ Bederman (2002), 71.

⁵⁷ Distefano, Mavroidis (2011), 747.

⁵⁸ The International Court of Justice recalls that, in accordance with customary international law, reflected in Article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose. Interpretation must be based above all upon the text of the treaty. As a supplementary measure recourse may be had to means of interpretation such as the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion. (*Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, para. 41)

⁵⁹ Article 31.1. of the Vienna Convention on the Law of Treaties defines that a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. As Brownlie outlines (see: Brownlies, (2001), 634), the Permanent Court of International Justice has already highlighted importance of ordinary meaning of terms. Namely, this Court concluded in the *Case of Polish Postal Service in Danzig* that: “*The postal service which Poland is entitled to establish in the port of Danzig must be interpreted in its ordinary sense so as to include the normal functions of a postal service as regards the collection and distribution of postal mater outside the post-office. Indeed, any limitations or restrictions in this respect would be of so exceptional a character that they cannot, in the absence of express reservations, be read into the text of treaty stipulations.*” PCIJ, *Polish Postal Service in Danzig*, Publications of the PCIJ, Series B – No 11, 16 May 1925, p. 37.

⁶⁰ Van Aaken (2009), 492.

⁶¹ *Ibid.*, 500.

⁶² Brownlie (2001), 635.

⁶³ Distefano, Mavroidis (2011), 745-746. For more detailed presentation of the international practice where systemic interpretation was used see: *Ibid.*, 749-754.

concluded between them.⁶⁴

Thus, one may conclude that the issue of interpretation cannot be adequately regulated by a strict set of rules and is more open for flexible approach, within the established intellectual tools and prevailing practice in the concrete case, which have to be adjusted to each concrete case, but still maintained within the logical boundaries of this intellectual effort.

3.2. Effects of international legal rules and their interpretation: from consistent interpretation to *effet utile* of international rules

As it has been demonstrated above, the art of interpreting international law rules is not based on a single method. It is rather consisting of smart combination of different approaches from the textual to the goal oriented – teleological interpretation. The users of an international rule should detect the meaning based not only on the wording, but also on the scheme of the instrument they are invoking.⁶⁵ In this context, one should note that the international legal order is characterised by a high level of pragmatism and the necessity to fulfil its functions.⁶⁶ This pragmatic approach may be used also when interpreting rules of international public law.

This need for subtle and flexible manoeuvring may be illustrated by the following lines by elaborating on the use of harmonious interpretation, *effet utile* and consistent interpretation in international practice. Harmonious interpretation is used in the context of teleological interpretation, for example when a treaty that regulates another subject matter, for instance investments protection, can be interpreted in the light of goals of ensuring human rights protection, or environmental protection, provided that the object and purpose of the treaties indicate the need to attain these goals.⁶⁷ The International Court of Justice has also upheld the reference to the goals of a treaty in its jurisprudence.⁶⁸

⁶⁴ Jennings, Watts (1992), 1271.

⁶⁵ Bederman (2002), 72-73.

⁶⁶ *Ibid.*, 171-174.

⁶⁷ Van Aaken (2009), 495. This author offers a potential conflict resolution between the norms of international law in the domain of human rights by arguing that “*this means that the judge has to first consider whether human rights law informs the interpretation of the non-human rights treaty under Article 31(1) of the Vienna Convention. Second, the judge has to consider whether human rights law is applicable between the parties under Article 31(3)(c). This can be the case if the human rights norm in question has acquired the status of customary international law or if both states to the dispute are parties to the human rights treaty in question. The judge then has to balance the principle of the treaty to be interpreted, which is presumably in conflict with the human rights principle in question.*” *Ibid.*, 506.

⁶⁸ For instance, in the advisory opinion on the interpretation of the Agreement on Seat of the World Health Organisation, which was concluded between Egypt and this international organisation, the ICJ found: “*In their view, therefore, the travaux préparatoires confirm that the formula in Section 37 was designed to cover revision of the location of the Regional Office’s seat at Alexandria, including the possibility of its transfer outside Egypt. They further argue that this interpretation is one required by the object and purpose of Section 37 which, they say, was clearly meant to preclude either of the parties to the Agreement from suddenly and precipitately terminating the legal régime it created. The proponents of this view of Section 37 also take the position that, even if it were to be rejected and the Agreement interpreted as also including a general right of denunciation, Egypt would still be entitled to notice under the general rules of international*

Finding the true meaning of a treaty provision or another rule of international law is often construed as a need of finding out an effective sense of the provision in question. In this context, *effet utile* is used as a methodological approach for detecting the deeper and not explicitly written intention of the authors of a legal norm. However, there is a conscience and duty to respect the principle of good faith when interpreting legal rules.⁶⁹ In this sense, the Permanent Court of International Justice concluded “*in case of doubt, the clauses of a special agreement by which a dispute is referred to the Court must, if it does not involve doing violence to their terms, be construed in a manner enabling the clauses themselves to have appropriate effects.*”⁷⁰ Some scholars conclude that the principle of effectiveness was often used when interpreting the constituent instruments of international organisations which proved that the object and purpose of such an instrument played the crucial role in interpreting this type of treaties. Namely, the constituent instruments are expected to provide the institutional set up for creating and achieving policy goals of the international organisation in question. Thus, these instruments are perceived as dynamic documents which develop over time.⁷¹ For the practical usage, *effet utile* is a practical approach which is used with a view of ensuring an efficient interpretation. In other words, the interpreting authority has to find an effective meaning of the international rule that is being interpreted and to find the sense that enables effective application. However, this approach has its limits and it should not lead to interpreting the concrete provision in the way that it would be contrary to the other provisions and rules that it is connected with.⁷² The essence of this principle is that interpretation should not result in the lack of meaning of the provision in question. However, this principle does not allow for extremely flexible interpretation which would go beyond the remits of the treaty in question. The effective meaning of a provision should be found within the purpose and objectives of the interpreted document.⁷³

law.” *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, ICJ Reports 1980*, para. 41.

⁶⁹ Reinhold, S. (2013), 61-62. There is a number of decisions of international tribunals confirming the doctrine of effectiveness. For instance, when interpreting the constituent instrument of the International Labour Organisation, the PCIJ found the following: “*It is not conceivable that they intended to prevent the Organization from drawing up and proposing measures essential to the accomplishment of that end. The Organization, however, would be so prevented if it were incompetent to propose for the protection of wage-earners a regulative measure to the efficacious working of which it was found to be essential to include to some extent work done by employers. If such a limitation of the powers of the International Labour Organization, clearly inconsistent with the aim and the scope of Part XIII, had been intended, it would have been expressed in the Treaty itself... But, so far as concerns the specific question of competence now pending, it may suffice to observe that the Court, in determining the nature and scope of a measure, must look to its practical effect rather than to the predominant motive that may be conjectured to have inspired it.*” PCIJ, *Competence of the International Labour Organisation to Regulate, Incidentally, the Personal Work of the Employer*, Collection of Advisory Opinions, Series B, No. 13, 23 July 1926, pp. 18-19.

⁷⁰ PCIJ, *Case of the Free Zone of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, Series A, No. 22, p. 13.

⁷¹ Amerasinghe (2005), 59-60.

⁷² Dailler, Forteau, Pellet (2009), 288-289.

⁷³ Jennings, Watts (1992), 1280-1281.

Another dimension of coherent effects of international law rules is ensured through the principle of consistent interpretation. This principle means that the rule of national law is understood and interpreted in the light of international legal rules. The principle of consistent interpretation differs from the doctrine of direct effect, which is rarely applied in the context of international law, but is one of the leading doctrines in the jurisprudence of the Court of Justice of the EU. Direct effect simply means that a national court or any other body may directly apply an international law rule as an independent and authoritative legal norm if it is not transposed into national legal order.⁷⁴ Although the consistent interpretation of national law is not directly enshrined in any rule of international law, there is somehow understanding in many countries that duly accepted international obligations are considered as 'higher law' by the national authorities that apply corresponding national rules.⁷⁵ The principle of consistent interpretation has been firmly and explicitly established in EU legal order, particularly when there is need to ensure indirect effect of directives. Simon explains that "*le principe selon lequel le juge national est tenu d'interpréter le droit national existant de manière à permettre l'application effective des normes communautaires a été concrétisé dans un premier temps dans le contexte de l'application des directives. La Cour a en effet clairement établi qu'il incombe aux juridictions nationales d'interpréter leur droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive.*"⁷⁶

Given the length of this paper, the above examples were used to indicate that the practical life of international legal rules and their interpretation, particularly when interacting with the municipal legal orders, cannot be rigidly confined within strict conventional rules and guidelines.

4. CONCLUDING REMARKS

Despite relevance of other sources, the theory and practice of interpretation remain mainly focussed on interpreting treaty provisions and to a lesser extent to other formal sources of international law, such as customs. The art of interpretation is developed by different subjects, such as parties to the treaties, but also by national institutions, international organisations, tribunals and international courts. One may conclude that the Vienna Convention, which defines some contours for inter-State treaties' interpretation, prefers the textual approach, while the practice also relies on other schools and techniques, such as systematic and teleological methods.

The paper demonstrates that different international legal sources may be prone to predominant use of certain more specific interpretation methods and doctrines. *Effet utile*

⁷⁴ Betlem, Nollkaemper (2003), 571-572. By making parallel with EU law, these authors explain that "*the principle of consistent interpretation is primarily applied when the rule of international law in question has not been transposed in national law. However, the principle is not limited to that situation. In EC law, the principle applies both where the directive in question has or has not been properly transposed. ... Where the legislature has timely and correctly transposed the rule – the normal situation – a court is unlikely to encounter the boundaries of acceptable interpretation; in the absence of such transposition – the problem situation – and where there is some discrepancy between the wording of the rule and the implementing legislation, the application of supra-national law does call for certain judicial creativity.*" Ibid, 576.

⁷⁵ Betlem, Nollkaemper (2003), 574.

⁷⁶ Simon (2001), 438-439.

remains highly significant in the context of interpretation of systemic treaties, such as constituent instruments, whilst the parties tend to prefer the textual methods when interpreting some conventions, *i.e.* treaties-laws. Therefore, we may conclude that the art of interpretation is rather an intellectual operation, albeit regulated by some rules, *guidelines and established practices, but still dynamic and greatly determined by the subjects performing* legal interpretation within the international community as a highly decentralised system.

LITERATURE

Monographs, articles

- Amerasinghe, C.F. (2005). *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bederman, D.J. (2002). *The Spirit of International Law*. Athens: University of Georgia Press.
- Betlem, G., Nollkaemper, A. (2003). Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation. *European Journal of International Law*, 14(3), 569-589.
- Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*. Paris: LGDJ.
- Distefano, G., Mavroidis, P.C. (2011). L'interprétation systémique : le liant de l'ordre international. In : Guillo, O. et al. (eds.) *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Zessner*. Bâle : Helbing Lichthenhahn, 743-759.
- Degan, V. Đ. (2000). *Međunarodno pravo*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
- Dupuy, P. M. (2006). Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? *EUI Working Papers*, Law 2006/14.
- Focsaneanu, L. (1970). Les langues comme moyen d'expression du droit international. *Annuaire français de droit international*, 16(1970), 256-274.
- Jennings, R., Watts, A. (1992). *Oppenheim's International Law, Volume I*. Harlow: Longman.
- Kreća, M. (2010). *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Krivokapić, B. (2017). *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Poslovni i pravni fakultet, Institut za uporedno pravo.
- Reinhold, S. (2013). Good Faith in International Law. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2(1), 40-63.
- Rosenne, S. (2004). *The Perplexities of Modern International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Shaw, M. (2003). *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Simon, D. (2001). *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} Edition, Paris: Presses Universitaires de France.
- Đurić, V. (2007). *Ustav i međunarodni ugovori*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Van Aaken, A. (2009). Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16(2), 483-512.

Legal sources

- Vienna Convention of the Law of Treaties of 23 May 1969, *United Nations Treaties Series*, Vol. 1155, I-18232.
- PCIJ, *Polish Postal Service in Danzig*, Publications of the PCIJ, Collection of Advisory Opinions,

Series B – No 11, 16 May 1925.

PCIJ, *Question of Jaworzina (Polish – Czechoslovakian Frontier)*, 6 December 1923, Collection of Advisory Opinions, Series B, No. 8.

PCIJ, *Competence of the International Labour Organisation to Regulate, Incidentally, the Personal Work of the Employer*, Collection of Advisory Opinions, Series B, No. 13, 23 July 1926.

PCIJ, *Case of the Free Zone of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, Series A, No. 22.

Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of 20 November 1950, ICJ Reports 1950.

Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1961; ICJ Reports 1960.

Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, ICJ Reports 1980.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea intervening), Judgment, ICJ Reports 2002.

International status of South-West Africa, Advisory Opinion of 11 July 1950, ICJ Reports 1950.

Vještina tumačenja normi u savremenom međunarodnom javnom pravu: ocjena metoda i pristupa

Rezime: Članak istražuje savremena pitanja tumačenja normi međunarodnog javnog prava: ugovora, običajnih pravila i drugih formalnih izvora. Kako se to generalno zahtijeva i u pravnoj praksi i u nauci, praktičari međunarodnog javnog prava takođe treba da tumače međunarodnopravna pravila kada pokušavaju pronaći njihovo ispravno značenje i obim primjene u slučajevima kada njihovo značenje nije u potpunosti jasno. Članak je pokazao da postoji niz metoda koje primjenjuju subjekti tumačenja u cilju utvrđivanja ispravnog značenja dotičnih pravila. Tokom prošlog vijeka, vještina tumačenja je djelimično napredovala pošto je Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora uspostavila pravila koja se primjenjuju na tumačenje međudržavnih ugovora. Međutim, običajna pravila ili posebni pravni režimi i dalje se primjenjuju na tumačenje drugih ugovora i drugih formalnih izvora međunarodnog javnog prava, koji ne spadaju u domašaj primjene Bečke konvencije. Za razliku od unutrašnjeg pravnog poretka, ne postoji centralni autoritet na međunarodnom planu koji je ovlašten da tumači međunarodno pravo. Dakle, moguće je govoriti o mnoštvu subjekata koji tumače međunarodno pravo, a najrelevantnijim se čini autentično tumačenje ugovora ili drugih akata. Poseban fokus u tumačenju pravila međunarodnog javnog prava odnosi se na potrebu da se obezbijedi njihova efektivnost, čime se omogućava da se predmetni međunarodni odnosi održe ili da međunarodne strukture nastave da obavljaju svoje funkcije.

Ključne riječi: međunarodno javno pravo, tumačenje međunarodnog prava, međunarodni ugovori, običajno pravo, opšti principi međunarodnog prava.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

DOI: 10.7251/GFP2212023M

UDC: 341.231.14-054.73:341.1/8

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
1. jun 2022.

Datum prihvatanja rada:
25. jul 2022.

Milica V. Matijević

PhD, Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia, m.matijevic@iup.rs, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2459-9201>

Jelena Madžarević

LLM, Humanitarian Affairs Officer, UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), Shire (Ethiopia), jelenapaul@gmail.com

Stefano Giantin

MA, Correspondent, Daily Newspaper "Il Piccolo" (La Repubblica Group, Italy), mail@stefanogiantin.net

Duration of Internal Displacement at the Intersection of Law and Politics

Abstract: Even though the question of when internal displacement ends was the subject of the UN-led standards-setting efforts and addressed in the resulting international soft-law norms, in practice, the determination of when an internally displaced person (IDP) is no longer in need of assistance and protection is still performed arbitrarily and on ad hoc basis. There are different explanations of why the rights-based criteria on the duration of displacement have not served their aim. In this paper, the authors identify another one by arguing that their ineffectiveness is caused in the first place by the essentially political nature of the matter they are supposed to regulate. The paper's aim is to serve as a preliminary investigation and set the ground for a more systematic and in-depth analysis of the relationship between the law and the politics in the process of deciding when the internal displacement is over. To this aim, the paper provides an overview of the two main international soft-law instruments regulating the status of IDPs and a short analysis of the principal humanitarian, human rights and refugee law norms from which these soft-law instruments were derived or which have otherwise directed the identification of therein contained standards. The investigation shows not only that the two main international soft-law instruments tend to be inadequate as means to regulate the process of determining when a person should no longer be considered in need of assistance and protection as an IDP, but that the international law norms restated in these instruments as such cannot offer clear guidance on the matter. The inquiry also shows, in the context of protracted displacement, that where the impasse in the negotiation and/or implementation of a peace agreement reduces the traditional triad of durable solutions to only two of them – integration in the place of displacement and resettlement to the third place - the entire edifice of the rights-based criteria collapses. Such situations, the authors argue, demonstrate that the rights-based criteria on the duration of displacement can only serve as a framework for the essentially political deliberations on the matter.

Key words: internally displaced persons (IDPs), duration of internal displacement, durable solutions, protracted displacement, Serbia.

1. INTRODUCTION

The prevalence of the civil over the interstate wars characterising the post-Cold War period and the vast number of persons affected by these wars in the last two decades have doubled the number of internally displaced persons (IDPs).¹ The estimates are that by mid-2021, nearly 50.9 million people in the world were forcibly displaced as a consequence of conflict and violence.² There is a clear tendency for an ever longer duration of internal displacement, with an average conflict-induced displacement lasting 17 years.³ A rapidly resolved displacement crisis has become an exception, and each year an increasing number of IDPs find themselves in protracted displacement, which, as a consequence of prolonged unavailability of durable solutions, can last for decades.⁴ All of this has led to what the UN today characterises as the global displacement crisis.⁵

Serbia represents one of the few European regions of protracted displacement with a high overall displacement record. The conflict in June 1999 and the March 2004 violence were the main triggers of the forced displacement from Kosovo and Metohija. According to the official figures, today, more than 20 years since the end of the conflict, Serbia (excluding Kosovo and Metohija) hosts approximately 196 000 internally displaced persons.⁶ Apart from its longer-term development implications⁷ and effects on regional stabilisa-

¹ For a more developed analysis of the reasons which have led to an increased number of IDPs compared to the number of refugees, see: Hathaway, C. J. (2007). Forced Migration Studies: Could We Agree Just to 'Date'?. *Journal of Refugee Studies*, 20 (3), 349-369. doi:10.1093/jrs/fem019. As per the definition of IDPs, the UN Guiding Principles on Internal Displacement define them as "persons or groups of persons who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or places of habitual residence, in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalised violence, violations of human rights or natural or human-made disasters, and who have not crossed an internationally recognised state border" (para. 2). United Nations Commission on Human Rights (UNCHR), Guiding Principles on Internal Displacement, UN Doc E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 February 1998, Annex.

² UNHCR, Mid-Year Trends Report 2021, 9.

³ UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the human rights of internally displaced persons, Addendum: Follow-up mission to Azerbaijan, 8 April 2015, A/HRC/29/34/Add.1, 1.

⁴ Protracted displacement, as a distinct type of displacement, characterised by the long duration and the lack of prospects for achieving the durable solutions, has become one of the most prevalent types of displacement (Report of the UN Secretary-General's High-Level Panel on Internal Displacement. (September 2021). *Shining a Light on Internal Displacement: A Vision for the Future*, 3). So far, there is no agreed definition of protracted displacement. However, one could say that this type of displacement typically is a consequence of a stalemate in the negotiations and implementation of peace agreements and/or of the situation in which the state, which bears primary responsibility for protecting and assisting those displaced within its borders, does not have effective control over the part of its territory from which IDPs have fled.

⁵ To "better prevent, respond and achieve solutions to the global internal displacement crisis", in 2019, the UN Secretary-General established the High-Level Panel on Internal Displacement. Retrieved June 4, 2022, from <https://www.un.org/internal-displacement-panel/content/what-we-do>.

⁶ The statistics presented on the official web page of the Commissariat for Refugees and Migrations of the Republic of Serbia. Retrieved May 11, 2022, from [https://kirs.gov.rs/cir/interno-raseljena-lica](https://kirs.gov.rs/cir/interno-raseljena-lica/interno-raseljena-lica).

⁷ More on the developmental implications of internal displacement in: Asfour, H., Al-Thawr, S., Chastonay, C. (August 2020). *Internal Displacement as a Development Challenge*. UNSG High-

tion, the most severe consequence of protracted displacement is observed in the continued socio-economic vulnerability of IDPs and the lack of prospects for resolution of their displacement-related difficulties. Despite years-long active efforts of the Government of Serbia and the international community, 68 514 IDPs are still in need of assistance, while the prospects of reaching durable solutions to displacement are far from sight.⁸ The existing statistics also shows that a significant portion of IDPs still has displacement-related needs, among which the most pervasive are those related to their property rights in Kosovo and Metohija, access to personal documents, access to employment and the social security benefits.⁹ At the same time, it seems that the quest for providing durable solutions for IDPs from Kosovo and Metohija has arrived at an impasse. The question of how to resolve IDPs' problems is out of focus of the public discourse both in Serbia and on the international plane. The statistics on their vulnerabilities and needs is being collected within ever longer intervals.¹⁰ The EU-facilitated Belgrade-Pristina dialogue and the resulting "Brussels Agreements" do not directly address the displacement-related difficulties encountered by IDPs. Even more worryingly, for some international stakeholders, the category of IDPs from Kosovo and Metohija no longer exists.¹¹

Such a situation is not unique to the Republic of Serbia. In many countries with protracted displacement, the duration of IDP status is more often than not matter of how different stakeholders, international and national, see IDPs fit to their broader political agendas rather than of an assessment based on the legal criteria.¹² Even though the question of when internal displacement ends figured for quite some time as an important topic of the UN-led international standards-setting activities, in practice, the determination of when an IDP is no longer in need of protection is often performed arbitrarily and on *ad hoc* basis. There are several possible reasons for the ineffectiveness of the existing soft-law criteria for determining the duration of internal displacement. In this paper, the authors depart from the hypothesis that at this stage of its development, international law cannot offer an unambiguous and decisive set of criteria on the duration of internal displacement. The paper is to serve as a preliminary investigation that would lead to a more systematic and in-depth analysis of the relationship between the law and the politics in the process of determining when the internal displacement is over. To this aim, the two main international soft-law instruments regulating the status of IDPs are analysed, as well as the principal humanitarian, human rights and refugee law norms from which these soft-law instruments

Level Panel on Internal Displacement Research Briefing Paper.

⁸ Commissariat for Refugees and Migrations of the Republic of Serbia (May 2018). Position and Needs of IDPs. 15.

⁹ *Ibid.*, 15, 37-40,

¹⁰ The last available official statistics on the position and needs of IDPs dates May 2018.

¹¹ According to the Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), an organisation established in 1998 by the Norwegian Refugee Council which each year produces highly cited global displacement reports and other pieces displacement-related statistics, since 2014 there have been no more IDPs in the Republic of Serbia. See the web page with the country profile of Serbia. Retrieved 21 May 2022, from <https://www.internal-displacement.org/countries/serbia>.

¹² For an interesting analysis of this tendency and its consequences, see: Johansson, P. (2019). Displaced Persons as Symbols of Grievance: Collective Identity, Individual Rights and Durable Solutions. In: Bradley, M., Milner, J., Peruniak, B. (eds.) *Refugees' Roles in Resolving Displacement and Building Peace: Beyond Beneficiaries*. Washington: Georgetown University Press, 132-149. <https://doi.org/10.2307/j.ctvfrxq90>.12.

were derived or which have otherwise directed the identification of therein contained standards. The broader goal of the paper is to pave the way for more comprehensive academic inquiries into the relationship between the legal and the political means for addressing internal displacement and its human rights dimensions. It is believed that a clearer picture of the relationship between the two could open the space for more enhanced strategies for remedying the protracted displacement both in Serbia and elsewhere.

Although different events could lead to forced displacement, including natural or human-made disasters, the paper is limited to the internal displacement caused by armed conflict or situations of generalised violence. In the first part of the paper, the authors provide an overview of the two main international soft-law instruments for protecting IDPs. The second part of the paper brings a short overview of the norms of international humanitarian, human rights and refugee law which served as the basis of these soft-law instruments with regard to the question of when to stop considering someone as an internally displaced person. In its third part, the authors turn back to the hypothesis and analyse it in the context of protracted displacement.

2. WHEN SHOULD INTERNAL DISPLACEMENT END?

While the last three decades have seen a radical shift in the interest of the forced migration scholars and practitioners from refugees to internally displaced persons, which has resulted in an intensive standard-setting activity in the field, several vital aspects of the status of IDPs are still subject to differing interpretations. One of the most important unresolved issues certainly is the question of how long the IDP status should last. Unlike refugees, IDPs do not cross an internationally recognised border and do not have special legal status under international law; henceforth, there is no cessation clause on the duration of their status as for refugees.¹³ Given that they remain within their own country, logically speaking, displacement is over when conditions are in place for IDPs to a) return and reintegrate in the place of origin, b) remain and integrate in the place of displacement or c) resettle and integrate in a third location, and are able to realise their human rights *on a par* with the rest of the population. However, how long the displacement should last in practice is a complex question, given that not all durable solutions would always be feasible, and the displacement-related vulnerabilities and needs of IDPs could affect their lives for many decades after they fled homes. That being particularly observable in the situations of protracted displacement where the process of finding durable solutions for IDPs is stalled, and IDPs are marginalised as a consequence of a lack of protection of their human rights both in the place of displacement and in the place of origin.

There are many reasons why it is essential to determine the (non)existence of the IDP status of an individual. Some of those include collecting reliable IDP-related statistics by national and international stakeholders to determine, through their budgets, strategies and action plans, the nature and scope of the aid required to assist and protect IDPs, *i.e.* remedy the situation of forced displacement.¹⁴ Furthermore, IDPs have the right to be duly informed about the duration of their status, the cessation of which may create consequen-

¹³ On the conceptual differences and similarities between Internally displaced persons and refugees, see: Phuong, C. (2005). *The International Protection of Internally Displaced Persons*. New York: Cambridge University Press, 13-37. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511494062>.

¹⁴ Cardona-Fox, G. (August 2020). *The Politics of IDP Data: Improving the Use of IDP Data and Evidence*. UNSG High-Level Panel on Internal Displacement Research Briefing Paper, 3.

es regarding the benefits they are entitled to as IDPs or limitations imposed upon them. An unjustified identification of a person as IDP, especially in the context of protracted displacement, can be detrimental to that person's ability to integrate into society successfully.

The theory and practice now generally agree that an answer to protracted displacement should be sought in the operationalisation of the conventional triad of durable solutions (repatriation, integration and resettlement) via collective outcomes, understood as commonly agreed results that reduce the displacement-related needs, risks and vulnerabilities of IDPs and increase their resilience through strategic, clear, quantifiable and measurable targets.¹⁵ These results and targets need naturally be context-specific and developed through the combined efforts of all stakeholders. However, sustainable collective outcomes cannot be identified without a clear set of criteria for assessing the level of achievement of durable solutions. The same criteria are needed to determine when a person is no longer in need of assistance and protection as an IDP. In that sense, the humanitarian and human rights standards on the protection of IDPs were the first place to look at while searching for an answer on how long internal displacement should last.

2.1. UN Guiding Principles on Internal Displacement

Already at the end of the nineties, the scholarly work and the activities of the UN agencies resulted in the relatively fast consolidation of knowledge on internal displacement into a set of humanitarian, peacebuilding and human rights standards for the protection of IDPs.¹⁶ In 1998 these standards were laid down in the UN Guiding Principles on Internal Displacement (further "the UN Guiding Principles").¹⁷ As the main international instrument regulating the subject, the UN Guiding Principles restate the international human rights and humanitarian law standards germane to IDPs and identify a set of rights they are entitled to during displacement and in the course of achieving durable solutions. In general, IDPs have the "right to request and to receive protection and humanitarian assistance" (principle 3.2). The rights guaranteed during displacement include the right to: life (principle 10), dignity and physical, mental and moral integrity (principle 11), liberty and security of person (principle 12), liberty of movement (principle 14), asylum (principle 15), information on the missing relatives (principle 16), respect of family life (principle 17), adequate standard of living (principle 18), health care (principle 19), legal identity (principle 20), freedom from interference with the enjoyment of property and possessions (principle 21), freedom from discrimination (principle 22), and education (principle 23). Given that IDPs remain within the borders of their own country, the UN Guiding Principles point to the national authorities having the primary obligation to protect and assist IDPs (principle 3)¹⁸, while international humanitarian organisations are entitled to "offer

¹⁵ More on this in: Kälén, W., & Chapuisat, H. E. (June 2007). *Breaking the Impasse: Reducing Protracted Internal Displacement as a Collective Outcome*. UN Office for Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA).

¹⁶ On the early developments of the IDP protection concepts, see: Weiss, G. T., & Korn, A. D., (2006). *Internal Displacement Conceptualisation and Its Consequences*. Abingdon: Routledge.

¹⁷ United Nations Commission on Human Rights (UNCHR), Guiding Principles on Internal Displacement, UN Doc E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 February 1998, Annex.

¹⁸ See also principle 25.1 of the UN Guiding Principles. The international normative framework on internal displacement is predicated on the view that the state bears primary responsibility for protecting and assisting those displaced within its borders because they are members of the

their services” to the primary duty bearer (principle 25.2). In the course of return, integration and resettlement, national authorities are obliged to “establish conditions, as well as provide means” that would allow the safe and dignified return of IDPs and “endeavour to facilitate the reintegration of returned or resettled [IDPs]” (principle 28.1). In this regard, IDPs have the right to freedom from discrimination on the ground of displacement status, the right to participation in public affairs and the right to access public services on equal ground with the other citizens (principle 29.1). Furthermore, the national authorities are obliged to assist IDPs to “recover, to the extent possible, their property and possessions” and, when such recovery is not possible, to obtain “appropriate compensation or another form of just reparation” (principle 29.2).¹⁹ Since they retain their status of citizens or habitual residents during and after displacement, (former) IDPs also fall under the general human rights legal framework applicable in their state. The UN Guiding Principles are important for analysing the matter at hand because their norms point to the nature and scope of the specific protection assigned to this category of the displaced population. However, despite extensively regulating various issues related to internal displacement, the UN Guiding Principles do not provide an answer on when its provisions are no longer applicable. Instead, they merely state that “[d]isplacement shall last no longer than required by the circumstances” (principle 6.3).

2.2. Framework on Durable Solutions

While the UN Guiding Principles are not obligatory for the states, they have gained significant authority over the last two decades, making the lack of explicit cessation-related norms a considerable gap in IDP protection. Given the importance of securing a coherent response to the question of when displacement ends, in 2001, the UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA) asked the Representative of the UN Secretary-General on Internally Displaced Persons²⁰ to provide guidance on “when generically an individual would not only become an IDP but [...] should no longer be considered under this category.”²¹ During the extensive inquiries with academia²², international

national political community, either as citizens or habitual residents.

¹⁹ While noting the relevance of all human rights provisions, it should be particularly observed that the realisation of property rights concerning displacement represents one of the main obstacles in effectuating durable solutions. A set of regional instruments applicable in Serbia have explicitly addressed the issue, such as the Council of Europe (CoE), Recommendation Rec(2006)6 of the Committee of Ministers to member states on internally displaced persons, adopted on 5 April 2006, para. 8; CoE, Resolution 1708 (2010) on Solving property issues of refugees and internally displaced persons with the accompanying explanatory report by Jørgen Poulsen (Rapporteur of the Committee on Migration, Refugees and Population of the CoE Parliamentary Assembly), Doc. 12106. Furthermore, since the decision in *Loizidou v. Turkey* case (Application no. 15318/89, 18 December 1996), the European Court for Human Rights (ECtHR) has played a significant role in confirming the rights of IDPs to property and peaceful enjoyment of possessions.

²⁰ Now the Representative of the Secretary-General on the Human Rights of Internally Displaced Persons.

²¹ The Brookings Institution – University of Bern Project on Internal Displacement. (June 2007). *When Displacement Ends: A Framework for Durable Solutions*, 3.

²² See, for instance, *Forced Migration Review's special issue* on “When does internal displacement end?”, May 2003, which came about as a result of the consultations between the leading scholars

governmental organisations, civil society, and other stakeholders, the issue was analysed through the UN Guiding Principles, refugee experience by analogy and specific case studies of internal displacement. In the course of the consultations, three possible approaches were developed and tested: a) cause-oriented (whether the cause that brought to the flight had changed), b) needs-focused (whether IDPs still had displacement-related needs), and c) solutions-based (whether IDPs had returned, locally integrated or resettled).²³ The conclusion reached was that none of the approaches was sufficient to resolve the matter, and the priority was placed on the combined needs-focused and solutions-based approaches. The conclusion also showed that the end of displacement does not occur at one particular point in time but that it represents “a gradual process during which the need for specialised assistance and protection for IDPs begins to diminish”.²⁴ The results of the UN initiative were eventually used to formulate criteria for determining to what extent a durable solution has been achieved. These criteria were in 2010 laid down in the Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons (further “the Framework on Durable Solutions”).²⁵ According to this soft-law instrument, displacement ends when IDP has achieved one of the three durable solutions (return, integration or resettlement), which he/she has opted for and pursued on the basis of an informed and voluntary decision (para. 21(d)). A durable solution is achieved when a former IDP no longer has specific assistance and protection needs linked to displacement, and such person can enjoy his/her human rights without discrimination resulting from displacement (para. 8). In accordance with principle 28 of the UN Guiding Principles, the primary responsibility to provide durable solutions for IDPs and ensure their protection and assistance needs lies with the national authorities. However, in the situation where *de facto* authorities control the territory and exercise elements of governmental authority in the absence or default of the official authorities, this responsibility extends to them without implying legal recognition (para. 21(a)). The Framework on Durable Solutions sets eight criteria on the basis of which it should be possible to assess the level of achievement of a durable solution, *i.e.*, how remote or close the end of displacement is. These are objective criteria which can be defined as indicators of the level of achievement of human rights in the realisation of which IDPs typically encounter displacement-related obstacles, selected among the IDPs’ rights laid down in the UN Guiding Principles. They concern long-term safety, security and freedom of movement, an adequate standard of living, access to livelihood and employment, restoration of housing, land and property, access to personal and other documentation, family reunification, participation in public affairs and access to effective remedies and justice (para. 53). The Framework also singles out the right to be protected against discrimination as “a cross-cutting principle that should guide the process of supporting a durable solution and the assessment to what extent a durable solution has been achieved” (para. 21(g)).

and practitioners.

²³ When Displacement Ends: A Framework for Durable Solutions’, 4. For a summary, see: Mooney, E. (2005). *An IDP No More?: Exploring the Issue of When Internal Displacement Ends (Background Paper)*. Georgetown University.

²⁴ When Displacement Ends: A Framework for Durable Solutions, 5.

²⁵ UN Human Rights Council, Report of the Representative of the Secretary-General on the Human Rights of Internally Displaced Persons, Walter Kälin: addendum: Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons, 9 February 2010, A/HRC/13/21/Add.4.

One of the main weaknesses of the Framework on Durable Solutions, as noted by the scholars and practitioners, is that due to their broad and multifaceted character its provisions are hard to operationalise and apply in practice, this being especially true in the situations of protracted displacement.²⁶ As illustrated earlier, the Framework on Durable Solutions has not prevented the further occurrence of the scenarios in which different stakeholders respond differently to the question of whether the time has come for the IDP status to end individually or collectively. At least part of the explanation of a failure to set more reliable criteria for determining the duration of IDP status could be hidden in the international law norms from which the UN Guiding Principles and the Framework on Durable Solutions are derived. For that reason, it might be useful to step back and see how the humanitarian law, the human rights law, and the refugee law by analogy, regulate the subject.

2.3. International hard-law norms

The humanitarian law contains the cessation clause in, e.g., Article 6, paras. 2 and 3 of the 1949 Fourth Geneva Convention, which sets that in the territory of the parties to the conflict, the application of the present Convention shall cease one year after the general close of military operations and “on the general close of military operations” in the case of an occupied territory.²⁷ Principle 10.2 of the UN Guiding Principles prohibits “attacks or other acts of violence against [IDPs] who do not or no longer participate in hostilities”, in particular, e.g. “starvation as a means of combat” and using IDPs “to shield military objectives” (principles 10.2.b and 10.2.c). The provisions apply only to IDPs during an armed conflict, even though the displacement can also continue in its aftermath.

The cessation concept in refugee law is found in Article 1C of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees,²⁸ which explicitly regulates various instances when a person ceases to be a refugee. Most notably, Article 1C.5 provides for cessation of refugee status when “circumstances in connection with which he has been recognised as a refugee have ceased to exist” – implying the existence of protection within the state of nationality. The cessation pursuant to Article 1C.4 occurs once the refugee has “re-established himself in the country which he left”, and it seems to correspond with the situation of an IDP returnee, *mutatis mutandis*. On the other hand, the similar notion of “[IDPs] who have returned to their homes or places of habitual residence or who have resettled in another part of the country” in principle 29.1 of the UN Guiding Principles does not imply the discontinuation of the IDP status. This provision should be read in a way that returnees, for instance, still fall under the UN Guiding Principles for reasons of their presumed higher vulnerability in a possibly inimical environment that is not necessarily inimical enough to be labelled as insecure. That is because the struggle to achieve return as a durable solution, *i.e.*, enjoy the rights on par with the other nationals, does not finish when an IDP, for

²⁶ See on this: Beyani, C., & Krynsky Baal, N., & Caterina, M. (2016). *Conceptual Challenges and Practical Solutions in Situations of Internal Displacement*. Forced Migration Review, 52, 39–42. For a literature review on this subject, see: Cantor, J. D., & Woolley, A. (2020) *Internal Displacement and Responses at the Global Level: A Review of the Scholarship*. The Internal Displacement Research Programme (IDRP) Working Paper No. 1, 8.

²⁷ Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 287.

²⁸ Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, 137.

instance, physically returns home, but it implies a lengthy process of reintegration into the place of origin. As established in the Framework on Durable Solutions, “[s]ecuring a truly durable solution is often a long-term process of gradually diminishing displacement-specific needs, while ensuring that IDPs enjoy their rights without discrimination related to their displacement” (para. 15). Moreover, the analogy drawn from refugee law would not be entirely useful as the identification of a person as an IDP does not grant any specific legal status under international law.

With further reference to refugee law, it could be observed that the UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) guidelines on interpretation and implementation of the “ceased circumstances” clause (Articles 1C.5 and 1C.6) set as the basic standards for evaluating the developments in the countries of origin: a) fundamental character of the change, and b) durability.²⁹ The fundamental character of change points to a significant and stable development in the circumstances (“to remove the basis of the fear of persecution”), including, *inter alia*: free and fair elections, full respect for human rights and relative political and economic stability in the country occurring over varying periods of time.³⁰ With regard to durability, the UNHCR has suggested a “waiting period” of 12-18 months to allow consolidation to occur.³¹

When it comes to the third and the most important source of the soft-law standards on IDP protection, it is clear that the cessation concept cannot emanate from the international human rights law considering that the latter remains applicable even after the loss of the IDP status. As a member of the national political community, either as a citizen or habitual resident, a former IDP remains entitled to the full range of the rights mentioned above under the human rights legal corpus applicable in the country. These rights ensue from, *inter alia*, the Universal Declaration of Human Rights (UDHR)³², International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)³³, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)³⁴, International Convention on Elimination of All Forms of Discrimination (CERD)³⁵, European Convention on Protection of Human Rights (ECHR)³⁶, etc. For instance, the prohibition of discrimination against IDPs “as a result of them having been displaced” under principle 29.1 of the UN Guiding Principles remains preserved as the prohibition of discrimination based on “other status” in, e.g., Articles 7 of UDHR, Articles 2.1 and 26 of ICCPR, Articles 2.2 and 10.3 of ICESCR, Article 5 of CERD, Article 14 of ECHR and similar.

²⁹ UNHCR. (1999). The Cessation Clauses: Guidelines on their Application. paras. 23-29.

³⁰ *Ibid.*, para. 28.

³¹ Bonoan, R. (2003). Cessation of Refugee Status: A Guide for Determining When Internal Displacement Ends?. *Forced Migration Review: When Does Internal Displacement End Special Issue?*, 8.

³² UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III).

³³ UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, 171.

³⁴ UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, 3.

³⁵ UN General Assembly, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 December 1965, United Nations, Treaty Series, vol. 660, 195.

³⁶ Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.

3. LAW, POLITICS AND THE DURATION OF INTERNAL DISPLACEMENT

The analysis shows not only that the two main international soft law instruments tend to be ineffective when it comes to the attempt to establish clear criteria for determining when an individual should no longer be considered in need of assistance and protection as IDP, but that the international law norms restated in these instruments a such cannot offer clear guidance on the matter. Some tend to explain the inability of the law to regulate the matter by the fact that the situations of internal displacement caused by armed conflict and violence can exhibit great differences among each other. Others assign it to the too broad scope of the Framework on Durable Solutions, which generically addresses the question no matter whether displacement was generated by the conflict, violence, natural or man-made disasters.³⁷ Another reason could be sought in rather limited diffusion of the knowledge of the Framework among the international organisations and governments active in the field or affected by the internal displacement.³⁸ For Asfour *et al.*, one of the main problems with the application of the criteria identified in the soft-law instruments is that they are based on the idea that IDPs should enjoy a set of universal rights which are basic in nature but may actually raise the threshold too high in the situations where they “may not actually be generally enjoyed in practice by the wider population of that country”.³⁹

While all these elements certainly contribute to the problem, this paper places forward the proposition that the ineffectiveness of the attempt to introduce the legal criteria on the duration of displacement in the first place ensues from the essentially political nature of the matter and that the existing rights-based criteria can only serve as a framework for the political deliberations. That is, the authors argue, particularly manifest in the situations of protracted displacement. The impasse in the negotiation and/or implementation of a peace agreement, characterising this type of displacement, reduces the traditional triad of durable solutions to only two of them – integration in the place of displacement and resettlement to the third place. In such situations, IDPs’ right to a free and informed choice among the three durable solutions cannot be realised.⁴⁰ At the same time, the given right lays at the very basis of both the UN Guiding Principles and the Framework on Durable Solutions, emanating from the right to freedom of movement and residence guaranteed by Article 13(1) of the Universal Declaration of Human Rights and the freedom to choose one’s own residence as articulated in Article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights which IDPs can enjoy because they have not left their own country. The logical conclusion that follows is that the absence of this right results in the collapse of the entire structure of the legal criteria analysed in the paper. What is left is a common-sensical conclusion that an assessment of when displacement should end in such situations mandates a recourse to political means. That is what eventually takes place in

³⁷ Bradley, M., Sherwood, A. (2016). Addressing and Resolving Internal Displacement: Reflections on a Soft Law “Success Story”. In: Lagoutte, S., Gammeltoft-Hansen, T., Cerone, J. (eds.) *Tracking the Roles of Soft Law in Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 161. doi: 10.1093/acprof:oso/9780198791409.001.0001.

³⁸ See on this: Schrepfer, N. (2012). Addressing Internal Displacement through National Laws and Policies: A Plea for a Promising Means of Protection. *International Journal of Refugee Law*, 24, 667-691. <https://doi.org/10.1093/ijrl/ees048>.

³⁹ Asfour, Al-Thawr, Chastonay, 3.

⁴⁰ As articulated in principle 28 of the UN Guiding Principles on Internal Displacement.

the real-life context, where the political considerations take the lead through the dominance of the return-oriented interpretations of the existing criteria.

Although a perfunctory reading of the Framework for Durable Solutions shows that “long-term safety and security, restitution of or compensation for lost property and an environment that sustains the life of the former IDPs under normal economic and social conditions”⁴¹ are *conditio sine qua non* of a sustainable solution to displacement, in practice, a solution-based approach dominates the process of determining the duration of displacement. That is particularly true in the cases when such determination is undertaken by the governments of states with protracted displacement.⁴² A rather common adherence to the above-mentioned solution-based approach might practically result in an automatic equation between the return to the place of origin as the end of the displacement, the former being a fairly tangible way to determine that the IDP status ended. The flaw of this approach is that in the context of protracted displacement, it could eventually create the prospect of an indefinite perpetuation of displacement, even when IDPs clearly opt for integration in the place of displacement and would objectively be in the same situation as other nationals.

The mentioned tendency arguably may be observed in the case of a significant number of IDPs from Kosovo and Metohija who could be considered factually locally integrated and no longer have any displacement-related needs, yet, they still retain their IDP status by maintaining in the personal documents their Kosovo-based place of abode as their permanent residence. Notwithstanding a series of national strategic documents directed at promoting the rights of IDPs in the place of displacement, the Government of Serbia acceptance of the mentioned practice implies that the state has assumed the solution-based approach, which is significantly bent toward the return. At the same time, the local and international authorities in Kosovo and Metohija have not succeeded in providing basic conditions to effectuate the return, both with regards to the basic security considerations, protection against discrimination, as well as to the mechanisms for restitution of or compensation for property lost as a consequence of conflict and violence.⁴³ The Kosovo context could be compared, up to a point, to the situation in Cyprus. The unresolved conflict involving vast property/land issues, coupled with the long presence of the UN and the return desire among the IDP population extending the validity of the IDP label.⁴⁴

These and many other similar examples bring to the conclusion that in the absence of applicable legal standards, the only means left to address the problem of protracted displacement are the traditional methods of international politics.⁴⁵ In that sense, Me-

⁴¹ When Displacement Ends, 8.

⁴² As Megan Bradley notes, in the national level interpretation of the above-analysed soft-law instruments, “the lion’s share of attention and effort [is] still focused on return”. See: Bradley, M. (2018). Durable Solutions and the Right of Return for IDPs. *International Journal of Refugee Law*, 30 (2), 227. <https://doi.org/10.1093/ijrl/eey021>.

⁴³ See, e.g., Joint IDP Profiling Service (JIPS). (January 2018). Profiling of Internally Displaced Persons in Kosovo: Assessing the Route to Durable Solutions for IDPs in Kosovo.

⁴⁴ See: Bailliet, C. (2000). Unfinished Business: The IDP Land Question. *Forced Migration Review: Going Home: Land and Property Issue*, 16-19.

⁴⁵ On the resolution of IDP issues through peace agreements, see: Fagen, P. W. (2009). Peace Processes and IDP Solutions. *Refugee Survey Quarterly*, 28(1), 31–58. See also: Psaltis, C., et al. (2020). Internally Displaced Persons and the Cyprus Peace Process. *International Political*

gan Bradley argues that return as a durable solution could be better conceptualised and approached if seen as “an explicitly political process [...] shaped by complex power relations stretching from the interpersonal and local through to the international level”.⁴⁶ A concentrated engagement of both domestic and international actors in reaching a political settlement of the displacement-related difficulties faced by IDPs is not only a way forward to resolve the problem of protracted displacement, but it could also become a basis for a more profound and positive shift in the relationship between the parties to the conflict.⁴⁷

4. CONCLUSION

An IDP is not in need of protection and assistance when durable solutions are ensured, i.e., when IDP either returns to the place of origin, locally integrates or resettles in another part of the country, enjoying the same rights as other nationals without any discrimination ensuing from the fact of displacement. However, it is not always clear at which point this is the case in the real-life context, and divergent interpretations may be given in an attempt to address the issue. The answer to the question of when displacement ends in practice remains susceptible to various interpretations. In addressing the question, different stakeholders in a different way interpret the existing standards and arrive at the conclusions which are often a disguise of their broader political agendas. In that way, they tend to reach different, habitually irreconcilable conclusions on the duration of IDP status and, hence, on the number of IDPs. The two main international soft-law instruments on the subject do not provide enough clear criteria for determining when a person should no longer be considered in need of displacement-related assistance and protection. The UN Guiding Principles on Internal Displacement do not directly address the question. The Framework on Durable Solutions, the soft-law instrument created with an explicit intention to fill in the void in the international legal standards *vis-à-vis* the duration of displacement, does not succeed in setting the criteria which could represent enough firm ground for deciding the matter. The analysis also shows that the international hard law norms restated in these two instruments, as such, cannot offer more precise guidance on the matter. That is mainly observable in situations of protracted displacement.

All these reasons, most of which are, as already noted, not unique to Serbia but characterise *en general* the protracted displacement situations in many parts of the world, point to the need to bring the question of how to arrive at durable solutions and on the basis of which criteria to assess when displacement is over back to the fore of international scholars and practitioners' discussions. A reasonable beginning of such renewed inquiry would be to understand, in the first place, what are the possibilities and limitations of using the law to answer the question of the duration of displacement and, accordingly, acknowledge the relationship between the law and the politics in addressing the matter. The many instances of protracted internal displacement around the globe show that without successfully negotiated and implemented political solutions to the problems faced by IDPs, the displacement tends not only to last for decades but also to become a seed of future forced displacements.

Science Review, 41(1), 138–154. <https://doi.org/10.1177/0192512119872057>.

⁴⁶ Bradley (2018), 221.

⁴⁷ For the opposite views stressing the values and challenges of the rights-based approaches to internal displacement see the volume: Grabska, K., Mehta, L. (eds). (2008). *Forced Displacement: Why Rights Matter*. London: Palgrave MacMillan.

LITERATURE

Monographs, articles

- Asfour, H., Al-Thawri, S., Chastonay, C. (August 2020). *Internal Displacement as a Development Challenge*. UNSG High-Level Panel on Internal Displacement Research Briefing Paper.
- Bradley, M. (2018). Durable Solutions and the Right of Return for IDPs. *International Journal of Refugee Law*, 30 (2), 218. <https://doi.org/10.1093/ijrl/eeyo21>.
- Bradley, M., Sherwood, A. (2016). Addressing and Resolving Internal Displacement: Reflections on a Soft Law "Success Story". In: Lagoutte, S., Gammeltoft-Hansen, T., Cerone, J. (eds.) *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 161. doi: 10.1093/acprof:oso/9780198791409.001.0001.
- Cantor, J. D., Woolley, A. (2020) *Internal Displacement and Responses at the Global Level: A Review of the Scholarship*. The Internal Displacement Research Programme (IDRP) Working Paper No. 1.
- Fagen, P. W. (2009). Peace Processes and IDP Solutions. *Refugee Survey Quarterly*, 28(1), 31–58.
- Grabska, K., Mehta, L. (eds.). (2008). *Forced Displacement: Why Rights Matter*. London: Palgrave MacMillan.
- Hathaway, C. J. (2007). Forced Migration Studies: Could We Agree Just to 'Date'?. *Journal of Refugee Studies*, 20 (3), 349-369. doi:10.1093/jrs/fem019.
- Johansson, P. (2019). Displaced Persons as Symbols of Grievance: Collective Identity, Individual Rights and Durable Solutions. In: Bradley, M., Milner, J., Peruniak, B. (eds.) *Refugees' Roles in Resolving Displacement and Building Peace: Beyond Beneficiaries*. Washington: Georgetown University Press, 132-149. <https://doi.org/10.2307/j.ctvfxq90.12>.
- Mooney, E. (2005). *An IDP No More?: Exploring the Issue of When Internal Displacement Ends (Background Paper)*. Georgetown University.
- Phuong, C. (2005). *The International Protection of Internally Displaced Persons*. New York: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511494062>.
- Psaltis, C., et al. (2020). Internally Displaced Persons and the Cyprus Peace Process. *International Political Science Review*, 41(1), 138–154. <https://doi.org/10.1177/0192512119872057>.
- Schrepfer, N. (2012). Addressing Internal Displacement through National Laws and Policies: A Plea for a Promising Means of Protection. *International Journal of Refugee Law*, 24, 667-691. <https://doi.org/10.1093/ijrl/ees048>.
- Weiss, G. T., & Korn, A. D., (2006). *Internal Displacement Conceptualisation and Its Consequences*, Abingdon: Routledge.

Legal sources

- Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, 137.
- Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5.
- Council of Europe (CoE), *Resolution 1708 (2010) on solving property issues of refugees and internally displaced persons* with the accompanying explanatory report by Jørgen Poulsen (Rapporteur of the Committee on Migration, Refugees and Population of the CoE Parliamentary Assembly), Doc. 12106.
- Council of Europe (CoE), *Recommendation Rec(2006)6 of the Committee of Ministers to member states on internally displaced persons*, adopted on 5 April 2006.
- Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Fourth Geneva Convention), 12 August 1949, 75 UNTS 287.
- United Nations Commission on Human Rights (UNCHR), Guiding Principles on Internal Displacement.

- ment, UN Doc E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 February 1998, Annex.
- UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171.
- UN General Assembly, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3.
- UN General Assembly, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 21 December 1965, United Nations, Treaty Series, vol. 660, p. 195.
- UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948, 217 A (III).
- United Nations Human Rights Council, Report of the Representative of the Secretary-General on the Human Rights of Internally Displaced Persons, Walter Kälin: addendum: *Framework on Durable Solutions for Internally Displaced Persons*, 9 February 2010, A/HRC/13/21/Add.4.

Other Sources

- Bailliet, C. (2000). Unfinished Business: The IDP Land Question. *Forced Migration Review: Going Home: Land and Property Issue*, 16-19.
- Beyani, C., & Krynsky Baal, N., & Caterina, M. (2016). Conceptual Challenges and Practical Solutions in Situations of Internal Displacement. *Forced Migration Review* 52, 39-42.
- Bonoan, R. (2003). Cessation of Refugee Status: A Guide for Determining When Internal Displacement Ends?. *Forced Migration Review: When Does Internal Displacement End - Special Issue*, 8-10.
- Brookings Institution – University of Bern Project on Internal Displacement. (June 2007). When Displacement Ends: A Framework for Durable Solutions.
- Commissariat for Refugees and Migrations of the Republic of Serbia. (May 2018). Position and Needs of IDPs.
- Joint IDP Profiling Service (JIPS). (January 2018). Profiling of Internally Displaced Persons in Kosovo: Assessing the Route to Durable Solutions for IDPs in Kosovo.
- Kälin, W., & Chapuisat, H. E. (June 2007). *Breaking the Impasse: Reducing Protracted Internal Displacement as a Collective Outcome*. UN Office for Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA).
- United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Mid-Year Trends Report 2021.
- United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). (1999). The Cessation Clauses: Guidelines on their Application.
- United Nations Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the human rights of internally displaced persons, Addendum: Follow-up mission to Azerbaijan, 8 April 2015, A/HRC/29/34/Add.1, 1.
- United Nations Secretary-General's High-Level Panel on Internal Displacement. (September 2021). Report: Shining a Light on Internal Displacement: A Vision for the Future.

Internet sources

- <https://www.un.org/internal-displacement-panel/content/what-we-do>
- <https://kirs.gov.rs/cir/interno-raseljena-lica/interno-raseljena-lica>
- <https://www.internal-displacement.org/countries/serbia>

Trajanje internog raseljenja na raskršću prava i politike

Rezime: Iako je dužina trajanja internog raseljenja, odnosno statusa interno raseljenog lica (IRL) tokom nekoliko godina bila predmet intenzivne normativne delatnosti u okviru UN-a koja je iznedrila skup standarda, u praksi se ovom važnom pitanju i dalje pristupa arbitrarno i kroz ad hoc rešenja. Različiti autori na različite načine objašnjavaju neuspeh pokušaja da se ovo pitanje reguliše na pravu zasnovanim kriterijumima. U radu, autori postojećim objašnjenjima dodaju još jedno koje polazi od pretpostavke da problem na prvom mestu proističe iz toga što je pitanje dužine trajanja raseljenja u osnovi političko a ne pravno pitanje. Cilj rada je da posluži kao preliminarno istraživanje koje će prethoditi jednoj sistematičnijoj i temeljnijoj analizi odnosa između prava i politike u postupku odlučivanja o tome kada je kraj internom raseljenju. U tu svrhu u radu autori analiziraju dva glavna međunarodnopravna instrumenta kojima su postavljeni standardi u domenu statusa i zaštite interno raseljenih lica, kao i osnovne norme međunarodnog humanitarnog, izbegličkog i prava ljudskih prava koje su utkane u ove instrumente. Sprovedena analiza pokazuje da odredbe sadržane u ova dva međunarodna instrumenta nisu uspele da uredi proces odlučivanja o tome kada se ima smatrati da nekom licu više ne treba pružati zaštitu u svojstvu interno raseljenog lica. Rezultati analize ukazuju i na to da ni same norme međunarodnog prava iz kojih su analizirane odredbe izvedene ne mogu da posluže kao dovoljno čvrst oslonac za pravno regulisanje ovog pitanja. U kontekstu produženog raseljenja, istraživanje dalje pokazuje da kada zastoj u pregovorima ili u sprovođenju mirovnog sporazuma svede tradicionalnu trijadu održivih rešenja na samo dva moguća ishoda za raseljena lica – integracija u mestu raseljenja ili preseljenje u neko drugo mesto – čitav sistem odredbi kojima se reguliše pitanje zaštite IRL-a, kao i dužina trajanja raseljenja gubi svoj oslonac u međunarodnom pravu ljudskih prava. To je i razlog, autori zaključuju, što na pravu zasnovani kriterijumi za određivanje dužine trajanja raseljenja mogu služiti jedino kao okvir za rešavanje ovog pitanja političkim metodama.

Ključne reči: interno raseljena lica (IRL), trajanje internog raseljenja, održiva rešenja, produženo raseljenje, Srbija.



DOI: 10.7251/GFP2212038P

UDC: 339.923:061.1EUJ:341.217(4-672EU)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
2. jun 2022.

Datum prihvatanja rada:
25. jul 2022.

L' enjeu de la citoyenneté européenne dans la vie politique de l' Union européenne - quelques dilemmes théoriques

Abstract: L'Union européenne est une communauté de citoyens disposant des droits et des devoirs spécifiques, codifiés par les traités. Le terme de citoyenneté de l'Union a été officiellement introduit par le traité de Maastricht en 1992 et le concept de la citoyenneté européenne s'est vue développée par les amendements ultérieurs aux traités fondateurs, y compris les modifications introduites par le traité de Lisbonne qui est toujours en vigueur. Les traités définissent la citoyenneté européenne par référence à la nationalité des États membres. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités. Pour montrer l'enjeu de la citoyenneté européenne dans le paysage de l'Union européenne, vu sous l'angle de sa démocratisation, il faut s'interroger, dans un premier temps sur les relations complexes entre cette citoyenneté et l'identité européenne et évaluer, dans un deuxième temps, la participation des citoyens européens dans l'Union européenne.

Mots clés: la citoyenneté européenne, l' Union européenne, l'identité européen, démocratisation, la vie politique.

Jelena Čeranić Perišić

Professeure agrégée, Faculté
des sciences juridiques,
Université paneuropéenne,
Banja Luka, ceranicj@gmail.
com

1. INTRODUCTION

L'Union européenne est une communauté de citoyens disposant des droits et des devoirs spécifiques, codifiés par les traités. Mais elle n'en restera pas moins une communauté dont l'identité demeure encore incertaine et dont le projet politique, institutionnel, est encore loin de faire l'unanimité. Malgré cette indétermination fondatrice, l'Union européenne a doté ses membres d'une citoyenneté de l'Union qui vise à renforcer la dimension politique et démocratique d'une construction européenne auparavant largement économique et monétaire.¹

Le terme de citoyenneté de l'Union a été officiellement introduit par le traité de Maastricht en 1992. Le concept de la

¹ Déloye, Y. (2004). Le débat contemporain sur la citoyenneté au prisme de la construction européenne. *Études européennes*, 4.

citoyenneté européenne s'est vu développée par les amendements aux traités fondateurs, y compris les modifications introduites par le traité de Lisbonne.² Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas.³ Ainsi, en tant que statut dérivé ou "parasite"⁴, la citoyenneté européenne est liée à la citoyenneté des États membres et il est impossible de devenir citoyen de l'Union européenne sans la citoyenneté d'un des États membres. Encore, bien qu'elle repose sur la citoyenneté des États membres, la citoyenneté européenne garantit à ceux qui ont un tel statut, un certain nombre des droits et qui découlent de l'ordre juridique de l'UE et son donc inimaginable dans le cadre d'un État purement national.⁵

Un rôle important pour la création de l'institut de la citoyenneté européenne revient à la Cour de la justice de l'UE. Tout d'abord, cette Cour a établi dans son avis de 1991 que "la Communauté est devenue un ordre juridique dont les sujets sont non seulement les États membres, mais aussi leurs citoyens",⁶ puis, par de nombreux arrêts, a formé l'institution de la citoyenneté de l'Union et définie son champ d'application.⁷

Cette citoyenneté européenne, très spécifique dans sa nature, est aussi très riche dans les droits qu'elle octroie à ceux qui en sont les détenteurs. Les traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne dotent les citoyens européens de nombreux droits, mais aussi de devoirs.⁸ Selon le traité de Lisbonne les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités. Ils ont, entre autres: a) le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres; b) le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ainsi qu'aux élections municipales dans l'État membre où ils résident, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État; c) le droit de bénéficier, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont ils sont ressortissants n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État; d) le droit d'adresser des pétitions au Parlement européen, de recourir au médiateur européen, ainsi que le droit de s'adresser aux institutions et aux organes consultatifs de l'Union dans l'une des langues des traités et de recevoir une réponse dans la même langue. Ces droits s'exercent dans les conditions et limites définies par les traités et par les mesures adoptées en application de ceux-ci.⁹

² Vukadinović, R., Vukadinović Marković J. (2016). *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*. Kragujevac: Centar za pravo EU, 62–65.

³ Art. 20, al. 1 de Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), *Journal Officiel de l'Union européenne*, C 326/49, 26.10.2012.

⁴ Korchenov, D. (2009). Ius Tracrum of Many Faces: European Citizenship and the Difficult Relationship Between Status and Rights. *The Colombia Journal of European Law*, 15(2) 2, 171.

⁵ *Ibid.*

⁶ Opinion 1/91, EEA (1991) ECR I-6079, para 1.

⁷ Knežević-Predić, V. (2014). Institut građanstva i njegovo mesto u pravnom poretku Evropske unije. In : S. Samardžić, I. Radić Milosavljević (eds.) *Evropski građanin u vremenu krize*. Beograd : Fakultet političkih nauka, 21–35.

⁸ Oberdorff, H. (2013). De la citoyenneté de l'Union européenne et de la démocratie européenne. In: C. Boutayeb (ed.). *De la citoyenneté de La Constitution, Europe et le droit. Mélange en l'honneur de Jean-Claude Masclet*. Paris: Édition de la Sorbonne, 817–831.

⁹ Art. 20, al. 2 TFUE.

L'Union européenne a désigné 2013 comme "L'Année européenne des citoyens"¹⁰ à l'occasion du vingtième anniversaire de l'introduction du concept de citoyenneté européenne dans le traité de Maastricht. L'introduction de ce concept a incité de grandes attentes positives. Après l'intégration économique, c'était logique, conformément à la logique interne de l'intégration, pour passer à la construction déclarée de l'unité politique des Etats et des citoyens européens.¹¹ Aujourd'hui, après 30 ans, on ne peut noter qu'une contribution très modeste au processus mentionné. Quoi de plus, le déficit démocratique s'est vu développé au fil du temps.¹² Les raisons de cela doivent être recherchées, tout d'abord, dans la crise générale dans laquelle se trouve l'UE.¹³ La crise qui a débuté en 2008 en tant que crise politique s'est rapidement développé, affectant tous les autres secteurs de l'économie et de la société. Cependant, cet article n'est pas consacré aux enjeux actuels de l'impact de la crise sur le concept de la citoyenneté européenne et de l'accroissement du déficit démocratique. L'article tend à éclairer quelques dilemmes théoriques concernant le rôle du citoyen européen dans la vie politique de l'UE en général.

Pour montrer l'enjeu de la citoyenneté européenne dans le paysage de l'Union européenne, vu sous l'angle de sa démocratisation, il faut s'interroger, dans un premier temps sur les relations complexes entre cette citoyenneté et l'identité européenne et évaluer, dans un deuxième temps, la participation des citoyens européens dans l'Union européenne. En effet, la question sous-jacente de cette analyse est si c'est possible d'imaginer un peuple européen qui se distingue du peuple d'un Etat fédéral, mais aussi ne se limitant pas à l'association des différents peuples d'Etats nations en Europe.

2. LA CITOYENNETÉ ET L'IDENTITÉ EUROPÉENNE

L'idée de citoyenneté européenne est inscrite dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,¹⁴ proclamée lors de Sommet de Nice,¹⁵ ensuite entièrement reprise par le projet de la Constitution européenne et par le Traité de Lisbonne. Il ne s'agit pas, cependant, d'une notion nouvelle dans le processus d'intégration européenne. Les institutions communautaires, notamment la Cour de justice, ont peu à peu faire émerger une citoyenneté communautaire. Le terme de citoyenneté de l'Union a été officiellement introduit par le Traité de Maastricht en 1992. À l'époque, l'affirmation d'une citoyenneté européenne, aux côtés des citoyennetés traditionnelles de ses Etats membres avait pour le but de constituer un pas important vers l'union politique.¹⁶

¹⁰ Décision n° 1093/2012/EU du Parlement européen et du 21 Novembre 2012 relative à l'Année européenne des citoyens (2013), *Journal officiel de l'Union européenne*, L 325, 23.11.2012.

¹¹ Samardžić, S. (2014). Evropska unija nije građansko društvo – ispitivanje kategorije građanstva u sistemu Evropske unije. In: S. Samardžić, I. Radić Milosavljević (eds.) *Evropski građanin u vremenu krize*. Beograd : Fakultet političkih nauka, 59–82.

¹² Nakarada, R. (2014). Nemoć građana Evropske unije. In : S. Samardžić, I. Radić Milosavljević (eds.) *Evropski građanin u vremenu krize*. Beograd : Fakultet političkih nauka, 83–96.

¹³ Kovačević, M. (2014). Evropski građani i finansijska kriza: izazovi političkog predstavljanja u tehnokratizovanoj integraciji. In : S. Samardžić, I. Radić Milosavljević (eds.) *Evropski građanin u vremenu krize*. Beograd : Fakultet političkih nauka, 127–143.

¹⁴ Cortez-Dias, C. (2001). Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne. *Plein droit*, 49, 53–55.

¹⁵ Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne, *Journal Officiel des Communautés européennes*, C 364/1, 18.12.2000.

¹⁶ Knežević-Predić (2014), 13–39.

L'adoption de la Charte des droits fondamentaux en 2000 et sa confirmation à l'occasion du traité de Lisbonne en 2007 ont amplifié aussi les droits des citoyens européens et leur valeur juridique du fait du statut de celle-ci, en vertu du traité sur l'Union européenne : "L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007, laquelle a la même valeur juridique des les traités".¹⁷ Ainsi, l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures. Dans cet espace, les citoyens européens bénéficient d'un ensemble de droits fondamentaux adaptés à notre temps à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques, selon le préambule de la Charte. Les droits spécifiques des citoyens comprennent au-delà des droits politiques, le droit à une bonne administration ou le droit d'accès aux documents.¹⁸

Afin de mettre en lumière la signification et l'apport de la citoyenneté européenne dans ce processus d'intégration politique en Europe¹⁹, trois pistes des réflexions peuvent se voir lancer. D'abord on va examiner la technique normative particulière prévue pour que la qualification de citoyen de l'Union européenne soit attribuée. Ensuite, on va se pencher sur la relation entre citoyenneté européenne et identité nationale des États membres. À travers ces deux pistes on va venir jusqu'au but ce qui est de démontrer l'enjeu de la citoyenneté européenne pour une démocratie à l'échelle continentale. Ainsi, la troisième piste de réflexion sera consacrée aux sens pratique et symbolique de la citoyenneté européenne, avec un regard sur les différentes théories doctrinales, parmi lesquelles celle de Jürgen Habermas et son „patriotisme constitutionnel“ occupe une place signifiante.

2.1. La définition de la citoyenneté par référence à la nationalité des États membres

Les traités définissent la citoyenneté européenne par référence à la nationalité des États membres. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas.²⁰ La première conséquence de cette façon de définir la citoyenneté réside dans le fait que les États membres de l'Union européenne doivent reconnaître sans condition la nationalité octroyée par un autre État membre. Ce devoir de reconnaissance inconditionnelle des nationalités respectives entre États membres de l'Union européenne s'écarte de la règle qui régit cette matière en droit international général.²¹

Les effets de cet article ne s'arrêtent pas à ce devoir de reconnaissance inconditionnelle des nationalités respectives entre les États membres. Étant donné que la citoyenneté européenne soit définie par la référence à la nationalité des États membres, ce sont les États, et non l'Union en tant que telle, qui sont en mesure de déterminer qui en est le citoyen. Il faut mettre en exergue que c'est un choix constitutionnel crucial, car

¹⁷ Art. 6 de Traité sur l'Union européenne (TUE), Journal Officiel de l'Union européenne, C 326/49, 26.10.2012.

¹⁸ Oberdorff (2013), 817–831.

¹⁹ Simon, D. (2001). Le système juridique communautaire. Paris : PUF, 74–76.

²⁰ Art. 20, al. 1 TFUE.

²¹ Lukić, M. (2012). Presuda Rottmann (2010) – povratna veza od statusa građanina EU ka državljanstvu država članica. *Pravni život*, 4(12), 536–538.

il s'agit de la distribution du pouvoir entre le centre et la périphérie à l'intérieur d'une structure composée. Une autre conséquence, moins évidente, mérite aussi d'être évoquée : quand on affirme que ce sont les États membres qui sont appelé de définir la citoyenneté européenne, cela n'implique pas qu'ils opèrent ensemble. Chaque État peut agir indépendamment. En réglementant sa propre nationalité, un État détermine aussi de manière indirecte qui est le citoyen européen. Alors, il faut souligner que la citoyenneté européenne suit la citoyenneté étatique et possède un caractère complémentaire non substantif.

Ainsi, sur ce plan-là, l'Union se distingue des fédérations modernes. Dans une telle construction c'est au niveau fédéral de définir la citoyenneté, tant fédéral que des États. La Constitution des États-Unis peut être citée en exemple. Selon cette Constitution non seulement la citoyenneté de l'État suit la citoyenneté fédérale, mais également les États sont privés constitutionnellement de la faculté de définir leurs propres citoyens.²²

Par conséquent, on peut constater, d'un côté que l'insertion de la citoyenneté européenne dans un monde dans lequel il déjà existe une pluralité de citoyenneté ne s'inscrit pas dans une logique typiquement fédérale. L'Union européenne n'impose pas aux ses États membres la détermination de ses citoyens et ne pose pas de conditions concernant leur propre nationalité. D'autre côté, cette insertion de la citoyenneté européenne ne peut pas se traduire par la logique internationale selon laquelle les États ont la possibilité d'invoquer face aux tiers le principe d'effectivité de la nationalité. La citoyenneté européenne se trouve ainsi en un point intermédiaire entre la logique fédérale et la logique internationale, puisque les États membres, qui ne sont pas toujours défaits de leur pouvoir de définition de leur propre citoyenneté, ont décidé de recourir de façon réciproque à une reconnaissance mutuelle inconditionnelle.²³ Grâce à l'acceptation de la reconnaissance mutuelle qui se traduit par la confiance réciproque, même s'ils ne sont pas parvenus à une solution clairement fédérale, les États ont renoncé à utiliser entre eux les moyens classiques internationaux de défense. Alors, dans le domaine de la citoyenneté européenne, l'Union européenne, sans devenir fédérale, a abandonné le concept de droit international.²⁴

2.2. Les relations entre la citoyenneté européenne et l'identité nationale des États membres

La deuxième piste de réflexion est focalisée sur les relations entre la citoyenneté européenne et l'identité nationale des États membres. Un des embarras principaux liés au ce concept de citoyenneté est de le différencier de celui de la nationalité et de la citoyenneté européenne, elle-même, n'échappe pas à cette difficulté. Pour que ces deux concepts soient clarifiés, il convient d'expliquer deux réalités juridiques. D'un côté, il y a l'ensemble des droits et des devoirs associés à la gestion de la chose publique. Ce sont, par exemple, le droit de suffrage actif et passif, le droit d'accès aux charges et emplois publics, ou le devoir d'effectuer le service militaire. Dans la culture juridique, tels droits et devoirs sont, en fonction de leur contenu et leur finalité, considérés comme propres ou réservés aux membres du corps politiques. D'ailleurs, ces droits et devoirs n'existent que dans la tradition libérale démocratique et sont absents des régimes despotiques et dictatoriaux.²⁵

²² Déloye (2004), 4.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

D'un autre côté, il y a la sujétion permanente d'une personne à un État, quels que soient les droits et les devoirs que cela comporte. On est, alors, face à un content et non à un contenu. Il s'agit d'un *status*, d'une situation dans laquelle peut se trouver un individu et qui détermine sa capacité à être titulaire de certains droits et obligations. C'est une chose qui ressemble à ce que, à l'époque, étaient la liberté et l'esclavage, la condition du père et du fils, le sexe masculin ou féminin etc. À la différence des droits et devoirs associés à la gestion de chose publique, ce *status* n'est pas exclusivement réservé à un régime politique.

La première des réalités apparaît habituellement sous le mot „citoyenneté“, alors que pour la deuxième est utilisé le terme „nationalité“. Quoique tout paraisse raisonnablement clair, il ne s'agit que d'une clarté apparente. D'emblée, il convient de noter que les usages linguistiques sont loin d'être univoques. Mais, au-delà de ce problème de terminologie, il faut noter que la nationalité, le *status* de sujétion permanente à l'État, a perdu progressivement l'importance pour la détermination du domaine d'application personnelle des normes. En effet, les lois pénales, de procédure et de police s'appliquent à tous ceux qui se trouvent sur le territoire d'État. Alors, dans le fonctionnement des systèmes juridiques contemporains, la nationalité joue un rôle plutôt marginal.

Cependant, il existe quelques domaines dans lesquels la nationalité continue à occuper une place importante. L'un d'eux est le droit de résidence et de circulation à l'intérieur du territoire étatique. Ensuite, dans la majorité des pays, la nationalité est le critère d'attribution des droits et des devoirs liés à la gestion de la chose publique. Cela implique que l'appartenance au corps politique découle de la nationalité.

Afin de rendre plus claires les relations complexes entre la citoyenneté européenne et la nationalité des États membres, il faut tenir compte de trois points importants.²⁶ En premier lieu, le fait que la nationalité soit le critère normal d'attribution de la citoyenneté ne correspond à aucune nécessité inexorable. En second lieu, la nationalité est le critère normal d'attribution de la citoyenneté ce qu'implique la configuration de corps politique à l'image de la communauté des nationaux. Il est évident que cela ne se passerait pas si la citoyenneté s'attribuait selon d'autres critères, comme celui de la résidence par exemple.²⁷ En troisième lieu on peut constater que du fait que la citoyenneté européenne est attribuée selon le critère de la nationalité des États membres découle le renoncement à la construction d'un corps politique homogène au niveau européen. Cela implique d'accepter que le corps politique soit une mosaïque à laquelle chaque État apporte un contingent humain délimité, selon des postulats axiologiques et des auto-perceptions collectives différentes.²⁸ L'Union européenne ne dispose pas de la compétence, typiquement fédérale, d'établir une nationalité propre et en plus on n'a pas voulu s'en remettre à des critères étrangers à la nationalité pour attribuer la citoyenneté européenne. Alors, il est évident que la citoyenneté européenne n'est fondée sur aucun principe unitaire qui aille au-delà du respect aux choix de chaque État membre de désigner ses nationaux.

Néanmoins, tout en tenant compte de la multiplicité des facettes qui construisent la notion de citoyenneté, certains auteurs se demandent si on peut dire que ce concept au niveau européen est construit et acquis. Dans le kaléidoscope politique formé par l'Europe

²⁶ Diez-Picazo, L.-M. (2003). Citoyenneté et identité européenne. In : G. Cohen-Jonathan, J. Dutheil de la Rochère (eds.) *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*. Paris : Bruylant, 171.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

de Maastricht, la problématique autour de la question de citoyenneté montre l'hétérogénéité des conceptions et des modèles qui fond que chacun des États- Nations conçoit la citoyenneté différemment.²⁹

Pour conclure cette deuxième piste de réflexion, encore une observation peut être faite. Bien que cette pluralité d'identités nationales freine la discussion d'un „peuple européen“, au singulier, il ne faut pas sous-estimer la citoyenneté européenne. „Son existence implique que l'Union européenne ne puisse pas se concevoir comme une simple association de *princes*- implicite dans l'idée insidieuse d'une *Union des États*, si chère à certains moyens gouvernementaux puisqu'elle est aussi un corps politiques de citoyens.“³⁰

2.3. La citoyenneté comme une condition pour la démocratie à l'échelle continentale

La troisième piste de réflexion s'engage autour de la question d'apport de la citoyenneté européenne au processus d'intégration politique en Europe. L'Union européenne est fondée sur les valeurs de la démocratie, de l'État de droit et du respect des droits de l'homme. Elle est devenue au fil des traités une nouvelle démocratie à l'échelle d'un continent. Cette démocratie d'un nouveau genre de nature transnationale, sans passer par la voie classique d'un État européen, utilise tout l'ingrédient indispensable à sa réalisation.³¹

La citoyenneté européenne, est-elle une condition suffisante ou non pour une démocratie à échelle continentale ? Sur le plan technique juridique, il s'avère que la citoyenneté européenne est seulement une citoyenneté, sans aspiration à devenir une nationalité. Les textes des traités actuels vont dans ce sens en affirmant que la citoyenneté européenne complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. Mais cela ne suppose pas une grave limitation de l'idée de citoyenneté européenne, vu que les conséquences pratiques attribuées actuellement à la nationalité sont relativement maigres. Étant donné que la citoyenneté européenne a été conçue comme un ensemble des droits associés à la chose publique, il faut faire une analyse de son sens dans cette optique.

Le traité consacre à la citoyenneté européenne deux principaux droits traditionnellement réservés au citoyen. Il s'agit de droit de suffrage (actif et passif)³² et de liberté de circulation et de séjour.³³ Ainsi, tout citoyen peut, sans besoin de consentement de l'État membre de résidence, circuler librement et séjourner sur son territoire et être électeur et éligible lors des élections européennes et municipales. Dans la mesure où l'Union européenne aspire à être une entité politique propre, elle a prévu déjà les principaux droits inhérents à la condition de citoyen.³⁴

La question du sens de citoyenneté se pose de manière à décortiquer si la localisation sous le toit de „citoyenneté“ des droits de suffrage et liberté de circulation et de séjour ajoute quelque chose à ces droits. Ici, il faut constater que l'introduction de l'idée de la citoyenneté européenne dans les traités acquiert une valeur principalement symbolique. „Il s'agirait d'engendrer un embryon de futur *demos* européen pour qu'il puisse y avoir une

²⁹ Hottinger, J. T. La citoyenneté de l'Union européenne : reconfiguration des citoyens en Europe. Retrieved April 22, 2022, from www.themis.umontreal.ca.

³⁰ Díez-Picazo (2003), 171.

³¹ Oberdorff (2013), 817–831.

³² Art. 20, al. 2 b) TFUE.

³³ Art. 20, al. 2 TFUE.

³⁴ Díez-Picazo (2003), 176

union politique, il faut qu'il existe un peuple et l'affirmation solennelle de citoyenneté européenne peut constituer un pas important vers la configuration de ce peuple supranational.³⁵ Ce n'est qu'une façon d'observer les choses. Il subsiste différentes critiques lesquelles peuvent être groupées en deux types.

D'un côté, il faut tenir compte de fait que la citoyenneté européenne, dans sa formulation dans les traités, ajoute seulement les droits nouveaux aux personnes qui se déplacent hors des frontières de leur pays d'origine. Ceux qui demeurent dans leur propre État n'ont pas besoin des tels droits. Certains auteurs évoquent le risque de tomber dans le piège de tenir la citoyenneté européenne comme un attribut des Européens „cosmopolites“, opposés aux Européens „provinciaux“.³⁶ Il y a aussi des droits que le traité et la Charte considèrent comme inhérents à la citoyenneté européenne, alors qu'ils sont reconnus par les traités à toute personne, y compris les personnes morales et les étrangers qui résident dans un État membre. Ce sont le droit de pétition au Parlement européen et le droit de saisir le Médiateur européen.³⁷ Alors, on peut remarquer que tous les droits compris dans le concept de citoyenneté européenne ne sont pas exclusivement réservés aux citoyens.

D'autre côté, il est un grand débat concernant la nécessité ou la possibilité d'un *demos* européen. La pensée juridique est largement opposée. Certains auteurs sont sur le point que la vision de la citoyenneté européenne comme un germe de futur *demos* européen n'est pas compatible avec la coexistence entre une citoyenneté européenne unique et une pluralité des identités nationales. Ce concept de futur *demos* européen suppose l'idée qu'une homogénéité culturelle et sociale soit une condition *sine qua non* de la démocratie. Ceux qui partagent un noyau de tradition, un faisceau des valeurs et des croyances seraient en mesure d'organiser une vie collective de manière démocratique. En l'absence d'un tel fondement commun, la démocratie ne serait pas possible. Mais, il y a également des auteurs qui considèrent la citoyenneté européenne comme un noyau de futur *demos* européen.³⁸

Si on met à la lumière l'expérience historique, on peut remarquer qu'il n'existe que deux critères de définition de corps politique. Soit il se définit comme un tout organique et indivisible soit il se définit comme un ensemble des personnes qui gère la chose publique selon des règles prédéterminées. Alors, l'une des solutions prennent les corps politiques comme des réalités pré-juridique avec lesquelles tout acte juridique doit compter, alors que l'autre considère qu'ils ne préexistent pas aux normes juridiques qui sont ainsi en mesure de désigner le mode de fonctionnement et la composition d'un corps politique. Sur le fondement de cette analyse, et en se déclarant comme les rationalistes, certains considèrent que l'Union européenne a déjà un *demos*, simplement parce qu'elle a sa propre citoyenneté. Ils trouvent que ce n'est pas possible de faire une distinction entre *demos* et citoyenneté.³⁹

D'ailleurs, il faut mettre en exergue que le manque de *demos* n'est pas un obstacle à une démocratie à l'échelle continentale. Vu que ce sont les propres structures politiques qui créent les liens de cohésion et de solidarité de groupe, il est incontestable que cela pourrait ou a déjà commencé à se développer dans le cas de l'Union européenne. Ainsi, en tant qu'un obstacle à une démocratie à l'échelle continentale peut être plutôt tenus

³⁵ *Ibid.*, 177.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Art. 20, al. 2 d) TFUE.

³⁸ Díez-Picazo (2003), 179

³⁹ *Ibid.*

l'architecture institutionnelle et le processus décisionnel comme insuffisamment „parlementarisés“. La citoyenneté existe; mais tant qu'on ne lui attribue pas, directement ou par l'intermédiaire de ses représentants, le dernier mot dans la gestion de la chose publique, on ne pourra pas parler de la démocratie à l'échelle continental.⁴⁰

2.4. Le „patriotisme constitutionnel“

Alors, il s'avère que la citoyenneté est une condition nécessaire, mais non suffisante de la démocratie. La démocratie, plus que des autres formes de gouvernement dans lesquelles le consensus spontané des gouvernés n'est pas tellement important, a besoin de sentiments. Elle sollicite une adhésion émotionnelle de ces citoyens.⁴¹

Alors, certains, dont le chef de file est Jürgen Habermas, avancent la doctrine dénommée du „patriotisme constitutionnel“. Ce patriotisme n'est pas considéré simplement comme l'attachement aveugle à la propre patrie – qui conduit au direction *right or wrong, my country* – mais comme l'attachement à la propre patrie lorsqu'elle réunit les exigences de civilité imposées par le constitutionnalisme et du quel par conséquent, un individu honnête peut se sentir légitimement orgueilleux.⁴² Les principaux partisans du „patriotisme constitutionnel“ défendent une thèse selon laquelle la construction de l'identité et de la citoyenneté européennes ne doit pas reproduire l'histoire des nationalismes européennes „avec une très forte valorisation affective du sentiment national en tant que l'appartenance exclusive à une communauté de destins“. ⁴³ Elle doit prendre un nouveau itinéraire afin d'aboutir à la construction d'une souveraineté politique qui ne coïncide pas avec la souveraineté nationale. Cette théorie propose une partition nouvelle entre l'État (espace de la loi et de la démocratie) et la nation (espace de l'affect et du sentiment). C'est possible grâce au „patriotisme constitutionnel“ qui laisse à chaque peuple la liberté de cultiver ses spécificités nationales. Il s'agit alors de favoriser la désunion de la référence politique et de l'appartenance culturelle.⁴⁴ Le citoyen européen conserve son allégeance à la nation dont il est originaire tout en partageant une culture politique et juridique démocratique commune à tous les citoyens européens. Nous pouvons noter l'identité européenne ainsi posée est compatible avec le maintien des identités nationales préexistantes à l'intérieur d'un espace public européen. La fragmentation des cultures nationales en Europe ne serait pas un obstacle à la promotion d'une conscience politique commune qui s'enracine dans des conceptions partagées de la démocratie et de l'État de droit. „À une intégration politique verticale (celle largement expérimentée par les Etats Nations lorsqu'ils ont historiquement promu les obligations militaire, fiscale et scolaire qui allait lier durablement les citoyens à leur État souverain) se trouve désormais préféré un mode d'intégration horizontale qui repose sur la promotion des droits transnationaux, de valeurs universelles et d'un type nouveau de patriotisme.“⁴⁵

À la fin, on peut constater que l'un des problèmes les plus importants qui se pose aujourd'hui quand on s'interroge sur la *question européenne* est la difficulté conceptuelle et pratique à imaginer un ordre démocratique postnational...c'est à cette révolution in-

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, 180.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Déloye (2004), 5.

⁴⁴ Ferry, J. M. (1990). Qu'est-ce que c'est une identité post nationale? *Esprit*, 164, 84.

⁴⁵ Ferry, J. M. (2000), *La question de l'État européen*. Paris: Gallimard.

tellectuelle ...que nous appelle l'expérience de l'Union européenne...Nous sommes au contraire encore englués dans les concepts hérités de la construction démocratique nationale, et nous avons du mal à penser et à mettre sur pied de nouvelles formes de démocratie postnationales.⁴⁶

3. LA PARTICIPATION DES CITOYENS EUROPÉENS

Après ce panorama qui a eu pour l'objet de mettre en lumière la complexité de la relation de la citoyenneté et identité européenne, on procède à un autre aspect de la citoyenneté européenne. Il s'agit d'une dimension plutôt pratique que théorique et c'est la participation des citoyens européens aux plusieurs niveaux.

Pendant trois décennies, la construction européenne a reposé sur l'idée que l'intégration européenne était un processus complexe guidé par des élites éclairées. Mais l'épisode de Maastricht a opéré un bouleversement en démontrant l'instabilité de cette approche. Ce bouleversement peut être qualifié de nature duale car il était révélateur aux yeux tant des citoyens propres que des responsables politiques. D'une part les citoyens se sont rendu compte que l'Europe pouvait prendre des décisions susceptibles d'affecter leur destinée individuelle et collective. D'autre part, ceux qui s'occupaient de cette machine européenne, ont finalement compris que l'opinion publique n'était pas nécessairement satisfaite avec le mode de fonctionnement de la construction européenne en la considérant insuffisamment ouverte et accessible à eux. Alors, la recherche permanente a été entamée afin de trouver les moyens permettant d'attribuer aux individus la possibilité de participer. Mais, il faut se poser la question de participer à quoi et comment. Quels sont les mécanismes de cette participation ?

Vu la complexité du sujet, les auteurs proposent plusieurs solutions afin d'expliquer la question de la participation des citoyens. Parmi les nombreuses théories, deux approches sont particulièrement intéressantes d'être développées. D'une part, nous allons examiner si les deux niveaux, deux champs de la participation de citoyens nationaux, la participation dans la désignation des gouvernants et la participation aux décisions politiques, sont également accessibles pour les citoyens européens. D'autre part, nous allons essayer d'éclaircir la citoyenneté européenne en l'analysant à la fois comme appartenance et participation.

3.1. Deux niveaux de participations des citoyens

D'abord, il est incontestable que dans une acception minimale de la démocratie, la participation devrait au moins concerner la désignation des gouvernements. Bien que tout à fait normal pour les systèmes politiques nationaux, à l'échelle européenne, la situation n'est pas tellement simple. L'Europe est un système à gouvernement éclaté et il n'est pas évident qui vraiment y gouverne. Que nous considérons que l'impulsion vient du Conseil ou de la Commission, la situation est presque la même. Le Conseil n'est pas élu en tant que tel, malgré le fait qu'il est composé des chefs des États ou gouvernements qui sont à la fois élus et investis en fonction des résultats électoraux. Quoique ce soit, le choix des citoyens est exprimé de façon indirecte.

Le deuxième champ de participation potentielle des citoyens européens qui mérite d'être mentionné est celui de la participation aux décisions politiques de l'Union eu-

⁴⁶ Mény, Y. (28 février 2002). Constituer l'Europe. *Le Monde*.

ropéenne. Ce n'est qu'implication d'une définition plus ambitieuse de la démocratie selon laquelle les citoyens doivent être dotés des moyens plus pour qu'ils puissent influencer le choix politique. Vu les circonstances spécifiques dans une entité telle qu'elle est l'Union européenne, il faut trouver la manière convenable d'attribuer aux citoyens les moyens de peser sur la vie politique. Le Parlement européen, en tant que l'institution qui incarne les intérêts des citoyens européens est appelé de jouer un rôle important dans ce sens.⁴⁷ Le traité de Lisbonne va dans cette direction en lui conférant des pouvoirs importants.⁴⁸ Certains auteurs considèrent la taille de la société européenne dans une Union élargie comme un des problèmes fondamentaux. Ils trouvent que l'élargissement de l'Union entraîne la perte en intensité de la participation. „La participation est mécaniquement plus faible dans les démocraties représentatives ou dans les États Nations que dans la *Cité-État* athénienne, car la démocratie directe ne peut y exister.“⁴⁹ Une partie de la doctrine soutient la thèse que à chaque élargissement de cercle de la démocratie, la conception dominante de la participation des citoyens doit être refaite. „Le passage de la Cité-État à l'État Nation s'est accompagné du passage de la démocratie directe à la démocratie représentative, et le passage de l'État Nation à une Union d'États comme l'Union européenne appelle des formes nouvelles de démocratie et de représentation. La simple projection des modèles nationaux à une autre échelle ne suffit pas.“⁵⁰

3.2. La citoyenneté à la fois comme appartenance et participation

Certains auteurs, en cherchant la meilleure solution de montrer en quoi consiste la citoyenneté européenne, l'observent sous deux angles: comme appartenance et comme participation. En démontrant les obstacles de définir la citoyenneté comme appartenance, ils suggèrent une définition en fonction de leur participation.

En acceptant la thèse selon laquelle la citoyenneté européenne est fondée sur une „identité européenne“, il nous incombe de définir cette identité. S'il s'agit des droits de l'homme ceux-ci par leur nature même appartient à tous êtres humains, comme on a bien vu lors des travaux préparatoires de la Charte. Le titre V de la Charte des droits fondamentaux intitulé „citoyenneté“ est très mince. Il prévoit le droit de vote et d'éligibilité, mais le reste, comme le droit à une bonne administration, le droit d'accès aux documents, le droit de saisir le médiateur ou le droit de pétitions sont attribués à tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre.

Il paraît, d'ailleurs, que c'est dans le domaine social ou le projet européen semble en régression parce qu'un modèle social européen ne peut pas être clairement affirmé, même si la Charte sociale européenne a été codifiée depuis longtemps.⁵¹ „Bien plus les faibles

⁴⁷ Čeranić, J. (2014). Mesto evropskog građanina na političkoj sceni EU na osnovu Ugovora iz Lisabona. In : S. Samardžić, I. Radić Milosavljević (eds.) *Evropski građanin u vremenu krize*. Beograd : Fakultet političkih nauka, 43–47.

⁴⁸ Čeranić, J. (2012). Izbori za Evropski parlament. In: O. Nikolić, V. Đurić (eds.) *Izbori u domaćem i stranom pravu*. Beograd: Institut za uporedno pravo, 162–179.

⁴⁹ Díez-Picazo (2003), 182.

⁵⁰ Dehousse, R. (2003). La participation des citoyens européens. In : G. Cohen-Jonathan, J. Dutheil de la Rochère (eds.) *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*. Paris : Bruylant, 199.

⁵¹ Čorić Erić, V. (2012). Mesto ekonomskih i socijalnih prava u pravnom poretku Evropske unije.

acquis de la Charte des droits fondamentaux en matière des principes sociaux risquent d'être remis en cause si l'on n'y prend garde. Or la participation des citoyens s'incarne non seulement dans la démocratie politique mais aussi dans la démocratie sociale. „⁵²

Étant donné que la citoyenneté ne peut pas être définie de manière satisfaisante par la notion de l'appartenance, il s'avère indispensable de rechercher sa définition à travers de la participation. Il ne faut pas se limiter à la participation électorale. Il s'agit d'une participation prenant les formes diversifiées de la démocratie consultative qui doit être prise en considération. Nous pouvons envisager de transposer au niveau européen des formes classiques de participation. C'est en premier lieu la démocratie territoriale dont témoigne l'assemblée des régions, ensuite, toutes les formes de la démocratie sociale, avec le Comité économique et social.⁵³ Il faut mentionner le dialogue civil mené avec ONG et le dialogue social mené avec les partenaires sociaux. Alors, nous pouvons nous demander n'est-t-il le temps d'identifier les forces vives de l'Europe ? „Il ne s'agit pas d'inventer un nouveau tripartisme européen, mais de rechercher les voix d'un *Global Compact* à l'échelle de l'Europe, dépassant la logique des multinationales, des syndicats forts des leur gros bataillons, et des groupes de pression, pour rendre à la société civile sa voix propre et mettre des droits de l'homme au cœur de la construction européenne.“⁵⁴

4. CONCLUSION

Bien que cet article soit consacré à quelques dilemmes théoriques concernant l'enjeu de la citoyenneté européenne dans la vie politique de l'Union européenne, dans le cadre des considérations finales, on va se référer brièvement à la situation actuelle.

Malgré le fait qu'au cours de quinze dernières années, le statut de citoyen européen ait été formellement amélioré, les citoyens de l'Union sont aujourd'hui beaucoup plus mécontents qu'auparavant. Cette situation représente une sorte de paradoxe et indique que le moment économique est décisif pour l'attitude des citoyens vis-à-vis du processus d'intégration y compris leur participation dans la vie politique de l'Union européenne.⁵⁵

L'Union européenne, comme tout espace politique, mérite des débats démocratiques citoyens. La gestion ne peut l'emporter sur la démocratie, surtout au moment où une solidarité supplémentaire est nécessaire entre les Européens. Seuls des citoyens peuvent pousser à penser l'Europe comme un projet politique et pas seulement comme un mode de gouvernance d'un espace sans frontières intérieures. C'est à ce prix que la citoyenneté européenne sera réellement une citoyenneté politique permettant d'aller vers une Europe de citoyens.⁵⁶

Evropsko zakonodavstvo, 42, 282–296;

⁵² Decaux, E. (2003), La participation des citoyens européens. In : G. Cohen-Jonathan, J. Dutheil de la Rochère (eds.) *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*. Paris: Bruylant, 204.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, 206.

⁵⁵ Čeranić, J. (2013). Institut evropskog građanstva – aktuelna pitanja i perspektive. *Pravni život*, 4(12), 327–341.

⁵⁶ Oberdorff (2013), 831.

LA LITTÉRATURE

Monographies, articles

- Cortez-Dias, C. (2001). Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne. *Plein droit*, 49, 53–55.
- Čeranić, J. (2012). Izbori za Evropski parlament. In: O. Nikolić, V. Đurić (eds.) *Izbori u domaćem i stranom pravu*. Beograd: Institut za uporedno pravo, 162–179.
- Čeranić, J. (2013). Institut evropskog građanstva – aktuelna pitanja i perspektive. *Pravni život*, 4(12), 327–341.
- Čeranić, J. (2014). Mesto evropskog građanina na političkoj sceni EU na osnovu Ugovora iz Lisabona. In: S. Samardžić, I. Radić Milosavljević (eds.) *Evropski građanin u vremenu krize*. Beograd: Fakultet političkih nauka, 41–55.
- Čorić Erić, V. (2012). Mesto ekonomskih i socijalnih prava u pravnom poretku Evropske unije. *Evropsko zakonodavstvo*, 42, 282–296;
- Decaux, E. (2003). La participation des citoyens européens. In : G. Cohen-Jonathan, J. Dutheil de la Rochère (eds.) *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*. Paris : Bruylant.
- Dehousse, R. (2003). La participation des citoyens européens. In : G. Cohen-Jonathan, J. Dutheil de la Rochère (eds.) *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*. Paris : Bruylant.
- Déloye, Y. (2004). Le débat contemporain sur la citoyenneté au prisme de la construction européenne. *Études européennes*.
- Diez-Picazo, L.-M. (2003). Citoyenneté et identité européenne. In : G. Cohen-Jonathan, J. Dutheil de la Rochère (eds.) *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*. Paris : Bruylant.
- Ferry, J. M. (1990). Qu'est-ce que c'est une identité post nationale ? *Esprit*, 164, 80–90.
- Ferry, J. M. (2000). *La question de l'État européen*. Paris : Gallimard.
- Hottinger, J. T. La citoyenneté de l'Union européenne : reconfiguration des citoyens en Europe. Retrieved April 22, 2022, from www.themis.umontreal.ca.
- Knežević-Predić, V. (2014). Institut građanstva i njegovo mesto u pravnom poretku Evropske unije. In : S. Samardžić, I. Radić Milosavljević (eds.) *Evropski građanin u vremenu krize*. Beograd : Fakultet političkih nauka, 13–39
- Korchenov, D. (2009). *Ius Tracrum* of Many Faces: European Citizenship and the Difficult Relationship Between Status and Rights. *The Colombia Journal of European Law*, 15(2) 2, 169–237.
- Kovačević, M. (2014). Evropski građani i finansijska kriza: izazovi političkog predstavljanja u tehnokratizovanoj integraciji. In : S. Samardžić, I. Radić Milosavljević (eds.) *Evropski građanin u vremenu krize*. Beograd : Fakultet političkih nauka, 127–143.
- Lukić, M. (2012). Presuda Rottmann (2010) – povratna veza od statusa građanina EU ka državljanstvu država članica. *Pravni život*, 4(12), 535–548.
- Mény, Y. (28 février 2002). Constituer l'Europe. *Le Monde*.
- Nakarada, R. (2014). Nemoć građana Evropske unije. In : S. Samardžić, I. Radić Milosavljević (eds.) *Evropski građanin u vremenu krize*. Beograd : Fakultet političkih nauka, 83–96.
- Oberdorff, H. (2013). De la citoyenneté de l'Union européenne et de la démocratie européenne. In: C. Baotayeb (ed.). *De la citoyenneté de La Constitution, Europe et le droit. Mélange en l'honneur de Jean-Claude Masclet*. Paris: Édition de la Sorbonne, 817–831.
- Samardžić, S. (2014). Evropska unija nije građansko društvo – ispitivanje kategorije građanstva u sistemu Evropske unije. In : S. Samardžić, I. Radić Milosavljević (eds.) *Evropski građanin u vremenu krize*. Beograd : Fakultet političkih nauka, 59–82.
- Simon, D. (2001). *Le système juridique communautaire*. Paris : PUF.
- Vukadinović, R., Vukadinović Marković J. (2016). *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*. Kragujevac: Centar za pravo EU.

Sources légales

Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne, *Journal Officiel des Communautés européennes*, C 364/1, 18.12.2000.

Décision n° 1093/2012/EU du Parlement européen et du 21 Novembre 2012 relative à l'Année européenne des citoyens (2013), *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 325, 23.11.2012.

Opinion 1/91, EEA (191) ECR I-6079.

Traité sur l'Union européenne, *Journal Officiel de l'Union européenne*, C 326/49, 26.10.2012.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *Journal Officiel de l'Union européenne*, C 326/49, 26.10.2012.

Mesto evropskog građanstva u političkom životu Evropske unije – neke teorijske dileme

Rezime: Evropska unija je zajednica građana koji uživaju specifična prava i obaveze, ustanovljene Ugovorima. Termin građanstvo Unije zvanično je uveden Ugovorom iz Mاستrihta, a koncept evropskog građanstva razvijen je izmenama i dopunama Osnivačkih ugovora, uključujući i izmene i dopune predviđene Ugovorom iz Lisabona koji je i dalje na snazi. Ugovori definišu evropsko građanstvo prema državljanstvu država članica. Građanin Unije je svako lice koje ima državljanstvo jedne od država članica EU. Građanstvo Unije se dodaje nacionalnom državljanstvu, ne zamenjuje ga. Građani Evropske unije uživaju prava i imaju obaveze predviđene Ugovorima. Kako bi se osvetlila uloga i mesto instituta evropskog građanstva u političkom životu EU, prevashodno posmatrano kroz prizmu demokratizacije Evropske unije, najpre će biti razmotreni složeni odnosi između evropskog građanstva i evropskog identiteta i vrednosti, a nakon toga, analizirano učešće evropskih građana u političkom životu Evropske unije.

Ključne reči: evropsko građanstvo, Evropska unija, evropski identitet, demokratizacija, politički život.



DOI: 10.7251/GFP2212052S

UDC: 343.54/.55:343.988(497.6)

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
22. maj 2022.

Datum prihvatanja rada:
25. jul 2022.

Protection Measures Against Domestic Violence in the Law of Bosnia and Herzegovina and Serbia

Abstract: With the aim of eliminating the harmful consequences of domestic violence, i.e. its prevention, and thus effective suppression, in addition to criminal or misdemeanor sanctions, the society has at its disposal various measures of special preventive nature, often called protection measures (measures to protect against violence). In Bosnia and Herzegovina, as well as in other countries in the region, the provisions of family legislation should also contribute to the suppression of various forms or manifestations of domestic violence. To this end, several special laws of preventive nature have been adopted, which have been named as laws on the prevention of domestic violence.

Key words: violence, family, prevention, protection measures, court.

Miodrag Simović

Vice-president of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Full professor at the Faculty of Law of University of Bihać and Full member of the Academy of Sciences and Arts of Bosnia and Herzegovina, vlado_s@blic.net

Marina Simović

Secretary of Ombudsman for Children of Republika Srpska, Associate professor at the Faculty of Law at "Apeiron" University Banja Luka, Republika Srpska, BiH, marina.s@blic.ne

1. INTRODUCTION

In addition to domestic violence, in terms of provisions of criminal or misdemeanor law, the countries of the region of Southeast Europe in the field of family law¹ in a specific way determine the concept, content and characteristics of domestic violence, the circle of persons entering the concept of family (and thereby, can be perpetrators of victims of violence), and protection measures applied to perpetrators of violence in order to prevent or forestall the recurrence of such violence among members of the same family or family community.

Due to the exceptional importance of the application of protection measures in the prevention or suppression of domestic violence, we will point out some regional solutions in order to determine the similarities and differences between the states that emerged from the disintegration of the SFRY. This way we can perceive the possibility of application of some of the existing legal solutions in this field, conditions and manner of application, i.e. duration, so that it could be implemented in some of the other legislations in the region, especially since they are today largely related to the same legal sources from the earlier period.

¹ Traljić, N., Bubić, S. (2001). *Porodično pravo*. Sarajevo: Magistrat, 156-179.

In that sense, we will look at the system of protection measures with the aim of preventing domestic violence in the family law of the following countries in the region: Bosnia and Herzegovina, Croatia and Serbia.

2. BOSNIA AND HERZEGOVINA

There are three laws in force in Bosnia and Herzegovina, in the field of prevention and suppression of domestic violence, in addition to criminal legislation. These are: a) The Law on Protection from Domestic Violence of the Federation of Bosnia and Herzegovina² from 2013, b) The Law on Protection from Domestic Violence of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina³ from 2018, and c) The Law on Protection from Domestic Violence of the Republika Srpska⁴ from 2012, so we will point out the similarities or differences between these legal solutions.

2.1. Federation of Bosnia and Herzegovina

The Law on Protection from Domestic Violence of the Federation of Bosnia and Herzegovina regulates: protection from domestic violence, the concept of family and the concept of domestic violence, the type and purpose of protection measures for persons who committed acts of domestic violence, manner and procedure of imposing protection measures, protection of victims of domestic violence, as well as the mutual connection between all entities that are in the function of protection from domestic violence. Article 7 of the Law defines domestic violence. Thus, according to this legal solution, domestic violence⁵ is determined if there are grounds for suspicion that actions committed by a family member cause physical, mental or sexual pain or suffering and/or economic damage, as well as threats that cause fear of physical, mental or sexual violence and/or economic damage to another family member.

The following activities⁶ are considered to be acts or threats of domestic violence (in terms of their announcement, appearance): a) any use of physical force to the physical or psychological integrity of a family member, b) any behavior of a family member which may cause or threaten to cause physical or psychological pain or suffering, c) intimidation or personal endangerment or violation of the dignity of a family member by blackmail or other form of coercion, d) physical attack of a family member by another family member, irrespective of the fact of whether there was physical injury or not, e) verbal assault, insult, swearing, calling derogatory names, and other ways of violent harassment of one family member by another, f) sexual harassment, d) stalking (monitoring) and other related forms of harassment of another family member, h) damage to or destruction of joint property or possessions (state), i) use of physical violence or causing fear with the aim of deprivation of the right to economic independence by banning work or keeping a family member in a relationship of dependence or subordination, j) use of physical and psychological violence against children and neglect in their upbringing (education), k) physical and psychological violence against elderly and exhausted persons and neglect in their care

² *Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina* Number 20/2013.

³ *Official Gazette of Brčko District of Bosnia and Herzegovina* Number 7/18.

⁴ *Official Gazette of the Republika Srpska* Nos. 102/12, 108/13, 82/15 and 84/19.

⁵ Babić, I. (2007). *Porodično pravo*. Bijeljina: Univerzitet Sinergija, 38-54.

⁶ Sesar, K. et al. (2021). *Studije slučaja nasilja u porodici sa standardizacijom kvaliteta rada međusektorskih timova*. Sarajevo: Gender centar, 129-151.

and treatment, l) forcible isolation or restriction of freedom of movement of a family member, and m) failure to pay due attention and failure to provide assistance and protection to a family member despite the obligation under the law.

Only certain persons (*delicta propria*) can be the perpetrator of this offense or its victim (damaged person). These can only be family member or family communities. The family⁷, in terms of Article 6, consists of: a) marital and extramarital partners and their children (joint or from previous communities), b) relatives: blood relatives and relatives from the relationship of full adoption in the direct line without restrictions, and in the collateral kin line up to the fourth degree; stepfather, stepmother; adoptee and adoptive parent from the relationship of incomplete adoption; relatives by in-laws up to and including the second degree, c) guardian and ward, breadwinner and foster parent, and e) former spouses and extramarital partners and their children (joint or from former communities) and their parents, including stepfather and stepmother.

This law further emphasizes that relations between family members are based on humane principles that include mutual respect, assistance, commitment, maintaining harmonious relationships, while developing and expressing the best qualities, bearing in mind the obligation to protect children, respect gender equality and voluntary entering into marriage and extramarital community. In mutual relations, family members are obliged to respect the rights, freedoms and security of other family members in a way that will not restrict, impede or prevent them from exercising the rights and freedoms that family members have under existing regulations. Finally, a family member is obliged to refrain from all forms of violation of physical or mental integrity of another family member, injury and discrimination based on sex and age, and to be placed in a state of subordination on any grounds.

One or more protection measures may be imposed on perpetrators of domestic violence in any form or kind of manifestation. These are⁸: a) removal from the apartment, house or other dwelling and being barred from returning to that apartment, house or other dwelling, b) a restraining order, c) prohibition from harassment and stalking of a person exposed to violence, d) mandatory psychosocial treatment, e) mandatory rehabilitation, and f) temporary deprivation of liberty and detention.

The purpose of these protection measures (Article 10 of the Law) is to ensure the necessary protection of the health and safety of persons exposed to violence, prevention of domestic violence, and taking effective measures for re-education and treatment of violent persons⁹.

A protection measure of removal from the apartment, house or other dwelling and barring their return to that apartment, house or other dwelling (Article 11) may be ordered for a person who has abused a family member with whom he/she resides in an apartment, house or other dwelling, if the competent court, based on the presented personal and material evidence, finds that there is a risk that the abusive person might repeat an act of violence if this measure is not employed. The person for whom this measure has been prescribed is obliged to leave the apartment, house or some other dwelling immediately, in the presence of a police officer, when necessary. When imposing a measure, the court also determines its duration, which ranges from one month to two years.

⁷ Medić, D., Tajić, H. (2013). *Porodično pravo u praksi*. Sarajevo: Privredna štampa, 139-152.

⁸ Jovašević, D. (2017). *Nasilje u porodici*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 67-74.

⁹ Zirojević, M. (2022). *Nasilje i deca*. Beograd: Institut za uporedno pravo, 49-57.

A protection measure of restraining order (Article 12) may be prescribed to a person who has committed domestic violence for a period of one month to two years, unless the court decides that a longer period of application of this measure is in the victim's interest. In the decision by which the court prescribes restraining order, the competent court determines the places or areas, and the distance below which the abusive person may not approach the victim of domestic violence.

A protection measure prohibiting harassment and stalking of persons exposed to violence (Article 13) may be placed upon a person who harasses or stalks a family member, if there is a risk that he/she might repeat such behavior. When prescribing this measure, the court determines its duration, which ranges from one month to two years, unless the court decides that a longer period would be in the interest of the victim of violence.

A protection measure of mandatory psychosocial treatment (Article 14) may be granted to an abusive person in order to remove his/her abusive behavior or if there is a risk that he/she might repeat the violence already committed. This measure of a special preventive nature is prescribed for a period of six months to two years.

The next protection measure of medical nature is provided in Article 15 of the Law on Protection from Domestic Violence of the Federation of Bosnia and Herzegovina. It is a measure of mandatory rehabilitation. This measure is imposed by the competent court to an abusive person who has committed an act of domestic violence under the influence of alcohol, drugs or other psychotropic substances, if there is a risk that the abusive person might repeat that act of violence. In any case, the measure is prescribed with a duration ranging from one month to two years.

Finally, Article 16 of the Law provides for a protection measure of temporary deprivation of liberty and detention of an abusive person. Thus, a police officer from the competent police department is obliged to go on the spot for each reported case of domestic violence immediately upon receiving the report. In that case, the police department is obliged to deprive a person of liberty and detain him/her if there are grounds for suspicion that he/she may have committed domestic violence and if the requirements of Article 153 of the Criminal Procedure Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina¹⁰ entitled "Deprivation of liberty and detention" have been met.

According to this legal solution, a police body¹¹ may deprive a person of his/her liberty if there are grounds for suspicion of having committed a criminal offense if there are any of the reasons provided for under Article 146 of the Law ("Grounds for Detention"), as follows: a) if he hides or if other circumstances exist that suggest a possibility of flight, b) if there is a justified fear to believe that he will destroy, conceal, alter or falsify evidence or clues important to the criminal proceedings or if particular circumstances indicate that he will hinder the inquiry by influencing witnesses, accomplices or cover-ups, c) if particular circumstances justify the fear that he will repeat the criminal offense or complete the criminal offense or commit a threatened criminal offense, and for such criminal offenses a sentence of imprisonment for a term of three years or more may be pronounced, and d) in exceptional circumstances, related to criminal offense for which a sentence of imprisonment of ten years or more severe punishment may be pronounced, and which is of particu-

¹⁰ *Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina* Nos. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 54/14 and 74/20.

¹¹ Zahiragić, A. et al. (2021). *Priručnik za provođenje obuke policijskih službenika za postupanje u slučajevima nasilja u porodici i nasilja nad ženama*. Sarajevo: Lucid Linx, 119-131.

lar gravity, taking into account the manner of perpetration or consequences of the criminal offense, if the release would result in an actual threat to disturbance of public order.

If an abusive person as a perpetrator of domestic violence is deprived of liberty and detained, the police authority is obliged to bring him to the prosecutor immediately, at latest within 24 hours. When bringing a person into custody, the police authority informs the prosecutor of the reasons and time of deprivation of liberty. The prosecutor is obliged to interrogate the person who was deprived of liberty immediately, at latest within 24 hours. Within this period, the prosecutor is obliged to decide whether this person will be released or will submit a reasoned proposal for detention - ensuring that the person is brought before a pre-trial judge. The request to the competent court for imposing a protection measure, according to the place of residence or stay of the victim of violence, in terms of Article 17, is submitted by the police department within 12 hours of finding out about the violence, and in exceptional cases by the prosecutor's office - when there are justified reasons for that. The request shall be accompanied by all collected evidence and an excerpt from the official records - if that person has previously been reported for cases of domestic violence.

The competent court is obliged (Article 19) to issue an appropriate decision imposing a protection measure and its duration within 12 hours from the receipt the request, except in the case of mandatory psychosocial treatment and mandatory rehabilitation, when the court is obliged to provide an expert opinion within seven days from the receipt of the request - if necessary. When imposing a protection measure, the competent court is not limited by special formal evidentiary rules for establishing the facts about the commission of domestic violence actions, as well as caused consequences. In justified cases (Article 20), the court may impose several protection measures on the perpetrator of domestic violence (cumulation of measures). However, after receiving the report on the execution of the protection measure, the court may replace the imposed measure with another protection measure, revoke the decision imposing the protection measure or determine a fine in case of failure to act on the imposed protection measure.

2.2. Brčko District of Bosnia and Herzegovina

The Law on Protection from Domestic Violence of Brčko District of Bosnia and Herzegovina prescribes, in the same way, the field of prevention and misdemeanor suppression of domestic violence. The main goal of this law (Article 3) is to protect victims of domestic violence by preventing and combating domestic violence breaching the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Statute of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina and basic human rights and freedoms guaranteed by the laws. According to Article 2c), domestic violence¹² is any act of violence of a family member or family community, which endangers the peace, mental, physical, sexual or economic integrity of another family member or member of family community. Within the meaning of this legal solution (Article 2, item 2), the family is living community of parents and children and other relatives.

According to this law of the Brčko District of BiH, the following persons are considered as members of the family or family community (i.e., as perpetrators of this offense, i.e. the victims): a) spouses or ex-spouses and their children and children of each of them, b) extramarital partners or former extramarital partners, their children or the children of

¹² Ikanović, J. (2020). *Prevenција i suzbijanje nasilja u porodici*. Sarajevo: Dobra knjiga, 68-101.

each of them, c) in-laws, up to and including the second degree of kinship, regardless of whether the marital union has ended, parents of current and former marital and extra-marital partners, d) relatives from full adoption in the direct line without restrictions, and in the collateral kin line up to and including the fourth degree of kinship, as well as relatives from incomplete adoption, e) persons with guardianship relationship, persons who live or have lived in the same family household, regardless of kinship, and f) persons who have a child together or the child was conceived, even though they have never lived in the same family household.

Domestic violence as a misdemeanor, in terms of Article 5 of the Law, includes the following actions¹³: a) threat of bodily injury to a family member or a person close to him, b) threat of taking children or evicting a family member, c) exhaustion by work, starvation, denial of sleep or necessary rest for a family member, d) upbringing of children in a degrading manner, e) denying a family member of means of subsistence, f) denying the right to economic independence by banning work or keeping a family member dependent or subordinate, by threat or not providing a means of subsistence or other forms of economic domination, g) verbal assault, swearing, calling derogatory names or insulting a family member in any other way, h) restricting the freedom of communication of a family member with family members or other persons, i) damaging, destroying or trading of joint property or property in possession (state), as well as damage or destruction of property owned or in the possession of another family member, i.e. attempt to do so, j) stalking a family member, k) causing fear, humiliation, feelings of inferiority, and l) other act of domestic violence that do not contain features of the criminal offense of domestic or family violence. The existence of a misdemeanor requires that the act of domestic violence is committed one or more times.

The Law on Protection from Domestic Violence of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina, in the second part entitled “Domestic Violence” in Article 5, defines the concept, elements, characteristics and forms of manifestation of offenses entitled “Domestic Violence”¹⁴. According to this legal solution, the act of domestic violence, which does not have the characteristics of a criminal offense, is a misdemeanor. The third chapter of the Law, entitled “Sanctions for Protection from Domestic Violence”, in Article 17, prescribes the following sanctions such as: a) fine, b) suspended sentence, c) reprimand and d) protection measures. Misdemeanor sanctions are prescribed by a court in misdemeanor proceedings initiated and conducted in accordance with the provisions of the law prescribing misdemeanors.

Protection measures in the Brčko District of Bosnia and Herzegovina that may be imposed on perpetrators of domestic violence¹⁵ are: a) removal from the apartment, house or other dwelling of the perpetrator of domestic violence, b) restraining order, c) prohibition from harassment, stalking and monitoring of victims of domestic or family violence, d) mandatory psychosocial treatment of perpetrators of domestic violence, and e) mandatory rehabilitation of perpetrators of domestic violence.

¹³ Hrnčić, Z., Bećirović, F. (2018). *Postupanje u slučajevima nasilja u porodici – multisektorski odgovor*. Sarajevo: Gender centar, 38-51.

¹⁴ Čehajić Čampara, M., Veljan, N. (2018). *Analiza sudske prakse u predmetima nasilja u porodici u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Atlanska inicijativa, 44-79.

¹⁵ Hadžimešić, L., Džonlagić, S. (2019). *Pregled multisektorskog odgovora na nasilje u porodici na lokalnom nivou u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: UN Women kancelarija, 109-131.

The purpose of such protection measures is to ensure the necessary protection of the health and safety of persons exposed to domestic violence, prevention of domestic violence, and taking effective measures for re-education and treatment of abusive persons. Purpose of protection measures thus determined is included in the general purpose of all misdemeanor sanctions (paragraph 5), which is to influence the perpetrator of domestic violence not to commit domestic violence in the future, to ensure the necessary protection of health and safety of victims of domestic violence, and eliminate circumstances that affect or encourage the commission of domestic violence.

A protection measure of removal from the apartment, house or other dwelling (Article 20) is imposed on the perpetrator of domestic violence under the following conditions: a) if he abused a family member with whom he resides in the apartment, house or other dwelling, and b) if the court finds that there is a risk that the abusive person might repeat an act of violence if this measure is not employed. The person to whom this measure was imposed is obliged to vacate the apartment, house or other dwelling immediately, in the presence of the police. When imposing a measure, the court determines the duration of the measure, which ranges from 30 days to six months.

A protection measure of restraining order (Article 21) is imposed on the perpetrator of domestic violence if there is a risk that he might repeat the violence or if the presence of the perpetrator of domestic violence near the victim would create a high level of mental suffering disabling his normal mental activities. In the decision imposing this protection measure, the Basic Court defines: a) places or areas and the minimum distance which the perpetrator of domestic violence must not come near a victim of domestic violence, and b) its duration ranging from 30 days to one year.

The protection measure prohibiting harassment, stalking and monitoring of a victim of domestic violence (Article 22) is imposed on a perpetrator of domestic violence who committed violence by harassment, stalking and monitoring, if there is a danger that he could repeat harassment, stalking or monitoring of a victim of domestic violence. This measure is prescribed for a duration between 30 days and one year.

Protection measure of mandatory psychosocial treatment (Article 23) is granted to the perpetrator of domestic violence in order to remove abusive behavior and re-education, i.e. with the aim of reducing and eliminating the risk of repeating committed domestic violence until there no longer exists a reason for which the measure was assigned in the first place, but it shall not exceed one year.

The protection measure of compulsory rehabilitation is imposed to the perpetrator of domestic violence (Article 24) who has committed violence under the influence of alcohol, drugs and other psychotropic substances, if there is a risk that the abusive person might repeat that act of violence. This measure is prescribed for a period required for treatment, based on the opinion of specialized experts in charge of treating such addictions, but not longer than one year.

The Basic Court may impose one or more protection measures on the perpetrator of domestic violence (in the sense of Article 25 of the Law) when there are conditions for their imposition prescribed by this Law¹⁶. These measures can be prescribed independently. Before prescribing a measure, the court may ask the Department of Social Welfare: a) to assist him in obtaining the necessary evidence, and b) to submit its opinion on the appro-

¹⁶ Ganija, H. (2016). *Pravni aspekti braka i nasilja u porodici*. Travnik: Pravni fakultet, 48-62.

priateness of the requested protection measure. In any case, when prescribing protection measures, the purpose, gravity, duration of the imposed measure and its efficiency shall be taken into account. The bodies responsible for the enforcement of protection measures shall be obliged to monitor their enforcement and to inform the court about it. This body may also request from the court: a) suspension, b) extension, and c) replacement of the prescribed protection measure with another measure. The body responsible for the enforcement of the protection measure shall be obliged to submit to the court a report on the enforcement of the prescribed protection measures (their effectiveness, efficiency) no later than six months from the date of imposition of the protection measure or sooner, if necessary¹⁷.

2.3. Republika Srpska

The Law on Protection from Domestic Violence of the Republika Srpska, after defining the concept, characteristics and forms of domestic violence (Article 6), in the fourth part entitled “protection measures”, prescribes in Article 23 measures to protect victims of domestic violence¹⁸. The purpose of the protection measures envisaged is as follows: a) to ensure the necessary protection and safety of the victim, and b) to eliminate states or conditions that may be influential or may affect or encourage the perpetrator to commit acts of domestic violence in the future. Protection measures are imposed by the competent court in misdemeanor proceedings, at the proposal of the competent police officer, Social Welfare Center or victim of domestic violence. The court shall be obliged to impose protection measures within 30 days from the day of submitting the proposal for imposing a protection measure. These measures are imposed independently and are subject to direct execution by the bodies responsible for their enforcement.

The following protection measures are envisaged in the Republika Srpska: a) removal from an apartment, house or other dwelling, b) restraining order, c) prohibition of harassment or stalking a victim of domestic or family violence, d) mandatory psychosocial treatment, and e) mandatory rehabilitation.

A protection measure of removal from an apartment, house or other dwelling (Article 24) shall be imposed on the perpetrator of violence if he committed violence against a family member with whom he lives in an apartment, house or other dwelling, if the competent court finds that there is a possibility that without the implementation of this measure the perpetrator of domestic violence may again commit such violence. Without delay, the person to whom this measure was imposed shall be obliged to leave the apartment, house or other dwelling in the presence of a police officer. The measure shall be prescribed for a period of time that may not be less than 30 days and not longer than six months.

A protection measure restraining order (Article 25) is imposed on the perpetrator of violence if there is a risk that he might repeat the violence or if the presence of the perpetrator of domestic violence near the victim may create a high degree of emotional suffering of the victim which prevents his normal mental activity. In its decision imposing this protection measure, the court determines the places or areas, and the distance of at least 200 meters in which the perpetrator of domestic violence may not approach the victim. When

¹⁷ Alidžanović, V. *et al.* (2017). *Priručnik za tužioce za procesuiranje predmeta nasilja u porodici*. Sarajevo: Atlantska inicijativa, 87-104.

¹⁸ Mann, L. (2019). *Dobre prakse u odgovoru na nasilje u porodici – komparativna studija*. Sarajevo: UN Women kancelarija, 34-59.

imposing this measure, the court determines its duration, which may not be less than 30 days and not longer than one year.

The protection measure prohibiting harassment or stalking a victim (Article 26) shall be imposed on the perpetrator of violence who committed the violence by harassment or stalking, and there is a risk that he might repeat harassment or stalking of victim. This measure is imposed for a period of not less than 30 days and not longer than one.

Protection measure mandatory psychosocial treatment (Article 27) shall be imposed on the perpetrator of violence in order to remove the cause of abusive behavior and re-education, i.e. to reduce and remove the risk of repeating violence. This measure may last until there no longer exists a reason for which it was assigned in the first place, but it shall not be longer than one year.

Finally, the protection measure of mandatory rehabilitation (Article 28) shall be imposed on a perpetrator of violence who has committed an act of domestic violence under the influence of alcohol, drugs or other psychotropic substances, if there is a risk that the perpetrator might repeat the act of violence due to such addiction. When imposing this medical protection measure, the court determines its duration depending on the time necessary for treatment, based on the opinion of specialized experts for treatment, but it may not last longer than one year.

The competent court, in terms of Article 29 of the Law, may impose one or more protection measures on the perpetrator of violence when there are conditions for their imposing¹⁹. The competent court may request the Social Welfare Center: a) to assist it in collecting the necessary evidence, and b) to provide its opinion on the appropriateness of the requested protection measure. When imposing protection measures (Article 33), the purpose, weight, duration of the imposed measure and its effectiveness shall be taken into account. The bodies responsible for the enforcement of protection measures shall be obliged to monitor their enforcement and report to the court about it, and shall propose their termination, extension or replacement by another measure. Also, the body responsible for the enforcement of the protection measure shall submit to the court a report on the execution of protection measures no later than six months from the date of imposition of protection measure, or sooner if necessary.

3. SERBIA

Article 197 of the Family Law of Serbia determines the concept and characteristics of domestic violence. According to this legal solution, domestic violence is any behavior by which one family member endangers the physical integrity, mental health or tranquility of another family member. Thus, domestic violence in the Republic of Serbia particularly consists of the following acts: a) inflicting or attempting to inflict bodily injury, b) causing fear by threatening to kill or inflict bodily injury on a family member or a person close to him, c) forcing sexual intercourse, d) inciting to sexual intercourse or sexual intercourse with a person under the age of 14 or incapacitated person, e) limitation of freedom of movement or communication with third parties, and f) insult, as well as any other insolent, reckless or malicious behavior.

The following Article 198 of the Family Law provides for special measures that temporarily prohibit or limit the maintenance of personal contacts with other family mem-

¹⁹ Grupa autora, (2010). *Vodič za borbu protiv nasilja u porodici*. Sarajevo: Prava za sve, 81-104.

ber²⁰. These are measures of a preventive nature that should prevent domestic violence as criminal offense, and they can last for a maximum of one year. By violating these measures, a member of a family household may commit a special form of the criminal offense of domestic violence under Article 194 of the Criminal Code. For this criminal offense, a prison sentence for a term between three months and three years and a cumulative fine are prescribed since September 2009 (whereby the Criminal Code²¹ prescribed a milder sentence for this offense in the period from January 2006 to September 2009, a fine or imprisonment for up to six months).

Pursuant to the provisions of Article 198 of the Family Law, the following protection measures against domestic violence²² are envisaged in the Republic of Serbia: a) issuing a warrant for eviction from family apartment or house, regardless of the right of property or lease of immovable property, b) issuing a warrant for moving in the family apartment or house, regardless of the right of property or lease of immovable property, c) restraining order, d) prohibition of access in the vicinity of place of residence or work of a family member, and e) prohibition of harassment of a family member.

Family Law of Serbia, in addition to determining: a) the concept and characteristics of domestic violence, and b) persons considered to be family members (in capacity of perpetrators or victims of this criminal offense), in the Tenth Part entitled "Proceedings regarding to family relations", in item 7, in provisions of Articles 283-289, regulates the procedure in disputes for protection against domestic violence. According to these legal solutions (Article 283), in a dispute for protection against domestic violence, in addition to the court of general territorial jurisdiction, the court in whose territory the family member against whom the violence was committed has residence (injured party or victim), has territorial jurisdiction. Before the generally competent court (basic court) and territorially competent court, the procedure in the dispute for protection against domestic violence shall be initiated by a lawsuit within the meaning of Article 284²³.

This lawsuit for determining protection measures against domestic violence, as well as for extending already pronounced protection measures against domestic violence, may be filed by: a) a family member against whom violence was committed (victim), b) legal representative of the victim, c) public prosecutor, and d) the guardianship authority. However, a family member against whom this measure was imposed (perpetrator of domestic violence) may file a lawsuit to the same court for termination of the imposed protection measure against domestic violence, if he considers that its purpose has already been achieved or that its further application would be unjustified.

At the same time, Article 285 of the Law explicitly stipulates that the procedure in a dispute for protection against domestic violence²⁴ is of "special urgency". Therefore, it is logical that the first hearing before the competent court shall have to be scheduled within

²⁰ Jovanović, S. (2010). *Pravna zaštita od nasilja u porodici*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 109-128.

²¹ *Official Gazette of the Republic of Serbia* Nos. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 and 35/19.

²² Lukić, M., Jovanović, S. (2003). *Nasilje u porodici – nova inkriminacija*. Beograd: Autonomni ženski centar, 78-89.

²³ Stepanov, B. (2022). *Nasilje u porodici – šta govore podaci*. Beograd: Program UN za razvoj, 78-97.

²⁴ Golubović, Z. (2018). *Nasilje u porodici i policijska reakcija*. Beograd: Partenon, 87-108.

eight days from the day the lawsuit was received in the court. The “second instance court” shall also act with “special urgency”. Namely, it shall be under obliged to pass a decision on the appeal against the decision of the first instance court within 15 days from the day the appeal was served to it.

In these proceedings, as well as in the criminal proceedings, i.e. in the proceedings conducted according to the provisions of the Law on Prevention of Domestic Violence²⁵, the role of the guardianship authority is particularly expressed. Namely, according to Article 286, in case the proceedings for protection against domestic violence was not initiated by the lawsuit of the competent guardianship authority, then the court is authorized to request assistance from the guardianship authority in collecting necessary evidence, but also to express its opinion on the expediency of requested protection measure. Although the proceedings for protection against domestic violence is conducted in accordance with the provisions of the Civil Procedure Code, it still contains certain specifically expressed features. One of them is defined in Article 287 entitled “Departure from disposition principle”. Namely, the court in this type of proceedings is not obliged by the limits of the claim for protection from domestic violence. This means that it can determine the protection measure against domestic violence even when its imposition is not requested, provided that based on personal and material evidence it assesses that such a measure can best achieve the required protection for a victim of domestic violence.

Another specificity of the proceedings for protection against domestic violence is the principle provided for in Article 288. According to this legal solution, the appeal does not stay the execution of the judgment determining or extending the pronounced protection measure against domestic violence.

Finally, the Family Law stipulates the obligation to keep the prescribed records and documentation on committed domestic violence (Article 289). Thus, the court shall be obliged to serve the decision reached in dispute for the protection against domestic violence “immediately” to: a) residence, i.e. dwelling of a family member against whom the violence was committed (victim), and b) guardianship authority on the territory of which a family member against whom protection measure has been determined (perpetrator of violence) has residence, i.e. dwelling. These guardianship authorities are obliged to keep the prescribed records and documentation, both on persons against whom domestic violence was committed, and on persons against whom a protection measure has been imposed, i.e. persons who have committed such domestic violence.

4. CONCLUSION

Laws of this kind IN Bosnia and Herzegovina and Serbia provide for a number of protection measures aimed at, *inter alia*, ensuring the protection of health and safety of persons who have already been exposed to violence (victims), preventing further domestic violence, with taking effective measures to rehabilitate and treat abusive persons (Federation of BiH). Only the Federation of BiH recognizes the protection measure “temporary deprivation of liberty and detention”.

All state bodies, other bodies, health, educational and other institutions are obliged to report to the police committed domestic or family violence which they find out about in the performance of duties within their competence, i.e. activity. The report on the committed

²⁵ Official Gazette of the Republic of Serbia No. 94/16.

violence must be submitted to the police by the responsible person in the body or institution, as well as health and social worker, teacher, educator and other person who finds out about the committed violence in the performance of their duties. The misdemeanor authority and the police are also obliged to inform the Social Welfare Center about the reported violence.

Upon learning of the violence, the competent authorities (police or court) shall, immediately, take necessary actions and measures to protect the victims of violence, as well as to protect witnesses. The Social Welfare Center, i.e. other institutions of social and child protection, health institutions, as well as other bodies and institutions dealing with protection are obliged to provide, without delay, protection and assistance to a victim in accordance with their competencies. These bodies and institutions are also obliged to take care of all the needs of the victim and provide her access to all forms of assistance and protection.

Family members, as well as any citizen who learns about committed domestic violence are also required to submit this report to the competent police department. A victim of domestic violence can also submit a report on committed violence, its perpetrator or victim, while family members are obliged to submit it, as well as any citizen who finds out about domestic violence, especially if the victim is a child. A person who knows about domestic violence and does not report it to the competent state authorities commits a misdemeanor, except in the case when the victim of domestic violence reports violence.

LITERATURE

Monographs, articles

- Ajduković, M., Pavleković, S. (2004). *Nasilje nad ženama u obitelji*. Zagreb: Društvo za psihološku pomoć.
- Alidžanović, V. et al. (2017). *Priručnik za tužioce za procesuiranje predmeta nasilja u porodici*. Sarajevo: Atlantska inicijativa.
- Babić, I. (2007). *Porodično pravo*. Bijeljina: Univerzitet Sinergija.
- Bošković, D. (2009). *Nasilje u porodici*. Banja Luka: Defendologija centar.
- Čehajić Čampara, M., Veljan, N. (2018). *Analiza sudske prakse u predmetima nasilja u porodici u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Atlantska inicijativa.
- Dutton, Donald G. (2006). *Rethinking Domestic Violence*. Vancouver, BC, Canada: UBC Press.
- Ениколопов С. Н. (2014). *Психология зла // Троицкий вариант - Наука*.
- Ganija, H. (2016). *Pravni aspekti braka i nasilja u porodici*. Travnik: Pravni fakultet.
- Golubović, Z. (2018). *Nasilje u porodici i policijska reakcija*. Beograd: Partnenon.
- Grbić Pavlović, N., (2020). *Nasilje u porodici u doba pandemije*. Sarajevo: Friedrich Ebert Stiftung.
- Grupa autora, (2010). *Vodič za borbu protiv nasilja u porodici*. Sarajevo: Prava za sve.
- Hadžimešić, L., Džonlagić, S. (2019). *Pregled multisektorskog odgovora na nasilje u porodici na lokalnom nivou u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: UN Women kancelarija.
- Hannah, Mo T., Goldstein, B. (2010). *Domestic Violence, Abuse, and Child Custody: Legal Strategies and Policy Issues*. Kingston, New Jersey: Civic Research Institute.
- Hellbernd, H., Brzank, P., Wieners, K., Maschewsky-Schneider, H. (2004). *Häusliche Gewalt gegen Frauen: gesundheitliche Versorgung – Das S.I.G.N.A.L.- Interventionsprogramm*.
- Handbuch für die Praxis und wissenschaftlicher Bericht. Mit einem Vorwort von Renate Schmidt, Bundesfamilienministerin. Berlin: Technische Universität Berlin.

- Hrnčić, Z., Bećirović, F. (2018). *Postupanje u slučajevima nasilja u porodici – multisektorski odgovor*. Sarajevo: Gender centar.
- Ikanović, J. (2020). *Prevenција i suzbijanje nasilja u porodici*. Sarajevo: Dobra knjiga.
- Jackson, N. A. (2007). *Encyclopedia of domestic violence*. New York: Routledge.
- Jeremić, S., Simić, V. (2011). *Pravni vodič za nasilje u porodici*. Kragujevac: Oaza sigurnosti.
- Jovanović, S. (2010). *Pravna zaštita od nasilja u porodici*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
- Jovašević, D. (2017). *Nasilje u porodici*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
- Lukić, M., Jovanović, S. (2003). *Nasilje u porodici – nova inkriminacija*. Beograd: Autonomni ženski centar.
- Mann, L. (2019). *Dobre prakse u odgovoru na nasilje u porodici – komparativna studija*. Sarajevo: UN Women kancelarija.
- Mark, H. (2001). *Häusliche Gewalt gegen Frauen*. Ergebnisse einer Befragung niedergelassener Ärztinnen und Ärzte. Marburg: Tectum,
- Medić, D., Tajić, H. (2013). *Porodično pravo u praksi*. Sarajevo: Privredna štampa.
- Opitz, C., Studer, B., Sardet, F. (2005). *Häusliche Gewalt – De la violence domestique*. Zürich: Chronos.
- Pantelić, N. (2007). *Nasilje u porodici – praktikum za postupanje policijskih službenika*. Beograd: Pantelić.
- Petrušić, N., Konstantinović Vilić, S. (2010). *Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici u pravosudnoj praksi Srbije*. Niš: Ženski istraživački centar.
- Radulović, J. (2003). *Nasilje u porodici*. Podgorica: SOS telefon za žene i djecu žrtve nasilja.
- Raičević, Lj. et al. (2015). *Spriječimo nasilje – priručnik za tinejdžere o nasilju u porodici i nasilju u vezi*. Podgorica: Sigurna ženska kuća.
- Richards, D.L., Haglund, Jillienne, H. (2015). *Violence Against Women and the Law*. International Studies Intensives: Routledge.
- Rogers, T., *Violence Domestique, Read related entries on V, Crime contre les personnes, Délit sexuel, Droit, Droit pénal, Infraction, Problème social, Questions Sociales, VI, Vie sociale, Violence* (Retrieved on April 16, 2020 <https://droitfrancais.lawlegal.eu/violence-domestique>).
- Rogić Hadžalić, D. (2012). *Nasilje u obitelji*. Zagreb: Državni zavod za statistiku.
- Sesar, K. et al. (2021). *Studije slučaja nasilja u porodici sa standardizacijom kvaliteta rada međusektorskih timova*. Sarajevo: Gender centar.
- Simović, M. et al. (2022). *Suzbijanje nasilja u porodici u Republici Srpskoj, krivična i prekršajna zaštita*. Laktaši, Banja Luka: Grafomark.
- Spasojević, A. (2015). *Nasilje u porodici – multisektorska saradnja i postupak dokazivanja*. Beograd: Nomos.
- Stepanov, B. (2022). *Nasilje u porodici – šta govore podaci*. Beograd: Program UN za razvoj.
- Traljić, N., Bubić, S. (2001). *Porodično pravo*. Sarajevo: Magistrat.
- Zahiragić, A. et al. (2021). *Priručnik za provođenje obuke policijskih službenika za postupanje u slučajevima nasilja u porodici i nasilja nad ženama*. Sarajevo: Lucid Linx
- Zeković, B., Rakočević, V. (2015). *Priručnik za zaposlene u vaspitno-obrazovnim ustanovama o postupanju, prevenciji i zaštiti djece i mladih od nasilja u porodici*. Podgorica: SOS Telefon za žene i djecu žrtve nasilja.
- Zirojević, M. (2022). *Nasilje i deca*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Wilcox, P. (2006). *Surviving domestic violence: gender, poverty and agency*. Houndmills England New York: Palgrave Macmillan.

Mjere zaštite od nasilja u porodici u pravu Bosne i Hercegovine i Srbije

Rezime: U cilju otklanjanja štetnih posledica izvršenog nasilja u porodici, odnosno njegovog sprječavanja, pa time i efikasnog suzbijanja, pored krivičnih ili prekršajnih sankcija, društvu stoje na raspolaganju i različite mjere specijalno-preventivnog karaktera koje se često nazivaju zaštitne mjere (mjere zaštite od nasilja). U Bosni i Hercegovini, kao i u drugim državama u regionu, suzbijanju različitih oblika ili vidova ispoljavanja nasilja u porodici treba da doprinesu i odredbe porodičnog zakonodavstva. U tom cilju, donijeto je i više specijalnih zakona preventivnog karaktera koji su imenovani kao zakoni o sprječavanju nasilja u porodici.

Ključne riječi: nasilje, porodica, prevencija, zaštitne mjere, sud.



DOI: 10.7251/GFP2212066M

UDC: 343.26:343.812(497.6RS)

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
25. maj 2022.

Datum prihvatanja rada:
25. jul 2022.

Izvršenje kazne zatvora u Republici Srpskoj

– principi izvršenja i ustanove u kojima se izvršava kazna zatvora –

Rezime: Krivičnim zakonikom Republike Srpske¹ propisane su opšta svrha svih krivičnih sankcija i svrha kažnjavanja. Da bi se svrha kažnjavanja mogla i da ostvari u svakom konkretnom slučaju, potrebno je da izrečena kazna, posebno kazna zatvora, bude izvršena na način, po postupku i pod uslovima koji su određeni propisima izvršnog krivičnog prava (radi se o značajnom broju propisa zakonskog i podzakonskog karaktera). Svrha izvršenja krivičnih i prekršajnih sankcija, prema odredbi stava 1 člana 3 Zakona jeste sprovođenje pravosnažnih i izvršnih sudskih odluka, zaštita društva od vršenja krivičnih djela i izdvajanje učinilaca krivičnih djela iz društvene sredine u cilju njihovog prevaspitanja, liječenja i osposobljavanja za život na slobodi, u skladu sa zakonom i društvenim normama. Izvršenjem krivičnih sankcija ostvaruje se opšta i individualna svrha njihovog propisivanja i izricanja u cilju uspješne reintegracije osuđenih u društvo, a ta je svrha određena u odredbi stava 3 člana 41 Krivičnog zakonika Republike Srpske (opšta svrha svih krivičnih sankcija) i u odredbi člana 43 (svrha kažnjavanja). Upravo o principima izvršenja možda i najvažnije od svih krivičnih sankcija, odnosno zasigurno i danas najvažnije kazne, odnosno kazne zatvora govori ovaj rad zasnovan na pozitivnom izvršnom zakonodavstvu Republike Srpske. U drugom dijelu rada dat je zakonodavni okvir kojim je uređen sistem ustanova u kojima se izvršava kazna zatvora, ali i druge kazne lišenja slobode u Republici Srpskoj. I na kraju ovog rada, prezentovano je posebno važno istraživanje koje čitaocu pruža statističke podatke o kretanju, odnosno broju lica koja su se nalazila u kazneno-popravnim ustanovama Republike Srpske na izdržavanju kazne zatvora, mjere pritvora, kazne maloljetničkog zatvora, vaspitne mjere upućivanja u vaspitno-popravni dom i kazne zatvora izrečene u prekršajnom postupku, a za posljednjih nekoliko godina.

Ključne riječi: kazna zatvora, izvršenje kazne zatvora, ustanove u kojima se izvršava kazna zatvora, Republika Srpska.

Ljubinko Mitrović

*Redovni profesor, Ombudsman za ljudska prava Bosne i Hercegovine,
ljubinko58@gmail.com*

Pero Dunjić

Pomoćnik ministra pravde u Vladi Republike Srpske

¹ Krivični zakonik Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 64/2017, 104/2018 - odluka US i 15/2021.

1. PRINCIPI IZVRŠENJA KAZNE ZATVORA

Zakonom o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija Republike Srpske iz 2018. godine (u daljem tekstu: ZIKS RS)² propisuju se način osnivanja i organizacija ustanova za izvršenje krivičnih i prekršajnih sankcija, radni odnosi i prava po osnovu rada, nadzor nad radom ustanova, postupak izvršenja kazne zatvora, disciplinska i materijalna odgovornost zatvorenika, mjere za održavanje reda i bezbjednosti, uslovni otpust i otpuštanje zatvorenika, izvršenje kazne dugotrajnog zatvora, izvršenje kazne zatvora izrečene u prekršajnom postupku, izvršenje mjere pritvora, izvršenje novčane kazne, izvršenje mjere rada u javnom interesu, izvršenje mjera bezbjednosti, izvršenje kućnog zatvora, kao i poslovi međunarodne saradnje³.

Odgovor na pitanje na koja lica se primjenjuju odredbe Zakona o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija Republike Srpske nalazi se u odredbi člana 2 zakona u kojem se kaže da su to sva lica koja se nalaze u kazneno-popravnim ustanovama Republike Srpske na izvršenju kazne zatvora izrečene u krivičnom i prekršajnom postupku, kazne doživotnog zatvora, mjere pritvora, mjere rada u javnom interesu, mjere bezbjednosti obaveznog psihijatrijskog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi i obaveznog liječenja od zavisnosti, kao i lica na izvršenju krivičnih sankcija koje su izrekli strani sudovi, ako drugim zakonom nije drugačije propisano.

Svrha izvršenja krivičnih i prekršajnih sankcija, prema odredbi stava 1 člana 3 Zakona jeste sprovođenje pravosnažnih i izvršnih sudskih odluka, zaštita društva od vršenja krivičnih djela i izdvajanje učinilaca krivičnih djela iz društvene sredine u cilju njihovog prevaspitanja, liječenja i osposobljavanja za život na slobodi, u skladu sa zakonom i društvenim normama. Izvršenjem krivičnih sankcija ostvaruje se opšta i individualna svrha njihovog propisivanja i izricanja u cilju uspješne reintegracije osuđenih u društvo, a ta je svrha određena u odredbi stava 3 člana 41 Krivičnog zakonika Republike Srpske (opšta svrha svih krivičnih sankcija) i u odredbi člana 43 (svrha kažnjavanja).

Zakon o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija Republike Srpske predviđa nekoliko principa na kojima se zasniva izvršenje izrečenih krivičnih i prekršajnih sankcija, i to su sljedeći principi:

1. princip zakonitosti kao najvažnije pravno načelo prožima sve pore krivičnog prava i on se ispoljava u više vidova, i to: a) samo zakonom predviđeni organi mogu u zakonom propisanom postupku da izreknu učiniocu krivičnog djela kaznu koja je u zakonu propisana za učinjeno krivično djelo, b) kazna se može izreći samo učiniocu skrivljenog krivičnog djela, c) samo sudskom odlukom izrečena kazna se može izvršiti od strane organa penitencijarne administracije, i d) u postupku izvršenja kazne osuđenom licu se oduzimaju ili ograničavaju samo one slobode i prava, i to u onoj mjeri i na onaj način kako je to predviđeno propisima izvršnog krivičnog prava i kada je to nužno za ostvarenje svrhe kažnjavanja.⁴ Na ovaj način postavljeni princip zakonitosti treba da posluži u zaštiti onih sloboda i prava osuđenih lica kao građana, koja su im inače priznata domaćim i međunarodnim

² *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 63/2018.

³ U ovoj oblasti u Bosni i Hercegovini postoje četiri nezavisne jurisdikcije, te tako govorimo o izvršnom zakonodavstvu entiteta, Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine, zatim zakonodavstvu Brčko distrikta BiH i na kraju, izvršnom zakonodavstvu na nivou Bosne i Hercegovine.

⁴ Jovašević D., Stevanović Z. (2012). *Kazne kao oblik društvene reakcije na kriminal*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, 40-43.

pravnim propisima, odnosno standardima od potencijalne arbitrarnosti, samovolje i zloupotreba od strane penitencijarne administracije,

2. princip humanosti podrazumijeva poštovanje ljudskog dostojanstva svakog osuđenog lica. Ovaj princip znači obavezu za nadležne organe da prema osuđenom licu u toku izvršenja kazne zatvora moraju postupati čovječno bez nanošenja fizičkih i psihičkih patnji, bolova i nelagodnosti, te da prema ovom licu ne smiju vrijeđati njegovo ljudsko dostojanstvo. Osuđeno lice koje je bilo žrtva zabranjenih postupaka ima pravo na naknadu štete. Zaštita od ovih zloupotreba istovremeno predstavlja pretpostavku za prihvatanje primijenjenih tretmana od strane osuđenih lica i osnova za njihovo aktivno uključivanje u isti. Dakle, sa licima prema kojima se izvršavaju krivične ili prekršajne sankcije, a posebno one institucionalnog karaktera, treba postupati čovječno, uz poštovanje njihovog ličnog dostojanstva, štititi njihov tjelesni i duhovni integritet, uz obezbjeđenje pristupa i povjerljive komunikacije sa domaćim i međunarodnim organizacijama i drugim institucijama nadležnim za praćenje i ostvarivanje ljudskih prava i osnovnih sloboda, u skladu sa zakonom i odgovarajućim međunarodnim dokumentima (član 3 stav 6 ZIKS RS). S obzirom na to, krivične i prekršajne sankcije se izvršavaju na način i u postupku kojim se jamči poštovanje dostojanstva lica prema kome se one izvršavaju. Zabranjeni su i kažnjivi svi postupci kojima se lice prema kome se izvršava krivična ili prekršajna sankcija podvrgava bilo kakvom obliku mučenja, ili drugom obliku okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili eksperimentisanja. Kažnjiva je i svaka upotreba prinude prema licu prema kome se izvršava krivična, odnosno prekršajna sankcija, posebno ukoliko je nesrazmjerna potrebama njenog izvršenja i preduzeta van slučajeva koji su određeni posebnim zakonom,

2. zabrana diskriminacije - lice prema kome se izvršava krivična ili prekršajna sankcija ne smije biti stavljeno u neravnopravan položaj zbog rase, boje kože, pola, jezika, vjeroispovijesti, političkih i drugih uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog porijekla, imovnog stanja, obrazovanja, društvenog položaja ili drugog ličnog svojstva,

3. zaštita i ograničenje osnovnih prava - lica prema kojima se izvršavaju krivične i prekršajne sankcije zadržavaju sva prava koja im nisu oduzeta pravosnažnom presudom ili rješenjem kojim je izrečena kazna zatvora (dakle, lice prema kome se izvršava krivična, odnosno prekršajna sankcija ima pravo na zaštitu osnovnih prava propisanih Ustavom Republike Srpske, potvrđenim međunarodnim ugovorima, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i ZIKS-om Republike Srpske), a lišavaju se ili ograničavaju prava u mjeri koja odgovara prirodi i sadržini sankcije i na način kojim se obezbjeđuje poštovanje ličnosti učinioca krivičnog djela, odnosno prekršaja i njegovog ljudskog dostojanstva, u skladu sa zakonom i međunarodnim ugovorima. Ovim licima neće biti nametnuto nijedno ograničenje koje nije predviđeno zakonom, a ona ograničenja koja se izriču moraju biti minimalno potrebna i proporcionalna opravdanom cilju zbog kojeg se izriču. Za podneske, službene radnje, rješenja i druge akte u vezi sa izvršenjem krivičnih, odnosno prekršajnih sankcija ne plaća se taksa,

4. obaveza vođenja evidencija i glavne knjige o osuđenim licima - s ciljem međusobne saradnje, informisanja, dogovaranja i prikupljanja relevantnih podataka, Ustanove i drugi organi za izvršenje krivičnih, odnosno prekršajnih sankcija vode propisane evidencije o licima prema kojima se izvršavaju sankcije, pritvor i druge mjere i Ministarstvu pravde Republike Srpske dostavljaju mjesečne, periodične i godišnje izvještaje. Pravilnik o vrstama i načinu vođenja evidencija zatvorenika, pritvorenika i maloljetnika donosi ministar pravde Republike Srpske,

5. princip popravljavanja, odnosno resocijalizacije osuđenih lica znači ostvarenje bitne funkcije svrhe kažnjavanja uopšte. Naime, izvršenje kazne lišenja slobode se ne svodi samo na puko, faktičko, fizičko zatvaranje osuđenog lica. Naprotiv, izolacijom osuđenika iz društva, prema njemu se primjenjuju posebni postupci, mjere i tretmani koji treba da neutrališu ili umanje dejstvo negativnih karakternih crta njegove psihološke ličnosti, a da pozitivne crte tog lica podstaknu i unaprijede⁵. Svrha je kazne zatvora da se osuđeni osposobe za normalan život i rad na slobodi i za uključivanje u društvene tokove. Tome u svakom slučaju služe grupni i individualni tretmani, kao i cijeli sistem pravila koja uređuju život i rad u zavodskim ustanovama⁶,

6. troškovi izvršenja krivičnih, odnosno prekršajnih sankcija - sredstva za izvršenje krivičnih, odnosno prekršajnih sankcija obezbjeđuju se u budžetu Republike Srpske. Lice prema kome se izvršava krivična ili prekršajna sankcija ne plaća troškove njenog izvršenja, osim ako zakonom nije drukčije određeno. Ovaj princip prema kojem ni osuđeno lice na kaznu lišenja slobode ne plaća troškove izvršenja izrečene kazne zatvora znači da je ostvarenje funkcije izvršenja izrečenih kazni lišenja slobode djelatnost od posebnog društvenog interesa, te da su sredstva za ove namjene predviđena u budžetu države. S druge strane, bilo bi nepravilno troškove izvršenja kazne zatvora prevaliti na samog osuđenika ili još gore, na članove njegove porodice. Ovo svakako iz razloga što bi plaćanje izvršenja kazne zatvora veoma štetno djelovalo na pozitivan odnos osuđenog lica prema primijenjenim tretmanima i na njegovo uključivanje u proces resocijalizacije. Izuzetak predstavlja naplata novčane kazne i troškova koji su nastali isključivom krivicom osuđenog lica (koji su vezani za dovođenje osuđenog lica kada pobjegne ili izbjegava da se javi u zavodsku ustanovu na izvršenje kazne zatvora)⁷,

7. individualizacija izvršenja kazne zatvora⁸ (član 83-85 ZIKS) - sa osuđenim licem se na osnovu utvrđenih kapaciteta, potreba i stepena rizika postupa na način koji u najvećoj mjeri odgovara njegovoj ličnosti, s ciljem ostvarivanja individualnog, odnosno adekvatnog programa postupanja⁹. Dakle, princip individualizacije izvršenja kazne, za razliku od individualizacije kažnjavanja tokom sudskog postupka prilikom izbora vrste i mjere kazne, sastoji se u prilagođavanju i podešavanju tretmana ličnosti svakog pojedinog osuđenog lica kroz pojedinačni program izvršenja kazne zatvora. Individualizacija kazne zatvora traje sve vrijeme izvršenja kazne zatvora, a može da se odnosi na niz povoljnosti koje se daju osuđenom licu, kao što je mogućnost da osuđeno lice kaznu zatvora ne izdržava u Ustanovi, već u prostorijama u kojima stanuje, ili mogućnost da osuđeno lice bude radno angažovano van Ustanove, odnosno prijevremeno otpuštanje osuđenog lica iz Ustanove, i sl.. Isto tako, ostvarenju ovog principa treba da doprinesu: a) eksterna i interna klasifikacija osuđenih lica i mogućnost njihove reklasifikacije i b) prevođenje osuđenog lica iz jednog u drugi tip zavodske ustanove, odnosno iz jednog odjeljenja u drugo odjeljenje, odnosno iz jedne vaspitne grupe u drugu grupu koja predstavlja blaži režim postupanja, pod uslo-

⁵ Jovašević, Stevanović (2012), 40-43.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ Stevanović, Z. (2000). Osnovne karakteristike i pravci reforme izvršenja krivičnih sankcija. In: *Reforma sistema izvršenja krivičnih sankcija*. Beograd, 7-20.

⁹ Stevanović, Z., Igrački, J. (2011). Efekti kazne zatvora i institucionalnog tretmana u prevenciji kriminaliteta. *Pravna riječ*, 29, 403-415.

vom da se on u dovoljnoj mjeri popravio i resocijalizovao¹⁰. Tome doprinosi izbor metoda, kontakata i tretmana koji se od strane službe tretmana (treba imati u vidu da se u okviru službe tretmana, u prijemno-otpusnom odjeljenju formira tim stručnjaka za ispitivanje ličnosti i utvrđivanje programa postupanja za osuđena lica) primjenjuju prema pojedinom osuđenom licu, zavisno od svojstava i karakteristika njegove ličnosti, socijalnog stanja, uključenosti porodice u postupak izvršenja kazne zatvora i sl.,

8. zabrana obavljanja dužnosti koja sadrži disciplinska ovlaštenja - osuđeno lice niu-kom slučaju ne može u okviru službe, odnosno tokom izdržavanja kazne zatvora u Ustanovi da obavlja bilo koju dužnost koja sadrži disciplinska ovlaštenja i

9. grupno ili skupno izdržavanje kazne zatvora, odnosno skupno izvršenje kazne zatvora – zatvorenici, odnosno osuđena lica, po pravilu, kaznu zatvora izdržavaju grupno, odnosno skupno. Samo izuzetno, odnosno kada to zahtijevaju razlozi bezbjednosti, zdravstveno stanje, lična svojstva zatvorenika ili kada je to predviđeno zakonom, odlukom rukovodioca Ustanove može se odrediti da osuđeno lice izdržava kaznu zatvora odvojeno od ostalih zatvorenika. Osuđena muška i ženska lica, prema zakonu, izdržavaju kaznu zatvora odvojeno (na isti način se razdvajaju pritvorena od osuđenih lica, odnosno punoljetna od maloljetnih osuđenih lica).

2. VRSTE I TIPOVI USTANOVA ZA IZVRŠENJE KRIVIČNIH I PREKRŠAJNIH SANKCIJA

Za razliku od nekih drugih država (poput Republike Srbije) u kojima su u sastavu ministarstava pravde uspostavljene uprave za izvršenje krivičnih sankcija (koje organizuju, sprovode i nadziru izvršenje kazne zatvora, maloljetničkog zatvora, kazne rada u javnom interesu, uslovne osude sa zaštitnim nadzorom, mjera bezbjednosti obaveznog psihijatrijskog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, obaveznog liječenja narkomana i obaveznog liječenja alkoholičara, vaspitne mjere upućivanja u vaspitno popravni dom, kao i mjeru pritvora i druge mjere za obezbjeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku)¹¹, u Republici Srpskoj, ustanove za izvršenje krivičnih i prekršajnih sankcija (kazneno-popravni zavodi i vaspitno-popravni domovi) predstavljaju posebne ustanove u sastavu i pod neposrednim nadzorom Ministarstva pravde Republike Srpske¹². Ove Ustanove osniva, zatim određuje njihovu teritorijalnu nadležnost i ukida Vlada Republike Srpske, na prijedlog ministra pravde, i one imaju svojstvo pravnog lica¹³.

Aktom o osnivanju Ustanove određuje se vrsta, tip i sjedište Ustanove, dok se sredstva za njihov rad obezbjeđuju u budžetu Republike Srpske.

Prema stepenu obezbjeđenja, odnosno prema stepenu ograničenja slobode kretanja pritvorenika i zatvorenika, kao i primijenjenim mjerama postupanja prema tim licima, Ustanove (član 13 ZIKS RS) mogu biti:

¹⁰ Jovašević, Stevanović (2012), 40-43.

¹¹ Jovašević, D. (2005). *Zakon o izvršenju krivičnih sankcija sa uvodnim komentarom*. Beograd: Službeni list, 7-14.

¹² Zatvorenici izdržavaju izrečenu kaznu zatvora u Zavodu za izvršenje krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera Bosne i Hercegovine ili u entitetskim ustanovama za izvršenje krivičnih sankcija.

¹³ Radi se o sljedećim ustanovama: Kazneno-popravni zavod Banja Luka u okviru kojeg je uspostavljen Vaspitno-popravni dom, Kazneno-popravni zavod Doboj, Kazneno-popravni zavod Bijeljina, Kazneno-popravni zavod Istočno Sarajevo u okviru kojeg funkcioniše Maloljetnički zavor, Kazneno-popravni zavod Foča i Kazneno-popravni zavod Trebinje.

1. Ustanove poluotvorenog tipa i one imaju materijalno-tehničko obezbjeđenje, a služba obezbjeđenja Ustanove obezbjeđuje održavanje reda i kontrolu kretanja zatvorenika i

2. Ustanove zatvorenog tipa koje, pored službe obezbjeđenja imaju materijalno-tehničko obezbjeđenje, ogradne zidove i druge fizičke prepreke, kao i tehnička sredstva koja predstavljaju prepreku za bjekstvo zatvorenika, odnosno pritvorenih lica.

Zakon je istovremeno odredio i tipove pojedinih vrsta Ustanova. Tako se razlikuju (član 14 ZIKS RS):

1. kazneno-popravni zavodi i
2. vaspitno-popravni domovi.

U sjedištu i van sjedišta Ustanova mogu se uspostaviti posebna odjeljenja za izvršenje (osniva ih i ukida ministar pravde, a mogu biti poluotvorenog ili zatvorenog tipa), i to:

1. kazne zatvora za lica muškog ili ženskog pola,
2. kazne maloljetničkog zatvora za lica muškog ili ženskog pola,
3. vaspitne mjere upućivanja u vaspitno-popravni dom za maloljetna lica muškog ili ženskog pola,
4. mjere pritvora,
5. odjeljenje sa posebnim režimom izvršenja kazne zatvora (u ovoj vrsti odjeljenja, izvršava se kazna zatvora prema zatvorenicima za koje se prilikom ispitivanja njihove ličnosti utvrdi da bi mogli bitno ugroziti bezbjednost ostalih zatvorenika i imovine u Ustanovi, zatim prema zatvorenicima koji za vrijeme izdržavanja kazne zatvora bitno narušavaju red i disciplinu, kao i prema zatvorenicima za koje se utvrdi da su ranije preduzimane mjere postupanja prema njima ostale bezuspješne),
6. odjeljenje pojačanog nadzora i intenzivnog programa postupanja (u ovom odjeljenju izvršava se kazna zatvora prema zatvorenicima za koje postoji opasnost od bjekstva, nasilnog ponašanja prema drugim zatvorenicima ili stvarima, opasnost od ugrožavanja discipline i reda koje se ne mogu otkloniti na drugi način, zatim prema zatvorenicima čija je lična bezbjednost ugrožena, kao i u drugim opravdanim slučajevima) i
7. odjeljenje ekonomije, farme, restorani, moteli i proizvodni pogoni i radilišta (u ova odjeljenja raspoređuju se zatvorenici koji su radno angažovani u okviru poslova na radna mjesta van kruga Ustanove).

Unutrašnja organizacija i sistematizacija radnih mjesta, osnovne i unutrašnje organizacione jedinice, radna mjesta, potreban broj izvršilaca i opšti i posebni uslovi za ona radna mjesta koja nisu propisana ovim zakonom, uređuje se Pravilnikom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta, koji donosi direktor Ustanove, uz saglasnost ministra pravde (član 15 ZIKS RS).

U Ustanovama u kojima se izvršavaju krivične i prekršajne sankcije obavezno se osnivaju sljedeće službe (član 23 ZIKS RS), i to:

1. služba tretmana (član 25 ZIKS RS) – služba tretmana planira, programira, organizuje i sprovodi proces prevaspitanja zatvorenika i u tom cilju ova služba koordinira rad ostalih učesnika u tom procesu. U cilju ostvarenja svrhe izrečene kaznene sankcije, služba tretmana programira i koordinira vaspitni rad i ispituje ličnost zatvorenika, izrađuje pojedinačni program postupanja za svakog zatvorenika, vrši procjenu potrebe za stručnim obrazovanjem, neposredno i putem drugih službi prati rad i ponašanje zatvorenika u toku

izdržavanja kazne zatvora, odnosno vaspitne mjere, prikuplja i objedinjuje podatke i zapazanja vaspitača i drugih lica koja neposredno rade sa zatvorenicima, analizira i proučava postignute rezultate i uticaj preduzetih vaspitnih mjera, te na osnovu postignutih rezultata preduzima potrebne mjere i unapređuje vaspitni rad u Ustanovi, primjenjujući savremene metode, oblike i sadržaje rada.

U okviru službe tretmana, u prijemno-otpusnom odjeljenju formira se tim stručnjaka za ispitivanje ličnosti i utvrđivanje programa postupanja za zatvorenike (specijalni/socijalni pedagog, pedagog, psiholog, socijalni radnik, kriminolog, pravnik),

2. služba obezbjeđenja (član 24 ZIKS RS) - brine se o bezbjednosti Ustanove, radilišta i prostorija u kojima zatvorenici borave i rade, o održavanju unutrašnjeg reda i discipline u Ustanovama, vrši sprovođenja zatvorenika i pritvorenika, ako drugim zakonom nije drukčije propisano i obavlja i druge poslove određene ovim zakonom i propisima donesenim na osnovu zakona. Poslove službe obezbjeđenja vrše pripadnici službe obezbjeđenja, odnosno policija kazneno-popravnih ustanova. Pripadnici ove službe su naoružani i jednoobrazno uniformisani. Poslove službe unutrašnjeg obezbjeđenja obavljaju policajci Ustanove, koji su po pravilu istog pola kao i zatvorenici i pritvorenici. Vozila koja se upotrebljavaju u izvršavanju poslova službe obezbjeđenja posebno su označena i opremljena.

3. privredno-instruktorska služba¹⁴ (član 27 ZIKS RS) – privredno-instruktorska služba organizuje rad i sprovodi stručnu obuku zatvorenika, te obavlja druge poslove određene zakonom i propisima donesenim na osnovu zakona. Osuđena lica se obučavaju i rade, u pravilu, u Ustanovama ili, prema posebnim pravilima, odnosno uz posebna odobrenja, izvan njih. Rad ove službe se obavlja u okviru zakonom dozvoljenih djelatnosti, po svojoj prirodi mora da bude koristan i u skladu sa propisima koji uređuju obavljanje svake pojedine djelatnosti.

4. zdravstvena služba¹⁵ (član 26 ZIKS RS) – obavlja poslove zdravstvene zaštite zatvorenika, pritvorenika i maloljetnika, kontrolu higijenskih mjera, kontrolu kvaliteta i kvantiteta ishrane, po mogućnosti organizuje pružanje psihijatrijskih, stomatoloških i laboratorijskih usluga i vrši i druge poslove određene zakonom i propisima donesenim na osnovu zakona.

Zdravstvena služba ima najmanje jednog doktora medicine i najmanje dva medicinska tehničara. Ustanova mora da raspolaže posebnom prostorijom – stacionarom za izdvajanje i liječenje oboljelih osuđenih, u zavisnosti od prirode oboljenja. Takođe, u Ustanovama, odnosno u posebnom odjeljenju u kojem kaznu zatvora izdržavaju zatvorenice, postoji i posebna prostorija namijenjena za boravak zatvorenica - majki sa djetetom.

5. služba za pravne, finansijske i opšte poslove (član 28 ZIKS RS) – obavlja pravne, stručno-administrativne, računovodstveno-finansijske poslove, poslove ekonomata i depozita, vodi zakonom propisane evidencije, organizuje pružanje pravne i druge pomoći zatvorenicima, pritvorenicima i maloljetnicima, te vrši i druge poslove određene zakonom, kao i zajedničke poslove od opšteg značaja za konkretnu Ustanovu.

¹⁴ Panić, I. (2000). Organizacija i delatnost Uprave za izvršenje zavodskih sankcija u Republici Srbiji. In: *Reforma sistema izvršenja krivičnih sankcija*. Beograd, 151-163.

¹⁵ Nikolić, S., Puljević, V., Orlić, L. (1975). Uloga zdravstvenih radnika u procesu resocijalizacije lica lišenih slobode. *Penologija*, 1, 56-64.

3. UPUĆIVANJE OSUĐENOG LICA NA IZDRŽAVANJE KAZNE ZATVORA

Izvršenje krivične ili prekršajne sankcije počinje kada su za to ispunjene određene pretpostavke (član 4 ZIKS RS), i to:

- a. da je odluka nadležnog suda kojom je krivična ili prekršajna sankcija izrečena postala pravosnažna i
- b. da za izvršenje izrečene krivične ili prekršajne sankcije nema zakonskih smetnji.

Sa izvršenjem sankcije, prije njene pravosnažnosti, može se otpočeti samo kada je to zakonom izričito propisano. Inače, izvršenje krivičnih i prekršajnih sankcija¹⁶ može se odložiti ili prekinuti samo pod zakonom određenim uslovima (član 5 ZIKS RS)¹⁷.

Poslije nastupanja pravosnažnosti sudske odluke o izricanju kazne zatvora, pristupa se upućivanju lica kome je ova krivična, odnosno prekršajna sankcija izrečena u odgovarajuću ustanovu za izvršenje krivičnih i prekršajnih sankcija¹⁸. Upućivanje osuđenog, odnosno kažnjenog lica na izdržavanje kazne zatvora u Ustanovu vrši osnovni sud na čijem području osuđeni ima prebivalište, odnosno boravište u vrijeme kada je odluka kojom je izrečena kazna zatvora postala pravosnažna (član 73 stav 1 Zakona o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija Republike Srpske).

Osuđeno lice se upućuje na izdržavanje kazne zatvora u Ustanovu u skladu sa Pravilnikom o upućivanju osuđenih i kažnjenih lica na izdržavanje kazne zatvora koji donosi ministar pravde (član 72 ZIKS RS).

Zakonom predviđeno upućivanje osuđenog, odnosno kažnjenog lica na izdržavanje kazne zatvora u odgovarajuću Ustanovu zapravo predstavlja eksterno razvrstavanje ovih lica¹⁹. Naime, sva osuđena lica se u zavisnosti od visine izrečene kazne zatvora za učinjeno krivično djelo, odnosno prekršaj upućuju u odgovarajuću Ustanovu za izvršenje kazne zatvora. Radi se o prvoj fazi eksternog razvrstavanja osuđenih lica, nakon koje slijedi i druga faza (u toj drugoj fazi, a nakon ispitivanja ličnosti osuđenog lica i svestranog upoznavanja njegove prirode i kriminalne ličnosti koje može da traje kraće ili duže vrijeme, osuđeno lice se upućuje na dalje izdržavanje kazne zatvora)²⁰.

4. ISTRAŽIVAČKI DIO

Kretanje i broj lica koja su se nalazila u kazneno-popravnim ustanovama Republike Srpske na izdržavanju kazne zatvora, mjere pritvora, kazne maloljetničkog zatvora, vas-

¹⁶ Gartner, B. (1979). Karakteristike francuskog penitencijarnog Sistema. *Penologija*, 1-2, 67-81; Soković, S. (2005). Nova rešenja u predlogu Zakona o izvršenju krivičnih sankcija. In: *Kazneno zakonodavstvo – progresivna ili regresivna rešenja*, 477-490.

¹⁷ Mitrović, Lj., Đukić, B., Jovašević, D. (2009). Izvršenje kazne zatvora u Bosni i Hercegovini s posebnim osvrtom na izvršenje u Republici Srpskoj. *Pravna riječ*, 19, 283-311.

¹⁸ Prema odredbi člana 9 Zakona Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera, u Bosni i Hercegovini, institucije odgovorne za izvršenje krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera Suda (prema odredbi člana 2 stav 1 tačka h) "Sud" je Sud Bosne i Hercegovine) su Ministarstvo pravde i Zavod za izvršenje krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera Bosne i Hercegovine. S druge strane, prema odredbi člana 12 Zakona o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija Republike Srpske za izvršenje krivičnih i prekršajnih sankcija u Republici Srpskoj nadležne su ustanove za izvršenje krivičnih i prekršajnih sankcija kao posebne ustanove u sastavu i pod neposrednim nadzorom Ministarstva pravde Republike Srpske.

¹⁹ Vidović, V. (1981). *Kazna lišenja slobode*. Banja Luka: Glas, 295-331.

²⁰ Mitrović, Đukić, Jovašević (2009), 283-311.

pitne mjere upućivanja u vaspitno-popravni dom i kazne zatvora izrečene u prekršajnom postupku.

Godina	Ukupno prisutno na kraju godine		Primljeno tokom godine		U k u p n o		Otpušteno tokom godine		Ukupno prisutno na kraju godine	
	m	ž	m	ž	m	ž	m	ž	m	ž
2016	851	15	1.342	28	2.193	43	1.350	23	843	20
	866		1.370		2.236		1.373		863	
2017	843	20	1.376	15	2.119	35	1.303	35	844	19
	863		1.391		2.254		1.338		863	
2018	831	21	1.163	31	1.994	52	1.356	28	729	24
	852		1.194		2.046		1.384		753	
2019	731	23	1.884	30	2.615	53	1.895	34	720	19
	754		1.914		2.668		1.929		739	
2020	719	19	1.761	31	2.480	52	1.948	32	532	20
	738		1.792		2.532		1.980		552	

Brojno stanje po kazneno-popravnim ustanovama po kategorijama lica na kraju godine

Kategorije lica		KPZ	KPZ	KPZ	KPZ	KPZ	KPZ	Ukupno
		FO	BL	IS	BN	DO	TB	
2016	Kazna zatvora, maloljetničkog zatvora i VPD	323	229	59	64	51	20	746
	Pritvor	-	58	13	27	15	4	117
	Ukupno	323	287	72	91	66	24	863
2017	Kazna zatvora, maloljetničkog zatvora i VPD	210	305	63	72	65	51	766
	Pritvor	46	-	12	14	21	4	97
	Ukupno	256	305	75	86	86	55	863
2018	Kazna zatvora, maloljetničkog zatvora i VPD	292	182	46	51	52	30	653
	Pritvor	-	41	15	15	27	11	109
	Ukupno	292	223	61	66	79	41	762
2019	Kazna zatvora, maloljetničkog zatvora i VPD	286	161	43	55	52	39	636
	Pritvor	-	52	18	13	13	11	107
	Ukupno	286	213	61	68	65	50	743
2020	Kazna zatvora, maloljetničkog zatvora i VPD	175	143	32	47	64	18	479
	Pritvor	-	35	14	9	16	3	77
	Ukupno	175	178	46	56	80	21	556

Brojno stanje na nivou svih kazneno-popravnih ustanova po kategorijama lica

Kategorija	Ukupno prisutno na kraju godine									
	31.12.2016.		31.12.2017.		31.12.2018.		31.12.2019.		31.12.2020.	
	m	ž	m	ž	m	ž	m	ž	m	ž
Zatvorenici	721	14	732	20	631	23	610	16	439	15
Pritvorenici	111	6	91	1	103	1	101	3	69	5
Malolj. zatvor	1	-	1	-	2	-	1	-	1	-
Vas.mj. VPD	9	-	6	-	1	-	10	-	4	-
Prekršajci	1	-	2	-	2	-	7	-	19	-
Ukupno:	843	20	832	21	729	24	720	19	532	20
	863		853		753		739		552	

Prosječna dužina kazne zatvora

Dužina kazne		Osuđeni		Maloljetnički zatvor		VPD		UKUPNO	
		m	ž	m	ž	m	ž	m	ž
2016	Do 1 mjesec	7	-	-	-	-	-	7	-
	Od 1 do 3 mjeseca	19	-	-	-	-	-	19	-
	Od 3 do 6 mjeseci	46	-	-	-	-	-	46	-
	Od 6 mjeseci do 1 god.	57	-	-	-	6	-	63	-
	Od 1 do 2 godine	94	2	-	-	-	-	94	2
	Od 2 do 3 godine	71	3	-	-	-	-	71	3
	Od 3 do 5 godina	96	4	1	-	-	-	97	4
	Od 5 do 10 godina	143	5	-	-	-	-	143	5
	Od 10 do 15 godina	102	3	-	-	-	-	102	3
	Od 15 do 20 godina	69	3	-	-	-	-	69	3
	Od 20 do 45 godina	35	-	-	-	-	-	35	-
Dužina kazne		Osuđeni		Maloljetnički zatvor		VPD		UKUPNO	
		m	ž	m	ž	m	ž	m	ž
2017	Do 1 mjesec	7	-	-	-	-	-	7	-
	Od 1 do 3 mjeseca	19	-	-	-	-	-	19	-
	Od 3 do 6 mjeseci	46	-	-	-	-	-	46	-
	Od 6 mjeseci do 1 god.	57	-	-	-	6	-	63	-
	Od 1 do 2 godine	94	2	-	-	-	-	94	2
	Od 2 do 3 godine	71	3	-	-	-	-	71	3
	Od 3 do 5 godina	96	4	1	-	-	-	97	4
	Od 5 do 10 godina	143	5	-	-	-	-	143	5
	Od 10 do 15 godina	102	3	-	-	-	-	102	3
	Od 15 do 20 godina	69	3	-	-	-	-	69	3
	Od 20 do 45 godina	35	-	-	-	-	-	35	-

Dužina kazne		Osuđeni		Maloljetnički zatvor		VPD		UKUPNO	
		m	ž	m	ž	m	ž	m	ž
2018	Do 1 mjesec	5	-	-	-	-	-	5	-
	Od 1 do 3 mjeseca	14	-	-	-	-	-	14	-
	Od 3 do 6 mjeseci	35	1	-	-	-	-	35	1
	Od 6 mjeseci do 1 god.	38	-	-	-	1	-	39	-
	Od 1 do 2 godine	61	1	-	-	-	-	61	1
	Od 2 do 3 godine	53	3	-	-	-	-	53	3
	Od 3 do 5 godina	62	2	2	-	-	-	64	2
	Od 5 do 10 godina	77	3	-	-	-	-	77	3
	Od 10 do 15 godina	68	4	-	-	-	-	68	4
	Od 15 do 20 godina	41	2	-	-	-	-	41	2
	Od 20 do 45 godina	9	-	-	-	-	-	9	-
Dužina kazne		Osuđeni		Maloljetnički zatvor		VPD		UKUPNO	
		m	ž	m	ž	m	ž	m	ž
2019	Do 1 mjesec	3	-	-	-	-	-	3	-
	Od 1 do 3 mjeseca	20	-	-	-	-	-	20	-
	Od 3 do 6 mjeseci	48	1	-	-	-	-	48	1
	Od 6 mjeseci do 1 god.	36	2	-	-	10	-	46	2
	Od 1 do 2 godine	63	1	-	-	-	-	63	1
	Od 2 do 3 godine	40	-	-	-	-	-	40	-
	Od 3 do 5 godina	95	3	1	-	-	-	96	3
	Od 5 do 10 godina	112	4	-	-	-	-	112	4
	Od 10 do 15 godina	83	4	-	-	-	-	83	4
	Od 15 do 20 godina	68	1	-	-	-	-	68	1
	Od 20 do 45 godina	33	-	-	-	-	-	33	-
Dužina kazne		Osuđeni		Maloljetnički zatvor		VPD		UKUPNO	
		m	ž	m	ž	m	ž	m	ž
2020	Do 1 mjesec	7	-	-	-	-	-	7	-
	Od 1 do 3 mjeseca	15	-	-	-	-	-	15	-
	Od 3 do 6 mjeseci	23	1	-	-	-	-	23	1
	Od 6 mjeseci do 1 god.	30	-	-	-	1	-	31	-
	Od 1 do 2 godine	57	3	-	-	-	-	57	3
	Od 2 do 3 godine	33	1	-	-	-	-	33	1
	Od 3 do 5 godina	64	1	-	-	-	-	64	1
	Od 5 do 10 godina	70	3	1	-	-	-	70	3
	Od 10 do 15 godina	67	4	-	-	-	-	67	4
	Od 15 do 20 godina	32	1	-	-	-	-	32	-
	Od 20 do 45 godina	13	-	-	-	-	-	13	-

Struktura zatvorenika na kraju kalendarske godine po izvršenim krivičnim djelima

Krivična djela	2016	2017	2018	2019	2020
Ubistvo, Teško ubistvo, Ubistvo na mah, Nehatno lišenje života	148	147	138	121	90
Teška tjelesna povreda, Tjelesna povreda	29	15	17	14	16
Silovanje, Rodoskrvnenje	17	15	15	6	8
Polno nasilje nad djetetom, Obljuba nad nemoćnim licem i sl.	16	18	18	24	22
Nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici	11	13	14	8	12
Zloupotreba opojnih droga	79	74	44	72	72
Razbojništvo	94	79	48	45	36
Teška krađa, Razbojnička krađa	85	94	59	44	28
Krađa, Prikrivanje i sl.	15	79	30	12	6
Prevare	5	19	10	7	8
Pranje novca, Utaja poreza i doprinosa	2	9	4	7	2
Zloupotreba službenog položaja i sl.	11	8	9	6	1
Falsifikovanje isprave i drugi oblici falsifikovanja isprava	3	2	2	6	2
Napadi na službena lica i sl.	5	5	8	15	8
Ugrožavanje javnog saobraćaja i sl.	32	3	14	19	18
Genocid, Ratni zločini i druga krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava	120	126	123	124	74
Terorizam	-	1	1	-	-
Falsifikovanje novca	1	1	2	1	1
Organizovani kriminal	26	41	33	40	16
Ostalo	47	43	40	47	44

LITERATURA**Monografije, članci**

- Gartner, B. (1979). Karakteristike francuskog penitencijarnog sistema. *Penologija*, 1-2.
- Jovašević, D. (2005). *Zakon o izvršenju krivičnih sankcija sa uvodnim komentarom*. Beograd: Službeni list.
- Jovašević, D., Stevanović, Z., (2012). *Kazne kao oblik društvene reakcije na kriminal*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
- Mitrović, Lj., Đukić, B., Jovašević, D. (2009). Izvršenje kazne zatvora u Bosni i Hercegovini s posebnim osvrtom na izvršenje u Republici Srpskoj. *Pravna riječ*, 19.
- Nikolić, S., Puljević, V., Orlić, L. (1975). Uloga zdravstvenih radnika u procesu resocijalizacije lica lišenih slobode. *Penologija*, 1.
- Panić, I. (2000). Organizacija i delatnost Uprave za izvršenje zavodskih sankcija u Republici Srbiji. In: *Reforma sistema izvršenja krivičnih sankcija*.
- Soković, S. (2005). Nova rešenja u predlogu Zakona o izvršenju krivičnih sankcija,. In: *Kazneno zakonodavstvo – progresivna ili regresivna rešenja*.
- Stevanović, Z. (2000). Osnovne karakteristike i pravci reforme izvršenja krivičnih sankcija. In:

Reforma sistema izvršenja krivičnih sankcija.

Stevanović, Z., Igrački, J. (2011). Efekti kazne zatvora i institucionalnog tretmana u prevenciji kriminaliteta. *Pravna riječ*, 2.

Vidović, V. (1981). *Kazna lišenja slobode*. Banja Luka: Glas.

Pravni izvori

Zakon o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 63/2018.

Zakon Bosne i Hercegovine o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera u Bosni i Hercegovini, *Službeni glasnik BiH*, br. 22/2016 – prečišćen tekst.

Krivični zakonik Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 64/2017, 104/2018 - odluka US i 15/2021.

Execution of Prison Sentences in the Republic of Srpska**- principles of execution and institutions where prison sentences are carried out -**

Summary: The Criminal Code of the Republic of Srpska prescribes the general purpose of all criminal sanctions and the purpose of punishment. In order for the purpose of punishment to be realized in each specific case, it is necessary that the imposed punishment, especially the prison sentence, be carried out in the manner, according to the procedure and under the conditions determined by the regulations of the executive criminal law (this is a significant number of regulations of the legal and by-law character). The purpose of the execution of criminal and misdemeanor sanctions, according to the provisions of paragraph 1 of article 3 of the Law, is the implementation of final and enforceable court decisions, the protection of society from the commission of criminal offenses and the separation of perpetrators of criminal offenses from the social environment in order to re-educate them, treat them and prepare them for life in freedom, in accordance with the law and social norms. The execution of criminal sanctions fulfills the general and individual purpose of prescribing and imposing them in order to successfully reintegrate the convicted into society, and this purpose is determined in the provision of paragraph 3 of Article 41 of the Criminal Code of the Republic of Srpska (general purpose of all criminal sanctions) and in the provision of Article 43 (purpose of punishment). This paper, based on the positive executive legislation of the Republic of Srpska, talks about the principles of enforcement of perhaps the most important of all criminal sanctions, i.e., certainly the most important punishments today, i.e. prison sentences. In the second part of the paper, the legislative framework is given, which regulates the system of institutions where prison sentences are carried out, as well as other sentences of deprivation of liberty in the Republic of Srpska. And at the end of this work, a particularly important research was presented that provides the reader with statistical data on the movement, i.e. the number of persons who were in penal and correctional institutions of the Republic of Srpska serving prison sentences, detention measures, juvenile prison sentences, educational measures of referral to educational institutions - correctional facility and prison sentences imposed in misdemeanor proceedings, and for the last few years.

Key words: prison sentence, execution of prison sentence, institutions where prison sentence is carried out, Republika Srpska.



This work is licensed under a **Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License**.

DOI: 10.7251/GFP2212079I

UDC: 364.632-053.2:004.738.5

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
24. maj 2022.

Datum prihvatanja rada:
25. jul 2022.

Krivično djelo proganjanje u fizičkom i sajber prostoru

Rezime: Krivično djelo proganjanje uvedeno je u naše krivično zakonodavstvo Krivičnim zakonikom Republike Srpske iz 2017. godine. Radi se o novom krivičnom djelu čije je zakonsko regulisanje zbog njegove prirode veoma teško riješiti na odgovarajući način. Zato se u praktičnoj primjeni javlja niz nedoumica koje se odnose na radnju izvršenja, njen intenzitet i dužinu trajanja, posljedicu i uzročnu vezu. Uz to sudska praksa, a i teorija, još se nalaze u sferi fizičkog i realnog prostora kada posmatraju ovo djelo i njegovu distinkciju prema drugim krivičnim djelima slične prirode. Međutim, ovdje se javlja jedan novi, do sada manje poznat, i slobodno rečeno dominantni prostor u kome se djelo izvršava, a to sajber prostor ili sredina. Zakonsko uređenje aktivnosti u ovom prostoru u Bosni i Hercegovini je u velikom zaostajanju što stvara i velike teškoće kod primjene inkriminacije proganjanja počinjene u virtuelnom svijetu. Upravo o tome, ali se ne ograničavajući isključivo na taj segment, govori autor u ovom radu. Cilj je da se rasčlane bitni elementi ovog krivičnog djela, djelo smjesti u fizički i sajber prostor i ukaže na postojeću i potrebnu zakonodavnu regulativu u krivičnopravnom i širem smislu riječi koja je povezana sa tim zakonodavstvom.

Ključne riječi: proganjanje, radnja izvršenja, sajber prostor, zakonodavstvo.

Veljko Ikanović

*Sudija Vrhovnog suda
Republike Srpske i vanredni
profesor Fakulteta pravnih
nauka, Panevropskog
univerziteta Apeiron Banja
Luka,
veljko.ikanovic@pravosudje.ba*

1. UVOD

U Krivični zakonik Republike Srpske iz 2017. godine¹ (KZ RS) unijeto je više krivičnih djela koja do tada nisu bila poznata u domaćoj pravnoj nauci i zakonodavstvu. O potrebi njihovog pravnog regulisanja prije donošenja zakona nije se vodila naučna i stručna rasprava. Ovdje prije svega mislimo na krivična djela genitalnog sakaćenja žena i proganjanja ali i na određena tradicionalna krivična djela koja su dobila svoju drugačiju formu koja ih udaljava od ustaljenog i tradicionalnog uređenja. Oba prethodno pomenuta krivična djela unijeta su u na osnovu obaveza koja je Bosna i Hercegovina (BiH) preuzela ratifikovanjem Konvencije Savjeta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici² (Istanbul, 11.

¹ Krivični zakonik Republike Srpske 2017. *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 64/17, 104/18, 15/21 i 89/21.

² Konvencija o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici. *Službeni glasnik BiH, Međunarodni ugovori*, br. 19/13.

maja 2011. godine, tzv. Istanbulska konvencija). Istanbulsku konvenciju BiH je ratifikovala 07. avgusta 2013., a stupila je na snagu danom objavljivanja 10.10. 2013. godine i sprovedena je samo u krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske ali nije u ostalim zakonodavstvima u BiH (BiH, Federacije BiH, Brčko Distrikta BiH). Zašto je to tako i zašto je Republika Srpska prva i jedina izvršila konvencijsku obavezu koju je preuzela država, ostaje za razmišljanje i ozbiljniju raspravu, što nije predmet ovog rada ali donekle objašnjava izostanak naučne i stručne rasprave o potrebi i načinu uređivanja ove osjetljive materije.

Istanbulska konvencija nije bliže odredila elemente krivičnog djela proganjanja, nego je samo obavezala države potpisnice da bude inkriminisano umišljajno ponavljanje prijetnji upućenih drugom licu, koje uzrokuju da se ono plaši za svoju bezbjednost (član 34 Konvencije). KZ RS krivično djelo proganjanje propisuje u članu 144, u Glavi XIII Krivična djela protiv sloboda i prava građana. U nastojanju da obuhvati svo nepravdo zakonodavac te radnje opisuje sa jednom dosta uopštenom i djelimično neodređenom definicijom. Osnovni problem takve definicije jeste što većina tih radnji koje u svojoj ukupnosti mogu u određenom kontekstu da predstavljaju proganjanje same po sebi, ako se izolovano posmatraju, nisu u dovoljnoj mjeri štetne da bi zasluživale inkriminisanje, a neke mogu biti i socijalno adekvatne.³ Ovo je krivično djelo unijeto u pojedina evropska krivična zakonodavstva prije usvajanja Istanbulske konvencije (Austrija, Njemačka, Italija), a u neka po njenom usvajanju (Hrvatska – nametljivo ponašanje, Slovenija – uhođenje i dr.). Upravo ta zakonodavstva poslužila su kao model našem zakonodavcu da propiše krivično djelo proganjanje u KZ RS, jer anglosaksonski model koji je znatno stariji nije odgovarajući našem poimanju bića krivičnog djela. Pojam uznemiravanja poznat je u zakonodavstvu Velike Britanije od 1997. godine kada je donesen Zakon o zaštiti od uznemiravanja⁴, a izmijenjen je Zakonom o zaštiti sloboda kojim je kriminalizovano i nametljivo ponašanje jer je uznemiravanje bilo uopšteno i žrtve nisu shvatane ozbiljno. U američkom zakonodavstvu pojam stalking je inkriminisan prvo u Kaliforniji 1990. godine zbog učestalih ubistava u vezi sa prethodnim uhođenjem i uznemiravanjem žrtava tokom osamdesetih godina⁵, a kasnije i u drugim saveznm državama. Ovu inkriminaciju je teško uobličiti u pravnu normu koja određeno obuhvata sva njena obilježja, što se odrazilo i u opisu krivičnog djela u KZ RS. Zakonodavac je pravilno pošao od upornosti i dužeg vremenskog trajanja radnje ali je propustio da odredi podobnost radnje da značajno ugrozi lični život pasivnog subjekta. Umjesto toga on je to pokušao da nadomjesti prelaskom direktno na posljedicu, koju je takođe nesvršenim glagolom „izaziva“ učinio neodređenom. Osim toga ostao je nepokriven jedan širok prostor s obzirom na mjesto, način i sredstvo izvršenja krivičnog djela i posljedicu, a radi se o sajber prostoru koji se razlikuje od realne fizičke sredine u kojoj se većina krivičnih djela izvršava.

Zbog svega toga može se osnovano očekivati da će ovo krivično djelo biti predmet interesovanja pravne nauke, a posebno sudske prakse koja je već zauzela određene stavove o spornim pitanjima vezanim za nedostatke ove odredbe.

³ Stojanović, Z. (2017). Proganjanje-novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije. In: Ignjatović Đ. (ed.) Kaznena reakcija u Srbiji. VII deo, Beograd: Univerzitet u Beogradu - Pravni fakultet, 1.

⁴ Protection from Harassment Act 1997. Preuzeto 19.4.2002. sa <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/40/contents>.

⁵ Online harassment and cyberstalking. Preuzeto 19.4.2002. sa <https://www.privacyrights.org/consumer-guides/online-harassment-cyberstalking>.

2. KRIVIČNO DJELO PROGANJANJE

Kao što smo rekli krivično djelo proganjanje iz člana 144 KZ RS propisano je u glavi krivičnih djela protiv sloboda i prava građana (Glava XIII). Krivično djelo je propisano pod istim nazivom u članu 138a u Krivičnom zakoniku Srbije⁶, glava „Krivična dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina“ (Glava XIV), u slovenačkom Krivičnom zakonu⁷ (KZS) u glavi XVI „Krivična djela protiv ljudskih prava i sloboda“ djelo je propisano u članu 134 a. kao krivično djelo „Uhođenje“, a u hrvatskom Krivičnom zakonu⁸ (KZH) u glavi XIII „Kaznena djela protiv osobne slobode u članu 140 kao krivično djelo „Nametljivo ponašanje“. Vidimo da u svim slučajevima naziv krivičnog djela sadrži kriminološki termin „proganjanje“ ili njemu odgovarajući termin, a objekt zaštite je lična sloboda.

Termin proganjanje nastao je od engleske riječi *stalking* koja označava vrebanje, praćenje i tajno posmatranje.⁹ Ovaj termin teško je doslovno prevesti i odrediti na srpski jezik. U engleskoj se ovaj termin izvorno odnosio na lov divljači u šumi, a na prelazu 20. u 21. vijek podrazumijeva poseban način uznemiravanja ljudi. Od brojnih definicija proganjanja koje su zastupljene u literaturi najsazetija je definicija po kojoj je proganjanje uporno uznemiravanje jedne osobe protivno njenoj volji¹⁰. U KZ RS djelo proganjanje se sastoji u upornom i kroz duže vrijeme praćenju ili uhođenju drugog lica ili u nastojanju uspostavljanja ili u uspostavljanju sa drugim licem direktno ili preko trećeg lica neželjenog kontakta ili na drugi način izazivanju promjene životnih navika, tjeskobe ili straha kod drugog lica za vlastitu sigurnost ili sigurnosti njemu bliskih lica.¹¹

2.1. Radnja izvršenja

Pojedina zakonodavstva se razlikuju u definisanju radnje izvršenja krivičnog djela proganjanja. Razlike se kreću od okvirnog sasvim apstraktnog određenja radnje, do nastojanja da se te radnje konkretizuju prema taktikama i obrascima koje progonitelj primjenjuje. Baz obzira na razlike sva ova zakonska rješenja spaja činjenica da korišćene formulacije upućuju da za postojanje djela nije dovoljan jedan izolovani akt, jednokratno ili incidentno ponašanje, već njegovo ponavljanje.¹²

Radnja izvršenja u KZRS je višestruko alternativno određena kao: a) praćenje i uhođenje, b) nastojanje uspostavljanja – pokušaj dolaženja u kontakt i uspostavljanje kontakta sa drugim licem pod uslovom da je taj kontakt „neželjen“ od strane pasivnog subjekta.

⁶ Krivični zakonik. *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019)

⁷ Kazenski zakonik – KZ-1. *Uradni list RS*, br. 55/08, 66/08, 39/09, 91/11, 50/12, 6/16, 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20 i 95/21.

⁸ Kazneni zakon. *Narodne novine*, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 - Ispravak, 101/17, 118/18, 126/19 i 84/21.

⁹ Kovačević, M. Maljković, M. (2016). *Proganjanje – kriminološki i krivičnopravni aspekti*. Zbornik instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, 35, 85-98.

¹⁰ Kovačević, M. (2018). Proganjanje – opšta razmatranja i uporednopravni pregled. *Strani pravni život*, 1, 57-71.

¹¹ Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017). *Komentar krivičnog zakonika Republike Srpske*. Banja Luka: Službeni glasnik Republike Srpske, 303-304.

¹² Miladinovi-Stefanović, D. (2016). Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 72, 143-162.

Praćenje se sastoji u otvorenom i javnom slijeđenju, nekog lica u njegovom svakodnevnom kretanju, obavljanju poslova, sastancima i drugim životnim aktivnostima. To može biti sačekivanje ispred zgrade i hodanje pored njega ili iza njega, korišćenje istog sredstva javnog prevoza koji se inače ne koristi, dolazak na ista mjesta, restorane, prodavnice, sportske terene, priredbe, koncerte i slično u koje progonitelj inače ne dolazi, niti su u blizini njegovog mjesta života i rada.

Uhođenje je tajno i prikriveno kretanje za pasivnim subjektom, njegovo posmatranje i prikupljanje podataka o njegovim svakodnevnim aktivnostima i navikama. Ono se najčešće ostvaruje prikrivenim posmatranjem iz automobila, skrivanjem iza živica i čoškova zgrada, fotografisanjem, posmatranjem dvogledom, dronom i slično. Uhođenje se definiše kao namjerno i ponavljano prijeteeće ponašanje prema drugoj osobi koje uzrokuje da se ona boji za vlastitu sigurnost. Prijeteeće ponašanje može se sastojati od ponovljenog praćenja druge osobe, uključivanja u neželjenu komunikaciju s drugom osobom ili davanja do znanja drugoj osobi da je se posmatra.¹³

Učinioci ovog krivičnog djela kombinuju više tehnika, pa tako prema jednom holandskom istraživanju progonitelj prosječno primjenjuje šest metoda proganjanja, među kojima se posebno ističe: telefoniranje, uhođenje praćenjem ulicom, dokoličenje pred mjestom stanovanja žrtve, fizičko približavanje žrtvi, neovlašćeno ulaženje u stan i slanje poruka.¹⁴

Što se tiče nastojanja uspostavljanja kontakta ovdje se ne traži da se kontakt stvarno i uspostavi. Ovim se zbog kriminalnopolitičkih razloga kažnjava sam pokušaj krivičnog djela¹⁵ kao svršeno krivično djelo i to jednom dosta ekstenzivnom formulacijom kao što je nastojanje. Radi se o svršenom pokušaju kod koga je pored preduzimanja radnje od strane učinioaca, na određeni način ili određenim sredstvom, ipak ne dolazi do nastupanja posljedice u smislu promjene ili stanja u spoljnom svijetu, pa se ne ostvaruje biće krivičnog djela u potpunosti, već samo djelimično. Nastojanje uspostavljanja kontakta se najčešće ostvaruje fizičkom aktivnošću prilaženja, pokušaja da se razgovara, dodiruje, hvata za ruku, grli i slično. nastojanje uspostavljanja kontakta može da se sastoji u slanju SMS poruka, telefoniranju, slanju mejlova, pisama, cvijeća, raznih poklona, iskazivanju neprimjerene naklonosti i divljenja i slično. To su često aktivnosti koje su dozvoljene i socijalno prihvatljive bez obzira što su neželjene. Na primjer, ukoliko se neko previše često pojavljuje na mjestima gdje i pasivni subjekt, iskazuje mu putem društvenih mreža svoje divljenje ili šalje cvijeće i poklone, moglo bi biti sporno da li se radi o proganjanju ili netaktičnom udvaranju, koje zna biti neprijatno ali ga ne bi trebalo kvalifikovati kao krivično djelo.¹⁶ Međutim kada te radnje i ponašanja pored neželjenosti i upornosti proizvode psihičke i fizičke traume kod pasivnog subjekta, uz ostale pretpostavke, tada ulaze u zabranjenu i kriminalnu zonu i ostvaruju biće krivičnog djela proganjanja.

Za sve ove radnje je bitno da se one preduzimaju na određeni način: uporno i duže vremena. Upornost podrazumijeva veći stepen riješenosti učinioaca da svoju djelatnost ostvari bez obzira na prepreke, odbijanje oštećenog i druge objektivne smetnje koje se

¹³ Konvencija Savjeta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici – Pojašnjavajući izvještaj, od 7. aprila 2011. t. 182.

¹⁴ Malsch, M. (2007). Stalking, Do criminalization and punishment help?. *Punishment & Society*, 9, 205.

¹⁵ Jovašević, D., Mitrović, Lj, Ikanović, V. (2017). *Krivično pravo Republike Srpske Opšti dio* (1. izdanje). Banja Luka: Panevropski univerzitet "APEIRON", Banja Luka, 189-193.

¹⁶ Kovačević (2018), 57-71.

mogu pojaviti nezavisno od njegove volje. Step en upornosti je faktičko pitanje i mora se cijeniti u svakom konkretnom slučaju zavisno od ličnih svojstava učinioca i oštećenog, načina izvršenja, broja preduzetih radnji, sredine u kojoj se preduzimaju, načina odbijanja i pokazivanja od strane pasivnog subjekta da se kontakt ne želi i slično.

Takođe, te radnje moraju biti preduzete u toku dužeg vremena, a koje je to vrijeme faktičko je pitanje. Ovo se krivično djelo određuje kao radnja stalnog, duževremenskog ugrožavanja jednog lica gdje je ono više puta izloženo neželjenoj komunikaciji ili kontaktu. Ovo jeste relativno neprecizna odredba jer ne postoje jasni kriterijumi koji određuju koliko bi period kroz koji se proganjanje odvija trebalo da traje. Ovaj period ne bi smio biti predugačak zbog dodatnog ugrožavanja žrtve ali ni suviše kratak jer je to protivno sadržini same norme. Smatra se da uznemiravanje koje poprima odlike proganjanja ne može da se odvija u periodu koji je kraći od četiri nedjelje.¹⁷ Bez obzira na to ova odredba ukazuje da je za postojanje krivičnog djela potrebno ponavljanje određenih radnji. Međutim, to ne znači da se krivično djelo ne bi moglo izvršiti i jednokratnim preduzimanjem neke radnje (npr. instaliranjem određene aplikacije, saopštenja, fotografije, na društvenim mrežama, bilborda pored puta i slično) koja je svakodnevno vidljiva pasivnom subjektu ili njemu bliskim licima. Bez obzira koliko je istih ili različitih radnji preduzeto uvijek postoji samo jedno krivično djelo proganjanja. Ovdje se ne može primijeniti konstrukcija produženog krivičnog djela jer to njegova priroda ne dozvoljava pošto i kod radnje ponavljanja prema istom pasivnom subjektu i kroz duže vrijeme postoji samo jedno krivično djelo.¹⁸ Pošto ponavljanje određenih radnji ulazi u sam pojam proganjanja ono se u pojedinim evropskim zakonodavstvima izričito unosi u zakonski opis ovog krivičnog djela (npr. član 134a KZ Slovenije „Ko ponovnim posmatranjem...“). Bez obzira što to KZRS izričito ne čini on ipak na to ukazuje postavljajući uslov da se radnja preduzima „kroz duže vrijeme“. Jedna preduzeta radnja, posmatrana sama za sebe, može nekad biti nevažna sa stanovišta bića ovog krivičnog djela. Tako slanje samo jednog pisma, nezavisno od njegovog sadržaja, ne može predstavljati radnju ovog krivičnog djela. Međutim više istih, sličnih ili različitih radnji, kao što su praćenje, telefoniranje, slanje imejla ili poruka na društvenim mrežama, uz ostale uslove uvijek predstavlja radnju izvršenja krivičnog djela proganjanja.

S druge strane, pored radnje nastojanja dosta je neodređeno šta se podrazumijeva pod neželjenim kontaktom. Svako ponašanje koje pasivni subjekt ne želi ne mora biti i krivično djelo jer se time neosnovano i nepotrebno širi zona kriminalne aktivnosti. Sve što je nepoželjno za pasivni subjekt ne mora biti i štetno ili društveno neprihvatljivo, zbog čega se mora težiti njegovom bližem određivanju kroz odbijanje, izbjegavanje zbog njegove štetnosti određenog stepena. Dakle, ono što je neprihvatljivo, uznemirujuće, dekomodirajuće za svakog prosječnog čovjeka, predstavlja određeni zakonski okvir neželjenog.

2.2. Posljedica krivičnog djela

Da bi krivično djelo postojalo radnja izvršenja mora da proizvede određenu posljedicu u vidu izazivanja promjene životnih navika, tjeskobe ili straha kod drugog lica za vlastitu sigurnost ili sigurnosti njemu bliskih lica. Ovdje se radi o posljedičnoj dispoziciji što znači da je radnja izvršenja u ovom slučaju svaka djelatnost koja je po svojoj prirodi i karakteru podobna, odnosno dovoljna da dovede do zakonom predviđene posljedice na

¹⁷ Roberts, K. (2005). Women's Experience of Violence During Stalking by Former Romantic Partners. *Violence Against Women*, 11, 91.

¹⁸ Stojanović, Z. (2017). 1-10.

bilo koji drugi način. Zakonodavac se pravilno opredijelio da ovo krivično djelo bude posljedično, a ne djelatnosno jer bi u suprotnom proširio i onako široku kriminalnu zonu koju uslovljavaju radnje njegovog izvršenja. Time bi pružio širu zaštitu žrtvi ali bi doveo u znatno nepovoljniji položaj potencijalnog učinioca. Ovo krivično djelo je određeno kao krivično djelo povrede jer se zahtijeva da je došlo do ozbiljnih promjena životnih navika pasivnog subjekta i psihičkih posljedica (tjeskobe i straha) za vlastitu ili sigurnost bliskih lica. Izazivanje tjeskobe i straha za vlastitu ili sigurnost bliskog lica je dosta neodređeno i približava ovo krivično djelo deliktima ugrožavanja, što očigledno nije bio cilj zakonodavca. Zahtijeva se kod svih oblika radnje izvršenja da je ona objektivno podobna da ugrozi psihičku stabilnost i spokojstvo pasivnog subjekta.

2.3. Subjektivni element

Krivično djelo proganjanja može se izvršiti samo sa umišljajem, koji mora da obuhvati sve bitne elemente. Kada su u pitanju radnje „na drugi način“ izvršilac mora biti svjestan da te radnje preduzima na način koji izaziva promjene životnih navika, tjeskobu, ili strah za vlastitu ili sigurnost bliskog lica prema kome te radnje preduzima i da to hoće. Što se tiče vrste umišljaja smatramo da treba uzeti kako je neophodno da postoji direktni umišljaj. To proizilazi iz same prirode preduzete radnje koja se preduzima uporno i kroz duže vrijeme, želeći da prouzrokuje navedene promjene u životi pasivnog subjekta. Zakonodavac je u zakonski opis unio da se radnja preduzima uporno i duže vrijeme, pa je tim pojmom obuhvatio osim subjektivnih i objektivne elemente. Ovo rješenje je inače potpuno preuzeto iz Hrvatskog krivičnog zakona, dok Slovenači zakon sadrži i odrednicu ponavljanja.

2.4. Kvalifikovani oblik djela

Teži oblik djela za koji je propisana stroža kazna zatvora postoji ako je učinilac radnju izvršenja preduzeo prema određenom licu (gdje je svojstvo pasivnog subjekta kvalifikatorna okolnost) – odnosno prema: a) sadašnjem ili bivšem bračnom ili vanbračnom partneru, b) licu sa kojim je bio u intimnoj vezi i c) djetetu. Određujući svojstvo pasivnog subjekta kao kvalifikatornu okolnost zakonodavac osnovano polazi od određenih porodičnih i emotivnih veza jer ta lica su često najranjivija i na meti izvršilaca krivičnog djela proganjanja. Ostaje nejasno zašto se zakonodavac nije opredijelio da kao kvalifikatornu okolnost propiše i težu posljedicu koja često prati ovo krivično djelo. Tako njemački krivični zakon, po značaju i ozbiljnosti, razlikuje dva slučaja: kada učinilac izazove opasnost od nastupanja smrti ili ozbiljne povrede žrtve, njenog srodnika ili drugog bliskog lica, odnosno kada je njegovom radnjom prouzrokovana smrt žrtve, njenog srodnika ili drugog bliskog lica (član 238 stav 2 i 3).¹⁹

3. PROGANJANJE U SAJBER PROSTORU

Ubrzani tehnološki razvoj uslovio je da se razvije jedan novi, od fizičkog i realnog, drugačiji prostor vršenja krivičnih djela. Ovaj prostor nije opipljiv i prostim okom vidljiv ali su mogućnosti koje pruža za svaki vid komunikacije i razmjene podataka neograničene. U savremenom globalnom svijetu teško je zamisliti život bez kompjutera, „pametnih“ smart telefona i interneta. Svakodnevnim širenjem informacionih mreža korišćenje interneta postaje dostupno skoro svakom čovjeku, što ujedno predstavlja i izazov ali i svojevr-

¹⁹ Miladinović-Stefanović (2016), 144-162.

snu prijetnju za ličnu bezbjednost i privatni život. Prateća pojava stvaranja takve sredine su i novi oblici kriminala, koji zbog načina izvršenja krivičnih djela i njihovih posljedica zahtijevaju adekvatnu krivičnopravnu zaštitu. Korišćenjem informaciono-komunikacionih tehnologija uobičajena krivična djela dobijaju nove oblike i načine izvršenja. To se odnosi i na krivično djelo proganjanja koje se sve češće vrši u sajber prostoru koji zbog distance, zaštićenosti, prikrivenosti i težine otkrivanja pogoduje njegovim učiniocima.

3.1. Pojam sajber prostora i normativno uređenje

Pod sajber (eng. Cyber) prostorom, podrazumijeva se „vrsta zajednice“ sačinjena od mreže računara u kojoj se elementi klasičnog društva nalaze u obliku bitova i bajtova odnosno, prostor koji kreiraju računarske mreže. Sajber prostor, dakle, predstavlja nematerijalni, neograničeni interaktivni prostor kreiran od računarskih mreža. Sajber prostor je vještačka tvorevina nastala kao rezultat društvenih potreba i tehnoloških inovacija. Pruža ogromne mogućnosti i u informacionom društvu predstavlja dominantni medij komunikacije. To je prostor različitih sadržaja koji je postao integralni dio života pojedinaca, poslovanja i funkcionisanja država.²⁰

Poseban segment sajber prostora jeste društvena mreža, kao vrsta internetske usluge, koji se najčešće javlja u obliku platforme, prozora ili web-stranice. To je internetski prostor, koji služi za međusobno povezivanje korisnika. Danas postoje stotine ovakvih servisa, a među najpoznatijima su: Facebook, Twitter, Instagram i YouTube.²¹ Društvene mreže su danas dominantan prostor u kome se ostvaruje elektronska komunikacija između različitih korisnika sa međusobno bliskih ili udaljenih prostora. Internetski prostor je čovječanstvu donio veliki napredak, unaprijedio razvoj nauke, olakšao poslovanje, komunikaciju i razmjenu podataka. Osim napretka on je donio i nove vidove veoma opasnog i teško razumljivog kriminala, koji se, pored ostalog, nastoji spriječiti i krivičnim zakonodavstvom. Shvatajući značaj internet kriminala međunarodne organizacije su počele da razmatraju mogućnost njegovog sprečavanja na globalnom nivou. U tom smislu donijeto je niz univerzalnih i regionalnih dokumenata koji nastoje da stvore podlogu za jedinstveno djelovanje u sprečavanju djela koja narušavaju sigurnost kompjuterskih sistema i interneta. Jedan od najznačajnijih je Konvencija o kibernetičkom kriminalu (Budimpešta, 23.11.2001.)²², koja od država potpisnica zahtijeva propisivanje krivične odgovornosti u vezi „napada na intelektualnu svojinu i odnosna prava“ (član 10-13). Shodno toj Obavezi mnoge države, uključujući i BiH, su propisale krivična djela kompjuterskog kriminala. U krivičnom zakoniku Republike Srpske ova krivična djela su propisana u posebnoj glavi XXXII „Krivična djela protiv bezbjednosti kompjuterskih podataka“. Ova krivična djela su samo djelimično primjenjiva na krivično djelo proganjanja i ne pružaju dovoljnu zaštitu u određenim specifičnim situacijama, a s druge strane ni opis tog krivičnog djela ne sadrži odrednicu koja se odnosi na radnje preduzete u sajber prostoru. Sve to ostavlja prostor za naučnu raspravu i kreiranje stavova sudske prakse, o čemu će biti riječi u narednim dijelovima teksta. Uređenje sajber prostora, a posebno prostora elektronske komunikacije i društvenih mreža, zahtijeva donošenje niz drugih propisa. Bosna i Hercegovina je donijela Zakon o komu-

²⁰ Vuletić, V. D. (2017.). Upotreba sajber prostora u kontekstu hibridnog ratovanja. *Vojno delo*, 69, Beograd: Ministarstvo odbrane Republike Srbije, Institut za strategijska istraživanja, 308-325.

²¹ Preuzeto 20.4.2022, sa https://hr.wikipedia.org/wiki/Dru%C5%A1tvena_mre%C5%BEa.

²² Konvencija o kibernetičkom kriminalu. *Službeni glasnik BiH, Međunarodni ugovori*, br. 6/06.

nikacijama²³ kojim je, između ostalog, osnovana Regulatorna agencija za komunikacije BiH, kao tijelo koje prati, nadzire i sankcioniše ovu oblast. Ovaj zakon se skoro uopšte ne bavi elektronskim komunikacijama, dok je većina evropskih država donijela posebne zakone kojima su uredile tu oblast. Elektronska komunikacija je novo izazovno područje koje zahteva pravno regulisanje, pa svaka država zakonima i podzakonskim aktima reguliše ponašanje na internetu u svojim nacionalnim granicama. Međutim, država se ne može ograničiti samo na državne granice jer su elektronski odnosi ili elektronska komunikacija globalnog karaktera.²⁴ Bosna i Hercegovina je prema Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju još sredinom 2016. trebala imati usvojen zakon o elektronskim medijima ali tu obavezu i usklađivanje do danas nije ispunila. Pomenuti zakon trebao bi riješiti više izuzetno važnih pitanja, kako u oblasti komunikacija, tako i u oblasti elektronskih medija. Samo da ukažemo na to da je hrvatski Zakon o elektroničkim medijima²⁵ riješio važno pitanje u procesu suzbijanja govora mržnje, tako što je jasno definisan postupak, odgovornost i sankcije za korisničke komentare ispod članaka na internet portalima. Vlasnik medija, odnosno izdavač ukoliko ne želi biti kažnjen dužan je registrovati korisnika/komentatora i jasno naznačiti koje sankcije komentator može snositi za govor mržnje. Suština je da za govor mržnje u komentarima odgovaraju njihovi stvarni autori, a ne mediji. Medij je odgovoran za registraciju korisnika, dužan je upozoriti komentatora na vidljivom mjestu o sankcijama te jasno sarađivati sa pravosuđem u procesu suzbijanja govora mržnje. Slični zakoni su donijeti u Srbiji i Crnoj Gori. S obzirom na društvenu odgovornost, ali i preuzetu evropsku tekovinu BiH ima imperativ donošenja ovog zakona, kako bi se konačno uvela kontrola i u ovu oblast medijskog djelovanja, zaštitila sloboda govora, a spriječio govor mržnje i proganjanje koje se sve češće vrši putem ovih medija. Nedostatak odgovarajućeg pravnog uređenja cyber prostora direktno doprinosi rasprostranjenosti cyber proganjanja.

3.2. Proganjanje u virtuelnom svijetu

Proganjanje (uhodjenje ili nametljivo ponašanje) u virtuelnom svijetu naziva se Cyberstalking (*engl. cyber – elektronika i stalking – proganjanje*) i predstavlja pojavu koja je prijetnja za sve korisnike, bilo da su pojedinci, grupe ili organizacije. Ono podrazumijeva krađu identiteta i sličnih informacija, nadziranje i praćenje, vrebavanje maloljetnika za seksualno iskorišćavanje, javno optuživanje, klevetanje, sadržaj kojim se prijeti i uznemirava neko lice, često da se unizi, postidi kako bi se ostvario lični interes ili da se kod njega izazove strah i nesigurnost za svoju ili bezbjednost bliskih lica ili da mu se nanese materijalna šteta. Proganjanje na internetu odnosi se na upotrebu elektronske komunikacije za proganjanje drugog lica ponavljajućom, uznemirujućom i prijetjećom komunikacijom. Ono uključuje prikriveno praćenje i slijeđenje u svrhu uznemiravanja i više prijetnji od samog uznemiravanja. Kod pasivnog se subjekta javlja uvjerenje kako će proganjanje na internetu prerasti u fizičko zbog čega se javlja strah za sopstvenu ili sigurnost bliskih lica, jer se prijetnje odnose na povređivanje, zastrašivanje i neprijatne komentare.²⁶ Posljedice mogu biti veoma teške kao što su gubitak sigurnosti, samopouzdanja, posla, emotivnog

²³ Zakon o komunikacijama. *Službeni glasnik BiH*, br. 31/03, 75/06, 32/10 i 98/12.

²⁴ Dimitrijević, P. (2011). Pravna regulativa elektronske komunikacije i pravo na privatnost. *Zbornik radova*. Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 199–211.

²⁵ Zakon o elektroničkim medijima. *Narodne novine*, br. 111/21.

²⁶ Velki, T., Šolić, K. (2019). *Izazovi digitalnog svijeta*. Osijek: Fakultet za odgojne i obrazovne znanosti Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 110.

partnera, promjene radnih i društvenih navika i odnosa. Nasilje, shvaćeno u najširem smislu, počinjeno upotrebom interneta svakako je u porastu posebno s obzirom na činjenicu da internet ima značajnu ulogu u našem svakodnevnom životu.

Već smo rekli da krivična djela protiv bezbjednosti kompjuterskih podataka ne pružaju zaštitu od krivičnog djela proganjanja putem društvenih mreža. Proganjanje putem društvenih mreža je nešto što nije vidljivo, opipljivo, materijalno je teško određivo i zbog toga se javljaju dileme da li i kako je moguće upodobiti radnje koje se preduzmu u virtualnom svijetu sa radnjama koje zakon propisuje i koje većina posmatra u realnoj fizičkoj sredini. Ukoliko razumijemo virtualni svijet i sajber sredinu to je i te kako moguće jer se danas veći dio proganjanja upravo i dešava u toj sredini, daleko od očiju i izvan fizičke stvarnosti. Ovdje se radnje preduzimaju u sajber prostoru, a posledice u vidu fizičkog i psihičkog narušavanja integriteta nastaju u radnom, tradicionalnom fizičkom i opipljivom prostoru i na ljudskom biću ili njegovim materijalnim dobrima. Radi toga ova vrsta pojave zahtijeva adekvatno pravno, prvenstveno krivičnopravno, regulisanje jer od toga direktno zavisi njena učestalost i rasprostranjenost.

Cyberstalking se javlja u tri oblika kao: 1. internet proganjanje koje se ostvaruje putem društvenih mreža, stranica, foruma i slično, 2. kompjutersko proganjanje preko neovlašćene kontrole kompjutera pasivnog subjekta i 3. proganjanje putem imeila preko neposredne komunikacije putem poruka.

Za internet proganjanje izvršilac krivičnog djela najčešće koristi legalno i neoprezno objavljene lične podatke oštećenog, poput brojeva telefona, imeil adrese i slično. Proganjanje započeto na internetu ima tendenciju da se preseli u fizički prostor, sa ozbiljnim posljedicama poput silovanja i ubistva.

Kompjutersko proganjanje može da započne od trenutka kada se kompjuter oštećenog konektuje na internet jer progonitelj od tada može da direktno komunicira sa oštećenim. Jedina mogućnost odbrane je potpuno diskonektovanje jer se radi o situaciji kao kod dizanja i spuštanja telefonske slušalice. Proganjani na taj način pokazuje i da odbija svaki kontakt i da ne želi uspostavljanje veze sa progoniteljem.

Proganjanje putem imeila se ostvaruje slanjem većeg broja imeilova različitog sadržaja na mejl oštećenog do koga je izvršilac došao slučajno ili mu ga je oštećeni dao. Odbijanje direktnog odgovora ili samo stavljanje do znanja da se ne želi kontakt, blokiranje kontakta i dolaznih mejlova, prijavljivanje administratoru društvene mreže, ostvaruje elemente upornosti i duževremenosti koju naš zakonodavac zahtijeva za postojanje krivičnog djela.

Ovdje je za utvrđivanje postojanja dužeg vremena i upornosti potrebno cijeniti na koji način oštećeni reaguje na napade koji se prema njemu preduzimaju. Oštećeni se može braniti od ovih napada: 1. ignorisanjem, 2. opomenom, 3. blokiranjem, 4. prijavom administratoru i 5. prijavom organima gonjenja.²⁷ Prvi, i najčešći, odgovor na napad je ignorisanje napadača što može da dovede do odustajanja od napada. Napadač želi da pasivni subjekt uvuče u komunikaciju, čime otvara prostor za manipulaciju, pritiske, ucjene, vrijeđanja i slično. Drugi način je pismeno opominjanje napadača da prekine sa komunikacijom ili će u protivnom snositi posljedice u vidu krivičnog gonjenja, a zatim prekidanje svake komunikacije sa napadačem. Treći odgovor je blokiranje putem opcije koja je dostupna na skoro svim društvenim mrežama i portalima i imeil platformama. Ovim se napadaču ja-

²⁷ Cyberstalking kao tendencija prelaska sa interneta na fizičko nasilje. Preuzeto 20.4.2022, sa <http://globalanalitika.com/cyberstalking-kao-tendencija-prelaska-sa-interneta-na-fizicko-nasilje/>.

sno stavlja do znanja da se sa njim ne želi upuštati u bilo koji vid komunikacije. Četvrti odgovor na napad je prijava administratoru sa zahtjevom da se ukolno određeni sadržaji koji napadač upućuje pasivnom subjektu (uvredljivi i prijeteci sadržaji). Međutim prijava administratoru može da bude i način izvršenja radnje od strane napadača. Napadač često sasvim primjerene i korektne objave i komunikaciju žrtve prijavljuje administratoru kao neprimjerenu, seksističku, sa mržnjom, rasnu i slično, sa ciljem da onemogući komunikaciju i vidljivost odgovarajućih objava koje žrtva postavlja na svom profilu u slično. Na taj način smanjuje vidljivost i pristupačnost žrtvinih objava, smanjuje broj pratilaca profila (npr. na instagramu), što izaziva psihičke traume, borbu da se to stanje prevaziđe, strah od nepoznatog i strah da virtuelno ne prijeđe u fizičko nasilje. Ovo može da ima i velike ekonomske posljedice, pogotovo ukoliko pasivni subjekat ima postavljen profil putem koga ostvaruje određenu poslovnu djelatnost i finansijsku dobit. Peti odgovor je prijava organima gonjenja koji, po pravilu slijedi kada žrtva iscrpi sve prethodne načine odbrane i zaštite svog integriteta. Upravo zbog toga je najtrebnije zakonsko uređenje ove materije jer organima gonjenja je neophodan odgovarajući zakonodavni okvir da bi mogli efikasno da otkrivaju učinioca koji mreži pristupa preko lažnog identiteta, putem servera koji se nalaze u inostranstvu, a što nije moguće bez međunarodne krivičnopravne pomoći.

U novije vrijeme krivično pravo nastoji da razvije odgovarajuće odgovore na virtuelne modalitete specifičnim opisima krivičnih djela i predviđanjem odgovarajućeg sistema krivičnopravnih sankcija. Radi toga među mjerama bezbjednosti postoji i zabrana pristupa internetu koju sud može izreći učiniocu, a koja se sastoji u potpunoj zabrani pristupa internetskim sadržajima i onemogućavanju izražavanja sopstvenih shvatanja i pogleda u virtualnom svijetu na određeno vrijeme. Mjerom se nastoji specijalno preventivno djelovati na učinioca kako ne bi ponovno počinio krivično djelo, odnosno nastoji se sprječavati recidivizam.²⁸ Ovakvu mjeru sigurnosnu mjeru zabrane pristupa internetu sadrži hrvatsko krivično zakonodavstvo. Sud mora obavijestiti regulatorno tijelo nadležno za elektronske komunikacije koje će osigurati njezino provođenje.

Krivični zakonik Republike Srpske sadrži širok spektar manje ili više sprovedivih mjera bezbjednosti ali ne i mjeru bezbjednosti koja bi učiniocu krivičnog djela putem interneta ili društvenih mreža zabranjivala pristupa internetu. Ovo jeste ozbiljan nedostatak sistema krivičnih sankcija koji je potrebno u što skorije vrijeme otkloniti. Međutim, kao što smo rekli BiH nije donijela zakon o elektronskim komunikacijama kojim bi bilo određeno i tijelo koje bi ovakvu mjeru bezbjednosti izvršavalo. Zato je potrebna brza zakonodavna djelatnost na ovom polju jer se u oblasti krivičnog i pratećeg zakonodavstva ozbiljno kasni za stvarnim stanjem u sajber prostoru i internet komunikacijama, pa tako i u potpunom inkriminisanju i sankcionisanju krivičnog djela proganjanja.

4. ZAKLJUČAK

Proganjanje kao krivično djelo relativno se skoro pojavilo u našem krivičnom zakonodavstvu. Ono još uvijek nije dovoljni razmatrano u nauci krivičnog prava, a sudska praksa nastoji da određene zakonske nedorečenosti i praznine objasni i dopuni zauzimanjem odgovarajućih stavova. Kada je u pitanju ovo krivično djelo može se i u uporednom pravu primijetiti živa aktivnost, kako na normativnom, tako i na praktičnom polju. Tradicional-

²⁸ Herceg Pakšić, B. (2019.). Virtualna komunikacija i izazovi kaznenog prava novog doba. In: Velki, T., Šolić, K. (eds.) *Izazovi digitalnog svijeta*. Osijek: Fakultet za odgojne i obrazovne znanosti Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 167.

no shvatanje da se zaštita obezbjeđuje i kroz krivično djelo ugrožavanje sigurnosti postalo je prvažideno pred uvjerljivim argumentima koje iznosi nauka i pokazuje praksa. Potrebu ove posebne inkriminacije više niko ozbiljnim argumentima i ne može da ospori. Radi se samo o tome da je neophodno postojeća zakonska rješenja dopuniti i proširiti na takav način da jasno odrede sve neophodne elemente bića krivičnog djela. Ovdje, prije svega mislimo, na trajanje i ponavljanje radnje ali i na dopunjavanje kvalifikovanim oblikom krivičnog djela prema posljedici koju je proizvelo. Posebno se mora u opisu djela unijeti i radnja izvršenja putem interneta i društvenih mreža jer se proganjanje danas sa realnog fizičkog prostora seli u sajber prostor. S druge strane ono iz sajber prostora proizvodi direktnu posljedicu u realnoj fizičkoj sredini i na fizičkom licu, pasivnom subjektu ili njegovom drugom dobru. Sve to traži stalnu aktivnost zakonodavca, posebno u oblasti pratećeg nekrivičnog zakonodavstva od koga zavisi primjena krivične norme i određene sankcije, kao što su mjere bezbjednosti. Osim toga, ako imamo u vidu složenost ove materije, sve to zahtijeva stalno usavršavanje organa otkrivanja i gonjenja i angažovanje dodatnih materijalnih sredstava i ljudskih resursa. Krivično zakonodavstvo Republike Srpske učinilo je dobre početne korake na ovom polju, što se mora cijeniti, ali je neophodno dalje dopunjavanje i poboljšavanje opisa krivičnog djela proganjanja ali i krivičnih djela protiv bezbjednosti kompjuterskih podataka koja su u tijesnoj vezi sa ovim krivičnim djelom kada se ono izvršava putem interneta i društvenih mreža. Takođe neophodno je da se propišu i odgovarajuće mjere bezbjednosti poznate u uporednom krivičnom zakonodavstvu i da se elektronske komunikacije uredi zakonom, kao što to zahtijevaju i obaveze koje je BiH preuzela u postupku pristupanja Evropskoj uniji.

LITERATURA

Monografije, članci

- Dimitrijević, P. (2011). Pravna regulativa elektronske komunikacije i pravo na privatnost. *Zbornik Radova*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu.
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017). *Krivično pravo Republike Srpske Opšti dio* (1. izdanje). Banja Luka: Panevropski univerzitet "APEIRON".
- Kovačević, M. Maljković, M. (2016). Proganjanje – kriminološki i krivičnopravni aspekti. Beograd: *Zbornik instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, 35.
- Kovačević, M. (2018). Proganjanje – opšta razmatranja i uporednopravni pregled. Beograd: *Strani pravni život*, 1.
- Malsch, M. (2007.). Stalking, Do criminalization and punishment help?, *Punishment & Society*, 9, 205.
- Miladinović-Stefanović, D. (2016). Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 72.
- Roberts, K. (2005). Women's Experience of Violence During Stalking by Former Romantic Partners. *Violence Against Women*, 11.
- Stojanović, Z. (2017). Proganjanje-novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije. In: Ignjatović Đ. (ed.) *Kaznena reakcija u Srbiji. VII deo*, Beograd: Univerzitet u Beogradu - Pravni fakultet, 1.
- Vuletić V. D. (2017.). Upotreba sajber prostora u kontekstu hibridnog ratovanja. *Vojno delo*, 69. Beograd: Ministarstvo odbrane Republike Srbije, Institut za stratejska istraživanja.
- Velki, T., Šolić, K. (2019). *Izazovi digitalnog svijeta*. Osijek: Fakultet za odgojne i obrazovne znanosti Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku.

Pravni izvori

Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017). *Komentar krivičnog zakonika Republike Srpske*. Banja Luka: Službeni glasnik Republike Srpske.

Krivični zakonik Republike Srpske 2017. *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 64/17, 104/18, 15/21 i 89/21.

Krivični zakonik. *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019).

Kazenski zakonik – KZ-1. *Uradni list RS*, br. 55/08, 66/08, 39/09, 91/11, 50/12, 6/16, 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20 i 95/21.

Kazneni zakon. *Narodne novine*, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 - Ispravak, 101/17, 118/18, 126/19 i 84/21.

Konvencija o kibernetičkom kriminalu. *Službeni glasnik BiH, Međunarodni ugovori*, br. 6/06.

Zakon o komunikacijama. *Službeni glasnik BiH*, br. 31/03, 75/06, 32/10 i 98/12.

Zakon o elektroničkim medijima. *Narodne novine*, br. 111/21.

Internet izvori

Cyberstalking kao tendencija prelaska sa interneta na fizičko nasilje. Preuzeto 20.4.2022, sa <http://globalanalitika.com/cyberstalking-kao-tendencija-prelaska-sa-interneta-na-fizicko-nasilje/>;

Online harassment and cyberstalking. Preuzeto 19.4.2022, sa <https://www.privacyrights.org/consumer-guides/online-harassment-cyberstalking>;

Protection from Harassment Act 1997. Preuzeto 19.4.2022, sa <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/40/contents>;

Criminal Offense Persecution in Physical and Cyber Space

Summary: The criminal offense of persecution was introduced into our criminal legislation by the Criminal Code of the Republika Srpska from 2017. This is a new criminal offense whose legal regulation, due to its nature, is very difficult to solve in an appropriate way. Therefore, in practical application, there are a number of doubts related to the act of execution, its intensity and duration, consequence and causal relationship. In addition, case law, as well as theory, are still in the sphere of physical and real space when they observe this act and its distinction from other crimes of a similar nature. However, there is a new, so far less known, and freely speaking dominant space in which the work is performed, and that is cyberspace or environment. The legal regulation of activities in this area in Bosnia and Herzegovina is very late, which creates great difficulties in the application of the incrimination of persecution committed in the virtual world. This is exactly what the author is talking about, but not limited to that segment. The goal is to dissect the essential elements of this crime, place the crime in physical and cyberspace and point out the existing and necessary legislative regulations in criminal law and in a broader sense of the word that are related to that legislation.

Keywords: persecution, enforcement action, cyberspace, legislation.



This work is licensed under a **Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License**.

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
1. jun 2022.

Datum prihvatanja rada:
25. jul 2022.

Qualifying Characteristics of Common Law Marriage

Abstract: This article focuses on the qualifying characteristics of a common law marriage, as an informal community of a man and a woman, which has to fulfill certain prescribed conditions in order to produce certain legal actions. Therefore, we start from the hypothesis that the qualifying characteristics of common law marriage can be determined on the basis of the legal definition of common law marriage, which is conditioned by social, historical and legal perceptions of common law marriage. The aim of this article is to determine the qualifying characteristics of common law marriage in a comparative legal context, their critical analysis and determination of qualifying characteristics and definition of common law marriage in positive law and the future Family Law in Republika Srpska. This gives importance and relevance to this paper. The comparative legal context includes both the countries of the former SFRY and some European countries.

Key words: qualifying characteristics, common law marriage, marriage, elements of common law marriage, family, inheritance.

Đorđe Raković

Associate professor, Faculty of Law University of Banja Luka, djordje.rakovic@pf.unibl.org

1. INTRODUCTION

Common law marriages as certain communities of life are recognized today, not only as precursors of marriage, but also as special institutions that law has begun to respect. Although it seems that this is primarily a family law institute, this topic is important not only for family law, but also for social welfare, inheritance and other rights and areas of life.

Qualifying characteristics of common law marriage represent the basic elements for its normative and actual existence. These characteristics qualify community of life between two people as common law marriage. The constitutive elements of the common law marriage are those which will be discussed in this article, starting from theoretical determinations, through legislative regulation to case law and certain scientific proposals. These elements differ depending on the sociohistorical context and understanding of the common law marriage. The legal or normative understanding of common law marriage is closely related to that. Based on the comparative legal analysis, in order to adopt the best definition of this union in posi-

tive law it is necessary to determine the key qualifying characteristics of the common law marriage. This becomes especially important having in mind that according to the latest information from the Ministry of Justice of the Republika Srpska, they are working on the adoption of a new Family Law, so we can consider the best definition of common law marriage. This gives importance and relevance to this paper, where the possible elements of common law marriage are exclusively analyzed.

Having all the above in mind, this paper starts from the hypothesis that the qualifying characteristics of common law marriage can be determined on the basis of the legal definition of common law marriage which is conditioned by social, historical and legal perceptions of common law marriage. The aim of this article is to determine the qualifying characteristics of common law marriage in a comparative legal context, their analysis, and to determine the qualifying characteristics and definition of common law marriage in positive law and the future Family Law of the Republika Srpska. The comparative legal context includes both the countries of the former SFRY and some European countries. All of the above will be achieved by applying scientific and research methods. The presentation plan includes review of formal sources of law on the qualifying characteristics of common law marriage, analysis of legal literature on these characteristics with historical and comparative legal aspect, determination of qualifying characteristics of common law marriage in case law, consideration of proving common law marriage as a qualifying feature and analysis of these features of common law marriage in the Draft Family Law of the Republika Srpska, 2022.

2. FORMAL SOURCES OF LAW ON THE QUALIFYING CHARACTERISTICS OF THE COMMON LAW MARRIAGE

Determining the sources of law according to which the qualifying characteristics of common law marriage can be identified should start from the constitution as the chief legal act. After that, it is useful to look at the legal matter, primarily the countries of the former SFRY. The Constitution of the Republika Srpska contains more general norms and does not precisely regulate this matter. The Constitution of the Republika Srpska does not mention or regulate common law marriage or its effects. Only two provisions can be significant: equalization of children born out of wedlock and in marriage, and leaving the law to regulate marital and family relations (Article 36). Therefore, the Constitution of the Republika Srpska does not contain explicit provisions, even if they refer to common law marriage. This is an example of an approach to common law marriage in constitutional matters.

A different approach leaves the law to regulate the common law marriage, or its definition and qualifying characteristics, and the legal effects of the common law marriage as well. The Constitution of the Republic of North Macedonia leaves to the law the regulation not only of legal relations in marriage and family as the Constitution of the Republika Srpska does, but also of common law marriage (Article 40).

The third approach is reflected in the Constitution of the Republic of Serbia, where the constitution determines the equalizing effect of common law marriage and marital union. It contains a reference provision to the legal regulation of the effects of the common law marriage, but also an explicit provision that the common law marriage is equal to the marital one, in accordance with the law (Article 65).

Last approach hypothetically singles out the constitutional regulation of common law marriage or adopting a definition that contains the qualifying elements of the common law

marriage. This would be possible during social change perception on common law marriage, even when the concept of common law marriage is changed through a referendum vote of citizens.

The Family Law of the Republika Srpska¹ defines common law marriage as a community of a woman and a man which is not legally regulated in the manner prescribed by this law, and is equal to the marital union in terms of the right to mutual support and other property relations, under the conditions and manner prescribed by this law (Art. 12). This provision contains an editorial mistake, the plural - "men". Slobodan Panov's observation about the clumsy formulation of the common law marriage in the law of the Republika Srpska is interesting. Common law marriage is defined as a community of a woman and a man that is not legally regulated in the manner prescribed by law. Panov believes that the common law marriage is legally regulated in the manner prescribed by law, and it only lacks the form provided for marriage.²

According to the Family Law of the Federation of Bosnia and Herzegovina³, it is emphasized that common law marriage is defined in terms of the Family Law, or for the purposes of this law, and is more detailed in terms of qualifying characteristics. It is defined as a union of a woman and a man who are not married or in common law marriage with another person, which lasts at least three years or less if partners have a common child (Art.3).

As in the Family Law of the FBiH the same definition is contained in the Family Law of the Brčko District of BiH (Art. 5)⁴ as well. This law adds a provision on equalization with the marital union in terms of the right to mutual support and other property relations, under the conditions and in the manner prescribed by this law, like in the Family Law of the Republika Srpska. These laws in BiH do not name persons entering into a common law marriage (eg common law spouses or partners).

On the other hand, the Family Law of the Republic of Serbia⁵ appoints persons who enter into a common law marriage (common law partners), and defines a common law marriage as a more permanent union of a woman and a man, between whom there are no impediments to marriage (Article 4). It regulates the actions of the common law marriage, through a more general formulation, by saying that common law partners have the rights and obligations of a spouse under the conditions determined by this law.

Family Act in the Republic of Croatia⁶ understands common law marriage as a cohabitation (which is the same as the cohabitation in other laws) of an unmarried woman and an unmarried man (which highlights the impediments to marriage that common law partners may not be married) that lasts at least a year, and shorter if partners have a common child or if the relationship has been succeeded by marriage (the latter is a very interesting alternative condition related to the permanence of the common law marriage as a qualifying feature). This law regulates in more detail the effects of the extramarital union and discrimination in relation to the marital one.

¹ *Official Gazette of Republika Srpska*, no. 54/2002, 41/2008 and 63/2014.

² Panov, S. (2016). *Porodično pravo*. Belgrade: Faculty of Law in Belgrade, 149.

³ *Official Gazette of the Federation of BiH*, no. 35/2005, 41/2005 and 31/2014.

⁴ *Official Gazette of the Brčko District of BiH*, no. 23/2007.

⁵ *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 18/2005 and 6/2015.

⁶ *Narodne novine*, br. 103/15 i 98/19. *Official Gazette*, no. 103/15 and 98/19.

In Montenegro, the Family Law⁷ systematically, in several provisions, reveals certain qualifying characteristics of the common law marriage, saying when it will be equal with the marital one. Based on that, it is concluded that it is a living community of a man and a woman lasting at least three years or less if partners have a common child or if, as in Croatian law, the relationship has been succeeded by marriage, provided that at the time of establishment there were no impediments to concluding a valid marriage (Art. 12).

The Law on Marriage and Family Relations in Slovenia⁸ understands common law marriage as a more permanent living community of a woman and a man who have not concluded marriage provided there is no reason by which marriage between them would be invalid (Art.12). In the first part of the provision the Family Law of the Republic of North Macedonia⁹ similarly defines common law marriage as a living community of a man and a woman which is not established in accordance with the provisions of this law, but adds in the definition that it must last at least a year (Art. 13). This is also the shortest period, in terms of the duration of the common law marriage, known to the regulations in the territory of the former SFRY. Unlike such solutions, the family legislation of the Republika Srpska in some legal institutes (support, property relations of spouses) speaks more precisely about the duration of common law marriage, but this is not equal for all cases because the permanence of common law marriage is not included as a qualifying feature in the definition of common law marriage, where it belongs.

In addition, there are other regulations that mention common law marriage.

Art. 201 of the Law on Obligations Act (LOA)¹⁰ uses the term common law partners and in the part about compensation for non-pecuniary damage talks about common law partners with more permanent living community. The term “common law marriage” is also used in Art. 381 LOA in part of obsolescence claims. The only qualifying circumstance that can be learned from the LOA is that it is a more permanent living community.

The Criminal Code of the Republika Srpska¹¹ contains certain criminal offenses of illegally entering into a common law marriage (eg with a child under the age of 16), which refers to a lower age threshold for establishing common law marriage. Art. 295 of the Criminal Code mentions permanent common law marriage, and uses term common law partner. Terms in different regulations should be standardized, so that one does not use a common law partner, the other a spouse, and the third a partner.¹² Also, the definition of common law marriage from the Family Law should be the basis for understanding the common law marriage in regulating various legal consequences in various regulations.

⁷ *Official Gazette of the Republic of Montenegro*, no. 1/2007 and the *Official Gazette of Montenegro*, no. 53/2016 and 76/2020.

⁸ Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih. *Uradni list RS*, št. 69/04 – uradno prečiščeno besedilo, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US, 82/15 – odl. US, 15/17 – DZ in 30/18 – ZSVL.

⁹ Family Law. *Official Gazette of RM*, no. 80/1992, 9/1996, 38/2004, 33/2006, 84/2008, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14, 104/15 i 150/15. For more details: Trajkovski, D., Slaninka Dineva, M. (2005). *Semejno pravo*. Skopje: Svetlost grafika.

¹⁰ *Official Gazette of SFRY*, no. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - decision of the CCY (Constitutional Court of Yugoslavia) and 57/1989 and the *Official Gazette of the Republika Srpska*, no. 17/1993, 3/1996, 39/2003 and 74/2004.

¹¹ *Official Gazette of Republika Srpska*, no. 64/2017, 15/2021 and 89/2021.

¹² For more details see the law of Serbia: Panov, S. (2016). *Porodično pravo*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu, 155-156.

3. LEGAL LITERATURE ON THE QUALIFYING CHARACTERISTICS OF THE COMMON LAW MARRIAGE WITH A BRIEF HISTORICAL AND COMPARATIVE OVERVIEW

A common law marriage (lat. *concubinatus*, engl. *non-marital cohabitation*) is an informal living community of a man and a woman, which must meet certain prescribed conditions in order to produce certain legal actions.¹³ The terms concubinage, liberal community and marriage of conscience are also used.¹⁴ In the literature, common law marriages were classified in different ways: according to partners' age (common law marriage between adults, between minors and between adults and minors); with regard to the civil component (when one partner is not married, when both are married and when one is married to a third party and the other is not); according to publicity characteristics (anonymous and popular) and finally according to duration (fleeting, temporary and concubinage).¹⁵

Roman law knew concubinage, as a permanent union of a man and a woman who for certain reasons were not husband and wife. Contrary to the canons and Christianity, which forbade common law marriage and punished it, the French Civil Code (Napoleonic Code) ignored it. Matija Vlastar's Syntagm attached a certain importance to the permanent community of life in Serbian medieval law.¹⁶ Also, the Serbian Civil Code banned this community, and after the Second World War, only some effects of the common law marriage in connection with social security were recognized.¹⁷ During the Second World War, two positive views on the common law marriage were known through the Instruction for keeping civil registers in Croatia and the Decision on providing assistance to families whose guardians were in captivity.¹⁸ Neither the Constitution of the Federal People's Republic of Yugoslavia nor the Basic Law on Marriage from 1946 mention common law marriage. So, we cannot even talk about the qualifying features of the common law marriage in this period, because there was no suitable ground for it at all. Property issues from the common law marriage were resolved according to the general rules of civil law. In this regard, the Supreme Court of Yugoslavia issued Instruction no. Su 42/54 dated 4 March 1954. Only the adoption of republican and provincial regulations regulates some issues of common law marriage.

Legal theory mentions the concept of common law marriage status and contract. The first implies that the common law marriage is regulated by law and includes systems in which the registration of the common law marriage is necessary (France, the Netherlands, etc.) and those in which it is not necessary (our regulations), and the second implies that it is left to common law spouses (partners) to regulate their relations (German law).¹⁹

¹³ About research and literature related to common law marriage, see: Smock, P., Casper, L., Wyse, J. (2008). *Nonmarital Cohabitation: Current Knowledge and Future Directions for Research. Research Report*. Michigan: Population Studies Center, 2-31.

¹⁴ Janjić-Komar, M., Korać R., Ponjavić Z. (1995). *Porodično pravo*. Beograd: Nomos, 115.

¹⁵ Bosanac M. (1976). *Vanbračna porodica*. Zagreb: Prosvjeta, 45-52.

¹⁶ Draškić M. (2007). *Porodično pravo i prava djeteta*. Belgrade: Faculty of Law in Belgrade and the Official Gazette, 143.

¹⁷ Janjić-Komar, Korać, Ponjavić (1995), 117-118.

¹⁸ For more see: Draškić (2007), 144.

¹⁹ Kovaček-Stanić, G. (2005). *Porodično pravo*. Novi Sad: Faculty of Law in Novi Sad, 175. For more seei.

For example, in the Netherlands, the Registered Partnership Act from 1998 was enacted and incorporated into the Civil Code, which contains the conditions for the establishment of a registered partnership, the effects and termination of the partnership. On the other hand, in German law, partners are free to conclude contracts according to the general rules of civil law and to regulate actions and issues related to common law marriage.²⁰

Regarding the definition of common law marriage, we conclude that the most common qualifying characteristics of common law marriage are: gender diversity, community of life, length of its duration and the absence of impediments to marriage.

However, some authors mention other qualifying features. Some additionally emphasize the monogamy, stability and notoriety of the common law marriage as its essential features.²¹ The stability of common law marriage implies its longer duration, and notoriety means that it looks like a marriage to the outside world. Počuča states that the minimum condition for the existence of common law marriage is the will of two people to live in a community of life, and that will is expressed by living in the same space, eating together, caring for children, etc.²² On the other hand, in the old French law for the existence of an institution of *possession d'état* similar to marriage, three elements were required: using a common surname, conduct as spouses and acting in public as spouses.²³

Gender diversity is a condition for marriage in our law. This is not the case in some western countries, where not only marriage, but common law marriage between persons of the same sex is allowed as well.²⁴ It is a variable condition depending on the social and legal perceptions in the certain country. In the territory of the former SFRY, all family legislations determine gender diversity, that a woman and a man can enter into common law marriage. This is explained by the biological arguments of giving birth and raising children.²⁵ On the other hand, criticism of this approach is based on the explanation that such communities have other goals in addition to biological ones.²⁶ Some laws recognize common law marriages for same-sex couples (Dutch and French), and some require their registration (former states and Belgium).²⁷ Our attitude is that only with a significant change in social consciousness, if and when it happens, should we redefine this concept, and, for now, it is no time for that. An interesting example is Hungary, where the Constitutional Court extended the definition of common law marriage to homosexual partners.²⁸

²⁰ For comparative law see: Kovaček-Stanić (2005), 180-185.

²¹ Janjić-Komar, Korać, Ponjavić (1995), 116-117.

²² Počuča, M. (2010). *Porodično pravo*. Novi Sad: Faculty of Law for Commerce and Judiciary, 131, 132.

²³ Planiol, M. (1932). *Traité élémentaire de droit civil*. Paris, 173, prema Mladenović, M. (1993). *Porodično pravo u SR Jugoslaviji*. Beograd: Naučna knjiga, 171.

²⁴ See more: Saez, M. (2011). Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families around the World: Why 'Same' Is So Different. In: A. Janssen, M. E. Storme (eds.) *European Review of Private Law*, 19 (5), 631-668; Cunningham, M. (2005). Gender in Cohabitation and Marriage. In: C. L. Shehan (ed.) *Journal of Family Issues*, 26(8), 1037-1061.

²⁵ Ponjavić, Z. (2007). *Porodično pravo*. Kragujevac: Faculty of Law in Kragujevac, 84.

²⁶ Randelović, D., Šolaja, I. (2019). Vanbračne zajednice u propisima država bivše SFRJ. In: V. Đurić, (ed.) *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Apeiron*, 9, 219.

²⁷ Počuča (2010), 131.

²⁸ Lucić, N., Duić, D., Muhvić, D. (2020). Izvanbračna zajednica: analiza međunarodnih i europskih normi u svrhu stvaranja nacionalnih standarda. In: I. Pejić (ed.) *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 86, 21.

Determining the content of the *community of life* should certainly start from the cohabitation of common law spouses, with this community implying a set of emotional, cultural, intellectual, economic and other contents between the partners.²⁹ According to the opposite standpoint in theory, the community of life is not a constitutive element of the common law marriage concept, but it is important to live together and run a joint household.³⁰ Common law partners do not have to be together all the time, if there are objective reasons; their true will is important.³¹

The permanence of common law marriage indicates its stability and separates it from casual relationships. The Family Law of the Republika Srpska, in the definition of common law marriage, does not determine its *duration* as a constitutive element of the term. But, in some legal actions, it is stated that the duration of this community is necessary. When supporting persons from common law marriage, Art. 248 of the Family Law of the Republika Srpska provides one of the conditions that common law marriage should last for three years and longer, and Art. 284 uses the phrase “for a long time”. It can be concluded that the permanence as a qualifying feature of common law marriage in the law of Republika Srpska is not part of the general concept of common law marriage, but the family legislation through special provisions recognizes the permanence of common law marriage as a necessary condition for realization of legal actions. This permanence is determined in two ways: in the case of supporting common law partners by indicating the minimum period of duration, and in the case of common property of common law partners by using the legal standard that it lasted longer, which the court will assess in each case. Comparing this solution with the family law of the Republic of Serbia, it is concluded that in the definition of common law marriage (“permanent community of life”) the Serbian legislator used a general phrase. The legislator’s intention was to put the emphasis on the intention of the common law partners for their union, and the court would in any case determine the length of its duration as a necessary characteristic for the constitution of common law marriage. Slovenian law speaks of a permanent community of life. However, the Slovenian solution requires a longer period than it follows in the formulation of the Family Law of the Republic of Serbia.³² The shortest period of common law marriage is regulated in Macedonian law (at least one year). On the other hand, there are laws that provide alternatives to the duration of common law marriage as a qualifying characteristic. Here, we distinguish two solutions: in FBiH common law marriage should last at least three years or less if partners have a common child and in Croatian and Montenegrin law: at least three years or less if partners have a common child or if the relationship has been succeeded by marriage, more possible solutions). These solutions contribute more to legal certainty.

Absence of impediments to marriage - is the next qualifying characteristic. Common law marriage in which all the conditions for marriage are met is called free common law marriage.³³ This circumstance is not explicitly regulated in domestic law, but it should

²⁹ Panov (2016), 149.

³⁰ Cvejić-Jančić, O. (2001). *Porodično pravo*. Novi Sad: Publishing center at the University of Novi Sad, Faculty of Law, 206; Jović, O. (2006). *Brak ili vanbračna zajednica - pravo izbora. Zbornik sa savetovanja Novo porodično zakonodavstvo*, Kragujevac: Faculty of Law in Kragujevac, The Ministry of Labour, Employment, Veterans and Social Policy and Faculty of Law in Belgrade, 191.

³¹ Jović (2006), 192.

³² Panov (2016), 150.

³³ Mladenović (1993), 170.

not be ignored that it can be reached by interpretation. It is similar in Macedonian law. Two more approaches can be singled out in the former SFRY: listing specific impediments to marriage that come into consideration (FBIH – absence of marriage or common law marriage; Croatia – absence of marriage³⁴) or stating the necessity of absence of (all) impediments to marriage (Serbia, Montenegro, Slovenia). Although the term “impediment to marriage” is not the happiest solution in common law marriage, such obstacles should be interpreted in the context of obstacles to the establishment of common law marriage, borrowed from marriage law.

The preliminary draft of the Civil Law of Serbia specifies and cites some obstacles for common law marriage, such as consanguinity, marriage or common law marriage with another person (Art. 2119). The question arises, is the common law marriage an obstacle to the establishment of a new common law marriage? We agree with the attitude that the first established common law marriage produces (family) legal actions, and other common law marriages only civil legal actions.³⁵ Legal protection, in case of common law marriage regardless the impediments to marriage, is established with the aim of preventing obvious abuses or violations of known biological laws.³⁶ Therefore, some impediments to marriage in common law marriage will not be important, such as lack of will.³⁷

4. QUALIFYING CHARACTERISTICS OF THE COMMON LAW MARRIAGE RECOGNIZED IN CASE LAW

When analyzing the characteristic features of common law marriage, it is important to find out the legal perceptions of the courts. In one decision, the court determined that the common law marriage is a *factual relationship* to which the Family Law binds certain rights.³⁸

In another case, a Croatian court states that a common law marriage implies an unmarried woman and an unmarried man, a community that has lasted a certain time and a community that included not only living together but also establishing an *economic community* in which the partners jointly decide on their mutual funds.³⁹ This court clarifies that it must be a community whose content corresponds to the marriage, and that it means not only living together but also establishing an economic community in which partners jointly decide on their mutual fund; it also implies the establishment of a high degree of interrelation, mutual care and assistance.

„The existence or non-existence of common law marriage is estimated according to all the circumstances of the relationship of common law marriage, where *it is not neces-*

³⁴ The Croatian legislator speaks of an unmarried woman and an unmarried man, which means that if one or both spouses are married, there will be no common law marriage, and that the existence of common law marriage is not an obstacle. Alinčić, M., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, D., Korać, A. (2006). *Obiteljsko pravo*. Zagreb: Narodne novine, 106.

³⁵ Panov (2016), 151.

³⁶ Bosanac (1976), 44.

³⁷ Jović (2006), 193-194.

³⁸ District Court in Banja Luka, 71 0 P 112763 11 Gž from 16.03.2012., available at: Medić, D., Tajić, H. (2013). *Porodično pravo u praksi*. Sarajevo: Privredna štampa, kao i ostala navedena sudska praksa.

³⁹ County Court in Bjelovar, Gž – 438/08-2, od 05.06.2008.

sary for common law partners to live together in the same place all the time.⁴⁰ Respecting the views of legal theory as well, our attitude is that we must start from the necessity of cohabitation, with exceptions that are emphasized by case law if there are other circumstances that indicate common law marriage.

In another older case, it was emphasized that *the will is what is necessary to common law partners to establish mutual relations that correspond to marriage* relations and to consciously and willingly perform the powers and duties prescribed for the married spouses.⁴¹

In order to successfully establish a common law marriage the courts also recognize the necessity of the absence of impediments to marriage. The Supreme Court of Slovenia held that a permanent common law marriage between a man and a woman does not have the same legal consequences as marriage if one of the partners is still married.⁴²

The courts also stated that common law marriage *cannot be declared marital by a court or some other legal authority*, because this is not provided by any procedural or substantive regulations.⁴³

It is evident that the courts recognize the qualifying features of the common law marriage in a practical way, and that they, by normative and theoretically set qualifying elements of the common law marriage, more precisely and specifically determine the content. Some of these circumstances or elements are clearly singled out in the legal literature and coincide with the views of some legal theorists. Basically, they were following the norm, but sometimes highlighting some specific elements such as the will of common law partners to establish a community of life that will look like marriage.

5. PROVING COMMON LAW MARRIAGE AS A QUALIFYING CHARACTERISTIC?

The question is whether the qualifying elements of common law marriage should include proving - provability of common law marriage. This may be justified from the legal certainty perspective, but questionable from the perspective of practical feasibility given the many circumstances of the case which are taken into account in determining the existence of common law marriage. It can be claimed that proving as a special qualifying characteristic is in the domain of civil procedural law and that it can only be talked about theoretically, but that it should not be included as a qualifying element (definition) of common law marriage. Moreover, the definition of common law marriage is substantive and it is contained in family law. However, proving common law marriage is extremely important and sometimes the realization of all possible rights of common law partners depends on it. On the other hand, some foreign laws speak about the registration of common law marriages, which is most closely related to the issue of provability of common law marriage. This was also theoretically discussed. What do our legal and judicial practice say about that?

Domestic judicial practice asks the question whether a lawsuit can be started to establish the existence of common law marriage (declaratory judgment)? This issue is regulated by the Civil Procedure Law in the Republika Srpska.⁴⁴ A declaratory judgment is filed

⁴⁰ Supreme Court of Croatia, Rev – 2086/85, od 05.12.1985.

⁴¹ District Court in Kragujevac, Gž - 1103/83 dated 1 November 1983.

⁴² Supreme Court of Slovenia, Pž - 1048/77 dated 8 February 1978.

⁴³ Supreme Court in Vojvodina, Gz - 392/81 of 16 July 1981.

⁴⁴ *Official Gazette of Republika Srpska*, no. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 49/2009 and

to establish the existence of a right or legal relationship; the truth or falsity of a document, and the establishment of facts is allowed only when explicitly provided by law. The filing of this judgment requires explicit legal authority or the existence of a legal interest.⁴⁵ Unlike marriage, which is a legally regulated relationship, common law marriage is factual relationship.⁴⁶

In one court case in Banja Luka, the plaintiff initiated a lawsuit to establish the existence of common law marriage. The first-instance court rejected the lawsuit as inadmissible, considering that the common law marriage is a factual relationship - a fact that cannot be determined by this lawsuit. Deciding on the appeal, the District Court in Banja Luka supported the position of the first instance court, stating that the lawsuit was not allowed due to the content of legal protection which is the subject of the lawsuit, and the plaintiff's legal interest in the specific case was not legally relevant.⁴⁷ Therefore, it is considered that it is not allowed to initiate a declaratory judgment to establish the existence of common law marriage, because it is a request of establishing the facts.

Croatian courts have similar opinion. The second-instance court, in contrast to the first-instance court, has come to the conclusion that there is no legal interest in establishing the existence of common law marriage, which is justified by invoking the pension rights or rights based on war disability that may arise in the future. The legal interest must exist at the time the decision is made, so the lawsuit must be dismissed.⁴⁸

On the other hand, the existence of common law marriage is often proven in court proceedings for exercising various property rights of common law spouses. Proving common law marriage in our country is quite difficult and longer in practice, most often after the death of a common law partner. Various evidences are used. The most important are written documents, witnesses, and the hearing of the parties. They are assessed as a whole in the context of the particular case circumstances. The following things are important: joint photos, common place of residence, bills, witness statements, postcards address, packages and other postal items, number of members for utilities payments, joint celebrations and other things.⁴⁹ Proving the existence of common law marriage does not mean that it will automatically have legal effects, because it depends on special legal regulations.

Slovenian Marriage and Family Relations Act from the corpus of regulations of the states of the former SFRY is the only that has "procedural" - legal provisions. In Art. 12, para. 2 of this law stipulates that if the decision on the right or duty depends on the existence of common law marriage, this issue is decided in the procedure for determining this right or duty, provided that the decision has legal effect only in the case of this issue.

The solution to the problem of *proving* the existence of common law marriage can be

61/2013.

⁴⁵ For details Stanković, G., Račić, R. (2010). *Parnično procesno pravo*. Banja Luka: Faculty of Law, University of Banja Luka.

⁴⁶ It should be also thought about Slobodan Panov's scientific criticism of Art. 12. of the valid Family Law of the Republika Srpska that common law marriage is not a legally regulated community, and he considers that it is a legally regulated community in the manner prescribed by law. Panov (2016), 149.

⁴⁷ District Court in Banja Luka, 71 0 P 112763 11 Gž dated 16 March 2012;

⁴⁸ County Court in Zagreb, Gž-1089/10 dated 9 March 2010.

⁴⁹ Slobodna Evropa. BiH – vanbračna zajednica. Retrieved April 15, 2022, from <https://www.slobodnaevropa.org/a/bih-vanbracna-zajednica/31474967.html>

the registration of common law marriage. Marriage is registered in the civil registry books. However, the question is whether the freedom, as the essence of common law marriage, is lost by introducing registration and then why not conclude a marriage. Certainly, the registration of common law marriage would contribute to legal certainty and easier exercise of rights, as well as to the avoidance of litigation. Registration of common law marriage according to special regulations is familiar to Dutch, German, Swiss, Norwegian, Belgian, Danish, Finnish, and Swedish law, even without the obligation of special registration, etc.⁵⁰ Some authors even emphasize that it is necessary for the existence of common law marriage to be known to third parties.⁵¹ Registration of common law marriage would also eliminate some practical dilemmas in proving.

6. ANALYSIS OF QUALIFYING CHARACTERISTICS OF COMMON LAW MARRIAGE IN THE PRE-DRAFT FAMILY LAW OF THE REPUBLIKA SRPSKA FROM 2022

As previously emphasized, the Ministry of Justice of Republika Srpska is working on drafting the Family Law. Working Group for drafting the new Family Law has been formed, consisting of representatives of line ministries, academia, the Bar Association and Notary Chamber of Republika Srpska, the Association of Social Workers and NGOs. This group, led by Darko Radić, Ph.D. professor at the Faculty of Law, University of Banja Luka, created the Pre / Draft of the future Family Law of the Republic of Srpska, which was determined by the Government of the Republic of Srpska and is expected to be sent to the parliamentary procedure. According to him, common law marriage is defined as a community of life of a woman and man (common law spouses) with no impediments to marriage, which lasted at least two years or less if partners have got a common child. It is further emphasized that the common law marriage is equal with the marital union in terms of the right to mutual support, property - legal relations, under the conditions and in the manner prescribed by this law.

This provision contains two paragraphs. The first paragraph provides a definition of common law marriage that is universal and may be relevant to other branches of law such as inheritance or social law. In fact, this definition contains the qualifying characteristics of the common law marriage and how it might look in the future positive law of the Republika Srpska. Of course, since this is a draft text of the Family Law and after it is sent, during the parliamentary adoption procedure, changes to this definition are possible. This is a framework that can be thought about and that needs to be scientifically and critically analyzed for now. Therefore, the editorial error that common law marriage is a community of life of a woman and men (plural) is understandable, so we believe that it should say "a woman and a man". The legislator decided to use the term "common law spouses" (in theory, the term common law partners can also be found). This definition refers to qualifying elements of common law marriage as: community of life, gender diversity, absence of impediments to marriage and duration of common law marriage. These elements should be achieved cumulatively. Only the permanence of common law marriage contains two alternatives: that it lasted at least two years (principle of minimum duration) or that it lasted less than two years, provided that a child was born (implying the child of these com-

⁵⁰ Randelović, Šolaja (2019), 220-221. Vid. više, kao i argumentaciju kod Kaščelan, B. (2012). Registracija vanbračne zajednice. *Pravni život*, 10, 85-103.

⁵¹ Janjić-Komar, Korać, Ponjavić (1995), 117.

mon law spouses). The legislator decided not to state specifically which impediments to marriage are in question, so hypothetically all impediments to marriage that apply to the marital union would come into consideration. Also, the use of the term impediments to “marriage” is unusual, considering that this is common law marriage. Some comparative law explicitly lists some of the impediments to marriage that come into consideration. For now, it is not possible to know the motive why the period of at least two years was chosen. Until now, the opinion on the duration of common law marriage of three years and longer has prevailed in some comparative law, but in domestic case law as well; somewhere it is about a more permanent common law marriage without specifying the minimum duration. Certainly, prescribing a minimum duration leads to greater legal certainty. Another alternative condition in the qualifying characteristic - the duration of the common law marriage is determined like, for example, in Croatian law.

The second paragraph contains a general provision on the legal effects of common law marriage. The effects of the common law marriage are determined by comparing it with the marital union. According to this part of the provision, common law marriage is equal with marital union only in terms of the right to mutual support and in terms of property - legal relations. When we talk about property-legal relations, it includes all other property-legal relations, but, according to the preliminary draft of the Family Law, only under the conditions and in the manner prescribed by this law. This means that the common law marriage is not fully equated with the marital one in terms of property - legal relations, fully and unlimitedly, but under special additional conditions contained in the Family Law.

7. CONCLUSION

The subject of this paper is common law marriage, and its characteristics. These qualifying characteristics of common law marriage are determined on the basis of legal definitions of common law marriage, or by family law regulations in the countries of the former SFRY, and beyond. As it has been seen, the definition and qualifying characteristics of common law marriage depend on social, historical and legal perceptions. Therefore, throughout history, these communities have not been recognized, and in some places they have received wider support, especially today in some western countries. In this paper qualifying characteristics of common law marriage are considered in a comparative legal context and, their analysis is given as in the case of the common law marriage in positive law and the future Family Law of the Republika Srpska. It is started from formal sources of law on qualifying characteristics of common law marriage, analysis of legal literature on these characteristics with historical and comparative legal review, determination of qualifying characteristics of common law marriage in case law, consideration of possibility to prove common law marriage as a qualifying characteristic and analysis of these features in the Draft Family Law of the Republika Srpska from 2022. When we look at the analysis of the definition of common law marriage, we conclude that the most common qualifying characteristics of common law marriage are: gender diversity, community of life, length of its duration and the absence of impediments to marriage. It depends on the legal system whether some of these features will be present or all cumulatively. Thus, not all states prescribe the absence of impediments to marriage as a basic element of common law marriage, and those that do do not list them. In modern Western countries, gender diversity is also a variable element, as some countries allow same-sex common law marriages. We do not discuss this, because the time to change social perceptions has not come yet. On the other hand, the proposal presented in the Draft

Family Law of Republika Srpska should be supported so that the definition of common law marriage includes all the above qualifying features that should be added separately, unlike the positive legal solution, which lists only those features related to the permanence of common law marriage given in alternatives (one of them is to include the duration of the common law marriage of at least 3 years instead of the proposed 2) and those related to the absence of impediments to marriage for the establishment of common law marriage. The possibility of registering common law marriages should also be considered in order to facilitate proving common law marriage and exercising rights.

LITERATURE

Monographs, articles

- Alinčić, M., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, D., Korać, A. (2006). *Obiteljsko pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Bosanac M. (1976). *Vanbračna porodica*. Zagreb: Prosvjeta.
- Cunningham, M. (2005). Gender in Cohabitation and Marriage. In: C. L. Shehan (ed.) *Journal of Family Issues*, 26(8).
- Cvejić-Jančić, O. (2001). *Porodično pravo*. Novi Sad: Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu.
- Draškić M. (2007). *Porodično pravo i prava djeteta*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu i Službeni glasnik.
- Janjić-Komar, M., Korać R., Ponjavić Z. (1995). *Porodično pravo*. Beograd: Nomos.
- Jović, O. (2006). Brak ili vanbračna zajednica - pravo izbora. *Zbornik sa savetovanja Novo porodično zakonodavstvo*. Kragujevac: Pravni fakultet u Kragujevcu, Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike i Pravni fakultet u Beogradu.
- Kašćelan, B. (2012). Registracija vanbračne zajednice. *Pravni život*, 10.
- Kovaček-Stanić, G. (2005). *Porodično pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu.
- Lucić, N., Duić, D., Muhvić, D. (2020). Izvanbračna zajednica: analiza međunarodnih i europskih normi u svrhu stvaranja nacionalnih standarda. In: I. Pejić (ed.) *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 86.
- Medić, D., Tajčić, H. (2013). *Porodično pravo u praksi*. Sarajevo: Privredna štampa.
- Mladenović, M. (1993). *Porodično pravo u SR Jugoslaviji*. Beograd: Naučna knjiga.
- Panov, S. (2016). *Porodično pravo*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.
- Planiol, M. (1932). *Traité élémentaire de droit civil*. Paris.
- Počuča, M. (2010). *Porodično pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet za privredu i pravosuđe.
- Ponjavić, Z. (2007). *Porodično pravo*. Kragujevac: Pravni fakultet u Kragujevcu.
- Randelović, D., Šolaja, I. (2019). Vanbračne zajednice u propisima država bivše SFRJ. In: V. Đurić (ed.) *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Apeiron*, 9.
- Saez, M. (2011). Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families around the World: Why 'Same' Is So Different. In: A. Janssen, M. E. Storme (eds.) *European Review of Private Law*, 19 (5).
- Smock, P., Casper, L., Wyse, J. (2008). *Nonmarital Cohabitation: Current Knowledge and Future Directions for Research. Research Report*. Michigan: Population Studies Center.
- Slobodna Evropa. BiH – vanbračna zajednica. Preuzeto 15.04.2022, sa <https://www.slobodnaevropa.org/a/bih-vanbracna-zajednica/31474967.html>
- Stanković, G., Račić, R. (2010). *Parnično procesno pravo*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci.
- Trajkovski, D., Slaninka Dineva, M. (2005). *Semejno pravo*. Skopje: Svetlost grafika.

Legal sources

- Krivični zakonik. *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 64/2017, 15/2021 i 89/2021.
- Nacrt Porodičnog zakona Republike Srpske iz 2022. godine.
- Obiteljski zakon. *Narodne novine*, br. 103/15 i 98/19.
- Porodični zakon. *Službene novine Federacije BiH*, br. 35/2005, 41/2005 i 31/2014.
- Porodični zakon. *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, br. 23/2007.
- Porodični zakon. *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 18/2005 i 6/2015.
- Porodični zakon. *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 54/2002, 41/2008 i 63/2014.
- Porodični zakon. *Službeni list R. Crne Gore*, br. 1/2007 i *Službeni list Crne Gore*, br. 53/2016 i 76/2020.
- Zakon o obligacionim odnosima. *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/1989 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/1993, 3/1996, 39/2003 i 74/2004.
- Zakon o parničnom postupku. *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 49/2009 i 61/2013.
- Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih. *Uradni list RS*, št. 69/04 – uradno prečišćeno besedilo, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US, 82/15 – odl. US, 15/17 –DZ in 30/18 – ZSVI.
- Zakon za semejstvo. *Službeni vesnik na RM*, br. 80/1992, 9/1996, 38/2004, 33/2006, 84/2008, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14, 104/15 i 150/15.
- Okružni sud u Banjoj Luci, 71 o P 112763 11 Gž od 16.03.2012. godine.
- Okružni sud u Kragujevcu, Gž – 1103/83 od 01.11.1983. godine.
- Vrhovni sud Hrvatske, Rev – 2086/85 od 05.12.1985. godine.
- Vrhovni sud Slovenije, Pž – 1048/77 od 08.02.1978. godine.
- Vrhovni sud Vojvodine, Gž – 392/81 od 16.07.1981. godine.
- Županijski sud u Bjelovaru, Gž – 438/08-2 od 05.06.2008. godine.
- Županijski sud u Zagrebu, Gž-1089/10 od 09.03.2010. godine.

Kvalifikacione karakteristike braka u common law

Rezime: Ovaj članak se fokusira na kvalifikacione karakteristike vanbračne zajednice, kao neformalne zajednice muškarca i žene, koja mora da ispuni određene propisane uslove da bi proizvela određene pravne radnje. Stoga polazimo od hipoteze da se kvalifikacione karakteristike vanbračne zajednice mogu utvrditi na osnovu pravne definicije vanbračne zajednice, što je uslovljeno društvenim, istorijskim i pravnim shvatanjima vanbračne zajednice. Cilj ovog članka je utvrđivanje kvalifikacionih karakteristika vanbračne zajednice u uporednopravnom kontekstu, njihova kritička analiza i utvrđivanje kvalifikacionih karakteristika i definicija vanbračne zajednice u pozitivnom pravu i budućem Porodičnom pravu u Republici Srpskoj. Ovo daje važnost i relevantnost ovom radu. Uporednopravni kontekst obuhvata kako zemlje bivše SFRJ, tako i neke evropske zemlje.

Ključne reči: kvalifikacione karakteristike, common law brak, brak, elementi vanbračnog braka, porodica, nasleđe.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

DOI: 10.7251/GFP2212105M

UDC: 316.662:343.261-052

Pregledni naučni rad*Datum prijema rada:*
25. maj 2022.*Datum prihvatanja rada:*
25. jul 2022.

Улога затвора у преваспитању и ресоцијализацији затвореника

Апстракт: Током издржавања казне затвора, начин живота и организација свакодневних активности затвореника су строго дефинисани законским и подзаконским нормама, а све у циљу постизања сврхе извршења кривичних и прекршајних санкција. То прије свега подразумева спровођење правоснажних, односно извршних одлука суда и издвајање учинилаца кривичних дјела и прекршаја из друштвене средине у циљу њиховог преваспитања, лијечења и оспособљавања за живот на слободи у складу са друштвено прихватљивим нормама. Установе за извршење кривичних санкција су те које, путем различитих блика рада и поступака, спроводе институционални преваспитни третман и процес ресоцијализације затвореника. Али поред формално-правног система којег држава прописује како би уредила положај затвореника, на преваспитни третман утиче и тзв. неформални систем којег изграђују затвореници својим понашањем у међусобним односима који су условљени лишењем слободе кретања и боравком у ограниченом простору. У раду ће бити обрађени нормативни елементи организације и функционисања казнено-поправних установа, фактори који утичу на успјешност ресоцијализације, специфичности преваспитног третмана, положај затвореника у затворима, као и утицај класификације затвореника на успјешност процеса ресоцијализације и преваспитања упркос непостојању постпеналног третмана.

Кључне ријечи: затворски систем, преваспитање затвореника, третман, организација живота и рада у затвору, ресоцијализација.

Тамара Марић

Доцент на Факултету
правних наука
Универзитета Апеирон;
Министарство правде
Републике Српске,
t.maric@mpr.vladars.net

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Казна лишења слободе, односно казна затвора у савременом законодавству представља главну казну и као таква је правно нормирана кривичним, односно казним законима. Састоји се у одузимању једног од основних људских права, а то је право на слободу кретања, најчешће на одређено вријеме, али и подразумева смјештање осуђеног лица у пенитенсијарне установе. Иако заузима најзначајније мјесто у систему кривичних санкција уопште, казна затвора има своје предности и недостатке. Без обзира на све гласнија заговарања како би се сврха кажњавања могла

адекватније остваривати када би класичан затворски третман у одређеним случајевима био замијењен ванинституционалним начинима извршења санкција, засигурно је да ће још дуго времена лишење слободе бити најадекватнији, најприкладнији и најдјелотворнији одговор на различите видове криминалитета.

Лишење слободе се у историјским изворима појављује још у вријеме робовласничких држава. Иако није увијек имало карактер кривичне санкције имало је различиту сврху и циљ. Многи правни теоретичари су написали бројне научне радове у којима су обрадили историјски пут и развој лишења слободе од дужничког затварања, преко превентивне функције притварања, укључујући својеврсне улоге истражног и судског затвора, па све до момента када је по први пут нормирано као самостална врста казне, односно посебна кривична санкција у казним системима савремених земаља крајем 18. односно почетком 19. вијека. Према томе, историјски посматрано, казна лишења слободе, односно казна затвора представља тековину капитализма која је правну самосталност најприје добила у француском Кривичном закону из 1791. године, да би је након тога преузео француски Code penal из 1810. године, а под његовим снажним притиском, казна затвора је уведена и у многа друга казнена законодавства (Стојановић, 2001:286). Ипак, треба напоменути да је и много прије овог периода казна затвора била прописана у неким облицима кроз одређене документе (нпр. од 13-15. вијека казна затвора се појављује у неким градским правима; закон Каролина из 1532. године, познатији као средњовјековни закон једног од најмоћнијих владара у историји Европе Карла V Хабзбуршког, предвиђао је казну доживотног затвора и сл). Ипак ти најстарији облици затварања нису имали карактер савременог издржавања казне затвора, а какво је стање било у затворима који су постојали у то доба, најбоље осликавају тврдње теоретичара да је смртна казна била блажа од доживотног затвора у смислу мучења и туртура које је осуђени пролазили.

Затвор је постојао у свом институционалном облику и прије него се систематично користио као казна. Модел „затворске институције“, као општа форма механизма за потчињавање, контролу и искоришћавање појединца, створен је временски много прије него што је закон дефинисао затвор као главну и најадекватнију казну. Моменат нормирања казне лишења слободе као самосталне врсте казне у казним законодавствима означио је нови пут и снажан искорак у борби против различитих облика криминалитета а тиме и у заштити законом заштићених људских вриједности. Убрзо након увођења ове казне, наметнуло се питање организације њеног извршења са тенденцијом преобразбе затвора из мјеста за мучење осуђених гдје су им уништавани физичко и ментално здравље у мјесто преваспитања и ресоцијализације извршилаца кривичних дјела. Тако су, поправљање и лијечење преступника, поред застрашивања и одмазде, били циљеви прописивања и изрицања казне лишења слободе у 19 вијеку. Покрет позитивиста, као нова доктрина у кривичном праву, утицао је на даљи процес трансформације ове казне па је већ крајем 19. вијека унифицирање казне лишења слободе имало за циљ да се ова казна извршава на јединствен начин али да њено трајање буде различито.¹

Затварање људи почело је да се практикује веома рано, још у првим организованим људским заједницама, чим су у таквим друштвима створени услови да се

¹ Играчки, Ј. (2020). *Ефекти затвора у ресоцијализацији осуђеника*. Београд: Иститут за кримилолошка и социолошка истраживања, 13.

могу обезбједити неопходни вишкови хране за затворенике.² Према доступним историјским подацима, својеврсни облици затвора постојали су у Месопотамији, Персији, Египту, затим у старој Грчкој и Риму, док су као средњовјековне тамнице кориштене неусловне тврђаве, подруми, бунари и сл. У старом Египту затварање је било у функцији ограничавања кретања робова, у Риму и старој Грчкој затварање људи се најчешће практиковало због дужничког ропства па су затвори у то вријеме називани дужнички затвори. У античком периоду затвори су били мјеста гдје су чувани људи који су чекали суђење или извршење неке од тада постојећих казни, као што су биле смртна казна, казна прогонства, тјеслесна казна, имовинска казна и др. Према неких изворима, један од великих римских правника класичног доба Улпијан је истицао да затвори треба да служе само за чување а не за кажњавање (*Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*). Ово начело примјељивано је у средњем вијеку, па и касније. Тако схватани затвори слутили су као предсобље за извршење тјелесних и смртних казни.

Из свега претходно наведеног јасно је да затварање у старом и средњем вијеку, у смислу изолације лице која су кршила правила друштвене дисциплине, односно правног поретка, није имало карактер кривичне санкције али је садржински имало карактер обезбјеђења присуства учиниоца кривичног дјела, односно да би се над њим примијенила нека друга казна, најчешће смртна или тјелесна казна које су имале доминантну улогу у систему казни тог периода.³ Увођење казне затвора у систем казни великог броја земаља умјесто нехуманих средстава кривичне репресије средњег вијека, прије свега тјелесних казни које су се састојале у мучењу и сакаћењу, а што је опет остављало трајне посљедице инвалидитета код осуђеног, представљало је велики прогрес.⁴

2. НАСТАНАК ПРВИХ ЗАТВОРА И ЗАТВОРСКИХ СИСТЕМА

Казне затвора, односно обичаји изоловања у сврху затварања преступника појавили су се релативно касно у историји људског друштва. Све до Буржоаске револуције у Француској, затвори су служили искључиво за задржавање преступника до њихове егзекуције или депортације. Саме казне затвора постале су сврсисходне тек када је слобода и слободно кретање грађанима постало вриједност по себи након Француске револуције. Разумљиво је да се у дефинисању сврхе кажњавања увијек полазило од културолошких, религиозних и обичајних норми једне друштвене заједнице, наравно преточених у правне или законске норме. Општа сврха казни и кажњавања у свим законодавствима ранијих и модерних времена има идентичан циљ – заштиту социјалне средине од преступа и њихових извршилаца.⁵

Међу првим затворима који су имали карактер сличан издржавању казне у данашњем смислу треба навести затвор основан 1553. године у Лондону (Енглеска). Тадашњи дворца Bridwell је преправљен како би се користио као затвор углавном

² Мрвић Петровић, Н. (2007). *Кривично право*. Београд: Правна библиотека, 15.

³ Митровић, Љ. (2012). *Систем казних санкција у Републици Српској*. Бања Лука: Међународно удружење научних радника Бања Лука, 95.

⁴ Јовашевић, Д. (2002). Појам и карактеристике казне затвора у југословенском праву. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 177-198.

⁵ Николић З., Крон Л. (2011). *Тоталне установе и депривација – књига о човеку и невољи*. Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 36.

за скитнице и бескућнике који су нарушавали јавни ред и мир. Убрзо послје њега појављују се бројни други затвори: затвор у Амстердаму за скитнице и криминалце (1559.), затвори у Липеку, Бремену и Данцингу (1697.), затвор за дјечаке у Хамбургу (почетак 18. вијека), поправни дом Марије Терезе у Милану са 140 ћелија (1759.) и др. Тако се уочава да је у периоду од 15. до 17. вијека у већини европских земаља, посебно у Енглеској, Француској, Холандији и Њемачкој, дошло до формирања разних установа за смјештај скитница, просјака и преступника који су се у градовима појавили као посљедица масовних миграција из села у градове а држава је морала да заштити друштво од оваквих појава. Кад су у питању објекти који су кориштени за смјештај, најчешће се радило о напуштеним средњовјековним замковима или манастирима, и то на начин да су претварани у установе за рад, са циљем да наведене категорије лица привуку на радну активност. У почетку у ове установе су примани само просјаци и скитнице, док касније, у првој половини 17. вијека, почиње диференцирање ових установа. На тој основи се у Енглеској формирају двије врсте установа: казнени заводи и поправни домови. У казнене заводе упућиване су скитнице и просјаци који су били способни за рад, а у поправне домове упућивана су лица која нису испољавала интерес према раду. Управо у овом приступу оспособљавања наведених категорија лица за вршење одређених послова како би се одвратили од криминалног понашања, садржана је идеја поправљања и третмана као хуманистичка реакција у односу на раније поступање и мјере према затвореницима.⁶

Затворски систем се крајем 18. и почетком 19. вијека реформисао, па је казна лишена слободе у затворима прерасла у темељни начин кажњавања. Реформа је значила промјену циљева кажњавања и нову улогу затвора. Тако затвори постају мјеста у којима се извршава казна лишена слободе, а циљ казне постаје рехабилитација затвореника. Затвори су се морали прилагодити новој улози због чега су се развијале казнионице. Најважнији посљедице ових реформи било је смањивање учесталости изрицања смртних и тјелесних казни, укидање тортуре те развијање модерних казнионица.⁷ На реформу кажњавања и затворског система, велики утицај је крајем 18. вијека остварио покрет за права осуђеника на чијем челу је био Џон Хуард. Он је у својој књизи „Стање у затворима“ указао на неодрживо стање у затворима и захтјевао је реформу казног система тако да су његове идеје имале велики одјек у свијету.⁸ Ипак, пут до развоја модерних реналних установа био је дуг и спор. Постепено су затвори све више личили на данашње, посебно након што се у неким почела примјењивати тзв. „класификација затвореника“. Тек са појавом затворских система, затвори постају установе гдје се осуђеници преваспитавају третманским приступом који је пратио сврху и циљ кажњавања. Пенологија као наука обухвата изучавање различитих затворских система, иако међу ауторима никада није постојао јединствен став о томе колико је заиста таквих система постојало. Према Стојановићу савремени систем извршења кривичних санкција траје преко шест деценија, док затворске системе класификује превасходно по концепцији која је у вријеме њиховог постојања била доминантна у десет система : 1) Систем депорта-

⁶ Стојановић, З. (2012). *Затворски системи у свијету*. Београд: Институт за криминалошка и социолошка истраживања, 18.

⁷ Јосиповић И. (2018). *Функционисање затворског система у другој половини 19. стољећа*. Загреб: Свеучилиште у Загребу, 1.

⁸ Атанацковић, Д. (1988). *Пенологија*. Београд: Научна књига, 77.

ције, 2) Систем заједничког затвора, 3) Ђелијски систем, 4) Систем ћутње, 5) Енгалски прогресивни систем, 6) Ирски прогресивни систем, 7) Маконокијев систем, 8) Класификациони систем, 9) Рехабилитациони систем, 10) Реинтеграциони систем.⁹ Савремени затворски системи представљају балансирану синергију између државне присиле и конвенцијама утврђених стандарда људских права. Кроз историју, затвори су били мјеста најгрубље туртуре, намјерне психофизичке деградације и дехуманизације људи. Еволуција затворских система дешавала се у складу са промјенама у друштву, тако да данас затворски системи у свијету чине изузетно сложен и деликатан систем чија је сврха осигурати извршење казне затвора уз максимално поштовање људских права у склопу програма прилагођеног индивидуалним потребама а све у циљу ресоцијализације затвореника.¹⁰

3. ОСНИВАЊЕ И ОРГАНИЗАЦИЈА САВРЕМЕНИХ ЗАТВОРСКИХ (ПЕНИТЕНСИЈАРНИХ) УСТАНОВА

Укупан друштвено-политички, безбједносни, економски и социјални амбијент како на глобалном тако и на локалном новоу у великој мјери утичу на све сегменте живота слободних људи, али и на организацију живота затвореника који одређено вријеме свог живота проведу на издржавању казне затвора након што буду правоснажно осуђени од стране надлежног суда за кривична дјела која су починили. Иако затворска популација процентуално варира од континента до континента, односно од државе до државе, чињеница је да су статистике, из године у године, поражавајуће и говоре о тенденцији пораста броја затвореника али броја рецидивиста у извршењу кривичних дјела. Боравак у затворској (пенитенсијарној) установи има своју позитивну и негативну страну медаље. Позитивна се свакако огледа у преваспитању преступника, ресоцијализацији осуђеника, остваривању специјалне и генералне превенције као и постизању сврхе кажњавање, односно у заштити друштва од извршилаца кривичних дјела. Али да ли је све баш тако како је законодавац предвидио? Остају бројна питања саме организације и функционисања установа и живота затвореника у њима која имају и негативне ефекте. Лица према којима се извршава кривична санкција у казнено-поправној установи, не носе трошкове извршења санкције, што значи да држава из буџетских средстава издваја посебан новац за функционисање затвора (у просјеку један дан затвора по затворенику износи између 80 и 100 КМ). Изградња и одржавање затвора, као и плаћање затворског особља, такође кошта државу значајну своту новчаних средстава на годишњем нивоу. Даље, пренасељеност затвора је постао горући проблем великог броја земаља, на који све чешће указује и Комитет за спречавање мучења и нечовјечног или понижавајућег поступања или кажњавања који дјелује у оквиру Савјета Европе. Осим пренасељености, лоши услови који владају у значајном броју затвора представљају додатан проблем који утиче на само издржавање казне затвора. Боравак у затвору у великом броју случајева не помаже томе да осуђене особе по истеку казне буду самосталне и корисни чланови друштва. Укратко, затвор може на много начина да лоше утиче на затвореника: познато је да у многим случајевима затвор на осуђене дјелује негативно, а неки од њих

⁹ Стојановић (2012), 23.

¹⁰ Томчић З, Хорват В. (2018). Заокрет казнене политике и савремени затворски сујав у Низоземској. *Правни вијесник*, 34(1). Осијек: Правни факултет Свеучилишта Јосипа Јурја Штросмајера.

се управо тамо оспособе за вршење кривичних дјела или постану чланови криминланих група; даље, боравак у затвору обично неминовно доводи до губитка посла осуђених лица и нарушавања њиховог породичног живота, што касније лоше утиче на рехабилитацију и ресоцијализацију тих особа итд.¹¹

Када је у питању организација затворских установа, затворски системи се данас, глобално гледајући, развијају у два прваца: 1) један правац обухвата и форсира концепцију реинтеграције, која се манифестује у изградњи све већег броја отворених, полуотворених затвора и разних кампова отвореног типа са примјеном корекционих програма који омогућавају висок степен испољавања осуђеника и допуштање њихових права и слобода у оквиру режима који је примјењив у условима реинтеграционог система а који не угрожава општу друштвену безбједност; 2) други правац се одвија у примјени ретрибутивних мјера према затвореницима који су извршили најтежа кривична дјела који представљају озбиљну друштвену опасност на националном и интернационалном нивоу.¹² У већини држава у региону извршење казне затвора и организација затворских установа је законски нормирана посебним законским текстом, док је казна затвора као кривична санкција прописана кривичним/казненим законима. У Босни и Херцеговини паралелно егзистирају чак четири Кривична закона, а њих прате четири Закона о извршењу кривичних санкција, што само по себи указује на сложеност ситуације у практичној примени нормативних одредби у теориторијално малој држави¹³.

Према Закону Босне и Херцеговине о извршењу кривичних санкција, притвора и других мјера, у члану 9. наводи се да су за извршење кривичних санкција, притвора и других мјера изречених од стране суда Босне и Херцеговине одговорне следеће институције: Министарство правде Босне и Херцеговине и Завод за извршење кривичних санкција, притвора и других мјера Босне и Херцеговине. Законом о оснивању овог завода¹⁴ дефинисано је да је Завод управна организација која функционише у саставу Министарства правде БиХ које непосредно врши надзор над радом Завода. Сједиште завода је у граду Источно Сарајево, општина Источна Илиџа, и њим руководи директор завода. О овом пројекту се дуго полемисало у медијском простору и јако дуго се чекало на његово отварање из разлога што су затвореници који су били осуђени од стране Суда БиХ годинама затворске казне издржавали у казнено-поправним установа у Републици Српској и Федерацији БиХ. Сам објекат

¹¹ *Мјере за смањење затворске популације*. (2014). Београд: Београдски центар за људска права, 7.

¹² Стојановић (2012), 204.

¹³ Кривично законодавство у Босни и Херцеговини чине нормативне одредбе Кривичног закона БиХ, Кривичног закона ФБиХ, Кривичног законика РС, Кривичног закона Брчко Дистрикта и других закона. У области извршења кривичних санкција егзистирају: 1) Закон Босне и Херцеговине о извршењу кривичних санкција, притвора и других мјера, *Службени гласник БиХ*, бр. 22/2016-пречишћен текст; 2) Закон о извршењу кривичних и прекршајних санкција Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 63/2018, 3) Закон о извршењу кривичних санкција у Федерацији БиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 44/1998, 42/1999-испр., 12/2009 и 42/2011; 4) Закон о извршењу кривичних санкција, притвора и других мјера у Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине, *Службени гласник Брчко Дистрикта*, бр. 31/2011.

¹⁴ Закон о оснивању Завода за извршење кривичних санкција, притвора и других мјера Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 13/05 и 97/07.

koji je izgrađen u skladu sa evropskim zatvorskim standardima, koji se prostire na oko 24 000 kvadratnih metara i ima 350 mjesta zvanično je počeo sa radom u julu 2020. godine. Već do kraja ove kalendarске године у Завод су премјештени сви затвореници и притвиреници из ентитетских затвора. Иако је Први Завод за извршење кривичних санкција, притвора и других мјера Босне и Херцеговине грађен јако дуго што је значило велика материјална улагања од стране државе, очекивати је да ће овај пројекат у наредном периоду оправдати значај свог постојања у области извршења кривичних санкција, иако су неки од ефеката већ постигнути: растерећење капацитета ентитетских затвора, издвајање и посебан третман према осуђеним лицима и притвореницима за најтежа кривична дјела према Кривичном закону БиХ, запошљавање најбољих стручњака у овој области итд. У Федерацији Босне и Херцеговине установе за извршење казне затвора су основане као посебне федералне установе које имају статус правног лица и којима руководи директор. Установе су организоване као казнено-поправни заводи затвореног и полуотвореног типа¹⁵, и то: 1) КПЗ затвореног типа Зеница (гдје се налазе Одјељење за малолетнике и посебно Одјељење за извршење мјере безбједности обавезног психијатријског лијечења и чувања у здравственој установи); 2) КПЗ полуотвореног типа Сарајево (са Одјељењем у Устиколини и објектом Игман); 3) КПЗ полуотвореног типа Бихаћ; 4) КПЗ полуотвореног типа Мостар; 5) КПЗ полуотвореног типа Тузла (са одјељењем у Орашју); 6) КПЗ полуотвореног типа Томиславград (са Одјељењем у Бусовачи). У Републици Српској установе за извршење кривичних и прекршајних санкција су посебне установе које оснива и укида Влада РС а налазе се у саставу и под непосредним надзором Министарства правде РС, односно Ресора за извршење кривичних и прекршајних санкција. Установе се према ентитетском законском рјешењу оснивају као казнено-поправни заводи и васпитно-поправни домови¹⁶. Казнено-поправним заводима руководе директори који се бирају конкурсном процедуром на мандат у трајању од пет година и који за свој рад одговарају министру правде. У Републици Српској постоје три КПЗ затвореног типа и то у: Бањој Луци, Фочи и Бијељини и три КПЗ полуотвореног типа и то у: Добоју, Требињу и Источном Сарајеву. Одјељења за извршење казне затвора за женска лица и за извршење малолетничког затвора налазе се у

¹⁵ У Федерацији БиХ казнено-поправни заводи се оснивају као: 1) казнено-поправни заводи за мушке особе, 2) казнено-поправни заводи за малолетнике, 3) казнено-поправни заводи за жене, 4) казнено-поправни заводи за малолетнице, 5) казнено-поправни завод-болница. Такође, у полуотвореним казнено-поправним заводима могу постојати одјели отвореног типа. У казнено-поправним заводима за мушке особе и жене могу постојати посебна одјељења за извршења алколичког затвора и посебна одјељења за извршења одгојне мјере упућивања у одгојно-поправни завод (наведено према члану 120. Закона о извршењу кривичних санкција у Федерацији БиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 44/1998, 42/1999-испр., 12/2009 и 42/2011)

¹⁶ У сједишту или ван сједишта Установе могу постојати посебна одјељења за извршење: казне затвора за лица мушког или женског пола, казне малолетничког затвора за лица мушког или женског пола, васпитне мјере упућивања у васпитно-поправни дом за малолетна лица мушког или женског пола, мјере притвора, одјељење са посебним режимом, одјељење појачаног надзора и интензивног програма поступања, одјељење економије, фарме итд. Наведена одјељења могу бити полуотвореног или затвореног типа, а оснива их и укида министар правде (наведено према члану 14. Закон о извршењу кривичних и прекршајних санкција Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 63/2018).

Источном Сарајеву. Васпитно-поправни дом за малољетна лица се налази у саставу КПЗ Бања Лука. Кад је у питању Брчко Дистрикт, ситуација са извршењем казне затвора је поприлично специфична, јер Дистрикт има свој ЗИКС али нема Установе за извршење казне затвора. Као компромисно рјешење, а на основу закона и споразума скопљених између ентитетских министарстава правде и Правосудне комисије у Брчком, лица која имају пребивалиште на територији Брчко Дистрикта а буду осуђена од стране основног или Апелационог суда у Брчком, могу да бирају да ли ће казну затвора издржавати у некој од Установа у Републици Српској или Федерацији БиХ. Наравно, овај спецификум не важи за осуђена лица која имају пребивалиште у једном од ентитета а правоснажно су осуђена на казну затвора од стране судова у Дистрикту. У вези са претходно наведеним, јасно се може уочити да је ситуација у Босни и Херцеговини веома сложена, не само када је у питању организација и оснивање, већ и само функционисање Установа за извршење казне затвора. Ово је посебно наглашено уколико се узме у обзир чињеница постојања четири ЗИКС-а чије норме нису у потпуности усаглашене што има за посљедицу разлике и неједнак третман према осуђеним лицима у овој држави.

Државе у окружењу имају нешто другачију нормативу и затворску организацију. Тако, нпр. у Републици Хрватској под надзором Ресора за затворски сујав и пробаццију Миистарства правосуђа и управе, налазе се Средишњи уред за затворски сујав и Средишњи уред за пробаццију у оквиру којих функционише: 14 Пробаццијских уреда, шест Казнионица, Затворска болница, 14 Затвора, два Одогојна завода, Центар за дијагностику и Центар за изобразбу¹⁷. За разлику од сусједа, у Републици Србији, под надзором Управе за извршење кривичних санкција Министарства правде налази се девет Казнено-поправних завода, 17 Окружних затвора, Специјална заводска болница и Васпитно-поправни дом. Претходно наведено указује да се организација затворских установа разликује од државе до државе а зависи од бројних фактора као што су: унутрашње политичко уређење државе, територијална организација и густина насељености, економска и социјална ситуација, законски и подзаконски оквир, стопа криминалитета, проценат рецидивизма итд. Управо то наводи на закључак да пенитенсијарне установе за извршење казне затвора представљају комплексан и сложен државни апарат у којем подједнако важну улогу имају буџетска средства и ефективност различитих субјеката која се посматра кроз призму квалитета мјера и активности које се спроводе према затвореницима. Другим ријечима, што су бољи услови у затворским просторијама и разносврсноји третмански облици рада са затвореницима утолико је већа могућност да се осуђеници преваспитају и врате у друштвено прихватљиве облике понашања.

Унутрашња организација затворских установа која подразумева назив и организацију служби, систематизацију радних мјеста и опште, односно посебне услове за запошљавање затворског особља најчешће се уређује ЗИКС-ом или актом подзаконске снаге (правилник)¹⁸. У Установама могу да буду основане различите службе од којих су, за непосредан рад са затвореницима, најбитније служба обезбјеђења или тзв.затворска полиција и служба третмана. У надлежности службе обезбјеђења је

¹⁷ Преузето 15.5.2022, са <https://mpu.gov.hr>.

¹⁸ У Републици Српској, конкретно, сва наведена питања су прописана Правилником о унутрашњој организацији и систематизацији радних мјеста којег доноси директор Установе уз сагласност министра.

обављање следећих послова: брига о безбједности Установе, радилишта, просторија у којима затвореници бораве и раде, брига о одржавању унутрашњег реда и дисциплине у Установама, спровођење затвореника и притвореника и остали послови у складу са законом. Служба третмана је задужена за планирање програмирање, организовање и спровођење процеса преваспитања затвореника и у том циљу координира рад осталих учесника у том процесу¹⁹. На пословима третмана ради одређен број васпитача (у зависности од величине установе и броја затвореника) који непосредно али и путем других служби прате рад и понашање затвореника приликом издржавања казне како би пријенили савремени методи и облици рада. Већина затвореника казну затвора издржава у општем режиму који је регулисан ЗИКС-ом, док је за оне проблематичне предвиђен посебан режим издржавања који је регулисан посебним законом²⁰.

4. ФАКТОРИ КОЈИ УТИЧУ НА УСПЈЕШНОСТ РЕСОЦИЈАЛИЗАЦИЈЕ ЗАТВОРЕНИКА

Колико је битно навести факторе који доприносе успјешној реализацији праваспитног утицаја и процеса ресоцијализације, толико је битно прије свега објаснити шта се крије иза појмова ресоцијализација и преваспитања затвореника. Ријеч ресоцијализација етимолошки је латинског поријекла јер је изведена из латинских ријечи *re* (поново) и *socius* (друг, друштвен) што би се у свом изворном облику могло превести као поново социјализовати. Ако се узме у обзир дефиниција по којој се

¹⁹ Закон о извршењу кривичних и прекршајних санкција Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 63/2018, члан 24. и 25.

²⁰ Иако се свако осуђено лице, за вријеме борава у пријемном одјељењу, упозна са одредбама ЗИКС-а, кућном реду и другим прописима који се односе на права и дужности осуђених лица у току издржавања казне затвора, ипак постоје осуђена лица која се тога не придржавају и која својим понашањем отежавају спровођење предвиђеног индивидуалног програма поступања. Након што се према оваквим лицима предузму све расположиве мјере које се односе на одржавање реда и безбједности (дисциплинске казне, појачан надзор, смејштај у одјељење са појачаним надзором, усамљење и др), а исте нису дале очекиване резултате, постоји могућност распореда ових лица у Одјељење са посебним режимом. Распоред у Одјељење са посебним режимом се не третира као дисциплинска казна. Управо због оваквих проблематичних затвореника, дошло је до издвајањем једног дијела норми из ЗИКС-а, како би се за увео посебан режим извршења, што је имало за резултат да 2010. године дође до доношења посебног закона којим је регулисана ова област. Пропис којим је регулисан посебан режим извршења казне затвора у Републици Српској је Закон о посебном режиму извршења казне затвора (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 30/2010). Одредбама наведеног закона уређен је поступак распоређивања осуђених лица у Одјељење са посебним режимом (у даљем тексту Одјељење) и организација самог Одјељења, али и положај и дисциплинска одговорност осуђених лица. Одјељење са посебним режимом основано је унутар КПЗ Фоча као посебно затворено Одјељење ове казнено-поправне установе која је затвореног типа. Надзор над радом Одјељења врши Министарство правде, док Одјељењем руководи руководилац Одјељења који за свој рад одговара директору КПЗ Фоча. У ово Одјељење се распоређују она осуђена лица мушког пола која су за вријеме извршења казне затвора битно угрожавала безбједност, односно ред и дисциплину у установи. Сврха распореда у Одјељење је спречавање свих облика понашања осуђених лица која за циљ имају нарушавање формалног система и организације рада казнено-поправних установа, кроз примјену посебних метода и облика рада.

социјализација дефинише као процес социјалног учења у којем појединац добија социјално релевантне облике понашања и обликује се као личност са својим специфичносним карактеристикама,²¹ онда би ресоцијализација подразумевала процес постепеног реинтегрисања преступника из криминалане подгрупе у друштвене заједнице као групу.²² Преваспитање, у затворској пракси представља процес који у себи садржи активности кориговања друштвено неприхватљивих навика, ставова, мишљења и других особина и активности на плану доградње и коначног структурисања личности.²³

Затворске институције имају кључну улогу у процесима ресоцијализације и преваспитања затвореника. Такође, имају велику друштвену одговорност за остваривање сврхе и циљева кажњавања преступника, односно ефикасно извршење изречених кривичних санкција и мера у превенцији криминалитета.²⁴ Управо из тог разлога, државе настоје да констатно унапређују и осавременењу сопствене затворске системе. Ипак, пракса и доступни подаци иду у прилог тези да су ефекти затвора много скромнији него што то теорија указује. Тако се од практичара из ове области често може чути став да је за преступнике који немају криминалну прошлост, који су млади и животно неискусни, посебно оне који су осуђени на казне затвора до године дана, много ефикасније било примјенити неку од алтернативних санкција укључујући и кућни затвор, него упућивати их у затвор. Затвор за ту врсту осуђеника може бити веома лоше искуство, нека врста контаминације, па и „семинар“ након којег још јаче буду увучени у дисфункционалне односе криминалних миљеа. Управо због ових негативних ефеката, неоспорно је да велику улогу у самом процесу издржавања затворских казни и успјешности у отклањању узрока криминалитета има преваспитни третман. Ресоцијализација и успјешност преваспитног третмана зависи у великој мјери и од добре организације и сарадње служби које функционишу у казнено-поправном заводу, као и несметаног спровођења свих законских одредби у оквиру нормативног система.²⁵

Уколико се вратимо на факторе који доприносе успјешнијој реализацији преваспитног утицаја и процеса ресоцијализације, први фактор којег је потребно навести је категоризација установа. Категоризација казнено-поправних установа подразумева постојање различитих типова и врста завода и одјељења у која се класификују различите категорије осуђеника у складу са њиховим личним особинама и криминолошким карактеристикама. Категоризацију ваља схватити као, на основу науке настао, практичан оквир за различите облике третмана прилагођене личности осуђеника.²⁶ Истовремено представља предуслов самог извршења казне затвора

²¹ Рот, Н. (1972). *Социјална психологија*, Београд, 73.

²² Мацановић, Н., Надаревић Д. (2014). *Пенолошка андрагогија*, Бања Лука, 45.

²³ Пантелић, Д. (1983). *Пенолошка андрагогија*. Београд: Виша школа унутрашњих послова, 55.

²⁴ Играчки, Ј. (2019). *Извршење кривичних санкција и мера у Србији, Одговорност и санкција у кривичном праву: са посебним освртом на међународно кривично право*. Београд: Удружење за међународно кривично право, 395.

²⁵ Мацановић, Надаревић (2014), 57.

²⁶ Радовановић, Д. (2000). *Категоризација установа за извршење кривичних санкција у Републици Србији, Реформа система извршења кривичних санкција*. Београд: Удружење за пенологију Југославије, 53.

јер постављање основа индивидуалног третмана зависи од типа установе у коју се осуђеник упућује. У овом дијелу су стручњаци на вријеме препознали напуштање територијалног принципа извршења казне затвора. Принцип “тип установе и третман сагласно личности» треба да омогући реализацију савремених пенолошких достигнућа у области третмана осуђених лица.²⁷ Управо разноврсни типови затвора треба да омогуће квалитетну индивидуализацију осуђеника, да спрече “криминалну инфекцију» и формирање јаког негативног неформалног система, те да омогуће примену разноврсних корекционих програма адекватних за одређену групацију осуђеника.²⁸ Према једном броју теоретичара, установе се, према критеријуму временског трајања казне затвора, категоришу на окружне затворе и казнено-поправне заводе, при чему се казне затвора до једне године извршавају у окружним затворима, а дуже казне у казнено-поправним заводима (оваква категоризација типова завода постоји у Републици Србији што је претходно наведено у тексту). Даље, према степену обезбјеђења, степену ограничења слободе кретања затвореника, као и примјењеним мјерама поступања према затвореницима, најчешће се установе класификују у: установе отвореног типа, установе полуотвореног типа и установе затвореног типа. Постоје и заводи затвореног типа са посебним обезбјеђењем. Посебна категорија завода су отворени казнено-поправни заводи, који не постоје ни у једном ентитету у Босни и Херцеговини, а у којима, по правилу, казну затвора извршавају нехатни извршиоци кривичних дела, односно затвореници код којих је претходно остварен висок степен ресоцијализације у заводима полуотвореног и затвореног типа завода. Категоризација затвора је веома битна због остваривања још једног фактора којим се постиже успјешна ресоцијализација затвореника а то је класификација осуђених лица, а самим тим и реинтеграција осуђеника у друштвену заједницу.

Други фактор без којег се не може ни замислити утврђивање и спровођење третмана као основне методе у поступању са осуђеним лицима је, свакако, класификација осуђених лица и то једно до најснажнијих средстава за постизање циљева концепта ресоцијализације и рехабилитације.²⁹ Третман је процес који подразумјева планске, систематске и организоване активности које се спроводе према затвореницима, а чији је циљ њихово оспособљавање да поштују друштвене норме и правила да не би више долазили у сукоб са законом³⁰. Служба третмана прорамира и координира васпитни рад, испитује личност затвореника, израђује програм поступања за сваког затвореника понаособ, непосредно прати рад и понашање затвореника у току издржавања казне затвора, обједињује податке, анализира и проучава постигнуте резултате, те на основу постигнутих резултата предузима потребне мјере и унапређује васпитни рад у Установи. Сврха класификације је стриктно прописана Стандардним минималним правилима за поступање са затвореницима УН. Овим међународним актом, правилом 93. прописано је обавезно разврставање и индивидуализација затвореника у смислу следећих циљева: а) потребно је разврстати затворенике на начин да они са дељим криминалним досијеом и лошим карактерним predisпозицијама

²⁷ Марић, Б., Булатовић, И. (2004). *Систем извршења кривичних санкција у Републици Србији*, Београд, 39.

²⁸ Играчки (2020), 54.

²⁹ Атанацковић (1988), 153.

³⁰ Закон о извршењу кривичних и прекршајних санкција Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 63/2018, члан 3.

не остварују негативан утицај на друге и б) потребно је затворенике подијелити по категоријама како би се олакшао начин спровођења мјера третмана, што значи да мјере третмана буду што више прилагођене личности осуђеника. Како би се остварила два наведена циља, препоручује се да се за различите категорије затвореника користе одвојени затвори или одјели/одјељења, а да се програм поступања припрема у најкраћем року по пријему и проучавању личности сваког осуђеника и то на начин да програм буде максимално прилагођен индивидуалним потребама, способностима и ставовима осуђеника. Класификација затвореника обухвата поступак којим се врши интерна класификација и рекласификација, начин праћења спровођења програма поступања и врсте и обим погодности које се могу одобравати затвореницима. Истовремено, представља метод којим се врши координисање програма поступања и личности затвореника. Класификација затвореника у класификационо-стимулативне групе не обухвата затворенике које су осуђени на казне затвора од три мјесеца и мање казне. У казнено-поправним установама у Републици Српској постоје следеће класификационо-стимулативне групе: припремна, А2, А1, Б2, Б1 и Ц³¹.

Да би се правилно извршила класификација затвореника, потребна је претходна квалитетна опсервација личности затвореника. Сви затвореници након доласка у казнено-поправну установу смјештају се у пријемно одјељење гдје, у зависности од висине казне, бораве од 15 до 30 дана. За вријеме боравка у пријемном одјељењу, личност осуђеног лица се проучава са психолошког, педагошког, социјалног и безбједносног аспекта. На основу резултата опсервације личности коју обавља тим стручњака пријемног одјељења, врши се процјена ризика затвореника и утврђује се приједлог програма поступања коју одобрава директор установе. Након тога затвореници се распоређују у тзв. припремну групу (затвореници осуђени на казну затвора до једне године ту проведу $\frac{1}{4}$ изречене казне, док сви други проведу три мјесеца). Током распореда у припремној групи, прати се понашање затвореника и реализација првобитно одређеног програма поступања, а на основу остварених резултата врши се даљи распоред у класификационо-стимулативне групе које се разликују по степену и интензитету индивидуалног рада. Класификација је веома битна за затворенике због остваривања погодности унутар и ван Установе, а од њиховог понашања и залагања зависи и рекласификација. Рекласификација се врши на основу сталног праћења активности затвореника у свим аспектима живота, понашања и рада у затвору, те од тога зависи да ли ће затвореници након одређеног времена да пређу у бољу или у лошију класификациону групу. Уколико то заслужи и докажу својим залагањима и понашањем, могуће је да се рекласификација затвореника врши сваких шест мјесеци. Изузетак су затвореници који су осуђени на затворске казне до двије године, јер се у тим случајевима рекласификација врши свака три мјесеца. Врста, начин кориштења и дужина трајања погодности затвореника директно зависи од класификације, тако да је то битан корективни фактор у понашању затвореника.

5. ПОЈАМ И ОБЛИЦИ ПРЕВАСПИТНОГ ТРЕТМАНА

Концепција преваспитног третмана добија на значају тек након другог свјетског рата, јер темељни циљеви постају превенција и третман, односно ресоцијализација

³¹ Правилник о класификацији и рекласификацији затвореника, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 59/9.

гдје се истиче важност индивидуализованог приступа, односно третмана, који треба одрадити након иситивања личности.³² Под третманом се у савременом пенолошкој андрагогији подразумева поступање са извршиоцима кривичних дјела и обухвата три фазе: поступање у току вођења кривичног поступка, у току извршења кривичне санкције у затворској установи и у постпеналном периоду. Сврха преваспитног третмана, у сви фазама, треба да се огледа у откањању негативних фактора личности учиниоца који су га довели до криминогених понашања и почињења кривичних дјела. Преваспитни третман треба да утиче на осуђеника да казну доживи не као одмазду, већ као мјеру преваспитања. У току вођења судског процеса, те изрицања одговарајуће санкције према оптуженоме, мора се водити рачуна да концепт суђења и извршења буду комплементарни, што захтјева од кривичног поступка да „стоји под идејом личности“, чиме и сама казна добија другу орјентацију.³³ Од третмана који се спроводи за вријеме извршења казне затвора у затворској установи, на чему је фокус овог рада, зависи успјешност ресоцијализације личности затвореника.

Као што је већ поменуто, третман се може дефинисати као процес који подразумева планске, систематске и организоване активности које се спровode према затвореницима, а чији је циљ њихово оспособљавање да поштују друштвене норме и правила да не би више долазили у сукоб са законом. Васпитачи који раде у оквиру Службе третмана су задужени да програмирају и координирају васпитни рад, испитују личност затвореника, израђују програм поступања за сваког затвореника понаособ, непосредно прате рад и понашање затвореника у току издржавања казне затвора, обједињују податке, анализирају и проучавају постигнуте резултате. Према облику преваспитни третман може да буде општи и посебан. За вријеме издржавања казна затвора, тј. приликом боравка затвореника у казнено-поправној установи, васпитачи програм поступања увијек постављају према индивидуи затвореника, тако да се он разликује до затвореника до затвореника према садржини и према начину извођења. Оно што сваки третман обухвата, без обзира на категорију затвореника, је индивидуална терапија, културно-просвјетни рад и организација слободног времена. За све оне затворенике који се не могу успјешно укључити у општи третман (као што су болесни и изнемогли затвореници, овисници, личности смањених образовних капацитета и сл.) постоји посебан преваспитни третман који обухвата све неопходне мјере и радње како би се остварила законска сврха извршења кривичних санкција.

Најважнији елементи институционалног преваспитног третмана су: поштовање кућног реда казнено-поправне установе, радни ангажман затвореника, слободне активности, образовање, погодности, мјере кажњавања и мјере награђивања. Затвореници су одмах по доласку у затворске просторије обавезни да се упознају са правилима понашања. Начин живота и организација рада затвореника су нормативно уређени законским и подзаконским актима³⁴. Правилником о кућном реду за издржавање казне затвора, који је доступан свим затвореницима, прописана су сва права затвореника али и строга правила која се морају поштовати како би се

³² Мацановић, Надаревић (2014), 56.

³³ Милутиновић, М. (1977). *Пенологија*. Београд: Савремена администрација, 187.

³⁴ У Републици Српској поред ЗИКС-а најважнији подзаконски акт у овој области је Правилник о кућном реду за издржавање казне затвора, објављен у *Службеном гласнику Републике Српске*, бр. 58/2020.

обезбједили ред и дисциплина као предуслов за реализацију третманском програма поступања. Сваки дан у затвору протиче у складу са распоредом дневних активности којег припремају надлежне затворске службе, док је кућним редом прописано: распоред и квалитет дневних obroka, хигијенски стандарди одјевања и просторија у којима затвореници бораве, права затвореника на посјете, право затвореника да примају пакете и друге пошिल्ке, право на задовољење вјерских потреба, остваривање бирачког права, боравак на свјежем ваздуху итд. Веома битан сегмент за успјешну реализацију третмана, а самим тим и за преваспитање и ресоцијализацију је радни ангажман затвореника. Установа је дужна да обезбједи рад затвореника који је по својој природи користан али и добровољан. Сваки затвореник у складу са својим здравственим и радним способностима, односно стеченим знањима може да се добровољно изјасни да учествује у раду. Радно вријеме затвореника је 40 сати седмично, с тим да је битно нагласити да затвореници имају право на дневни, седмични и годишњи одмор као и право на накнаду за свој рад. Управо ово представља стимулативну мјеру, јер увијек постоји један број затвореника који не желе да раде па су самим тим ускраћени и за одређене врсте погодности. Привредно-инструкторска служба затвора је задужена да организује радно ангажовање и стручну обуку затвореника у радионицама, погонима Установе, економијама, фармама и другим радилиштима унутар и ван круга Установе. Рад затвореника у Установана мора бити користан и не може се користити као вид казне, те предстаља позитиван елемент третмана којим се затвореник подстиче у одржавању и стицању стручних знања и радних способности, као и задовољењу његових физичких и душевних потреба. С обзиром да се од затвореника неријетко може чути реченица „... како на издржавању затвора имају много више слободног времена него вани...“ управо радно-окупациона терапија је један од најпожељнијих начина ангажовања затвореника. У оквиру третмана се могу организовати различите секције спортског, образовног и културног карактера, док је затвореницима омогућено читање дневне и периодичне штампе, као и праћење радио и тв програма.

У сваком случају, понашање и владање затвореника у највећој мјери утуче на њихов распоред у класификационо-стимулативне групе и рекласификацију на боље и горе, од којим даље зависе бројне погодности унутар и ван установе као и остала права која могу да остварују као затвореници. Приликом одобравања погодности ван круга Установе узимају се обзир: а) понашање затвореника од почетка издржавања казне; б) однос према раду, средствима рада и постигнутим резултатима рада; в) однос према културно-просвјетном раду и ангажовање у слободним активностима. У изузетним случајевима, руководиоца затворске установе може затвореницима ускратити кориштење погодности ван круга установе на одређено вријеме, а нарочито када то налажу интереси безбедности. Осим наведеног, закон је прописао одређене мјере које се користе у сврху санкционисања затвореника за теже или лакше дисциплинске преступе. Све у свему, што су затвореници више запослени и радно ангажовани, имаће мање прилике да развију негативне образце понашања. Истовремено смањује се могућност негативног утицаја проблематичних затвореника и контаминација млађих и мање искусних затвореника од стране искуснијих криминалаца, који неријетко због отпора и неприлађавања формалном затворском систему морају бити премјештени у одјељење појачаног надзора, самнице или бити подвргнути посебном режиму издржавања казне затвора.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Казна лишења слободе, односно казна затвора, заузима још увијек најзначајније мјесто у систему кривичних санкција, као што је то претходно наведено, она је одувјек имала своје предности и недостатке. Иако затворска популација, из године у годину, процентуално варира а статистике поражавајуће упућују на тенденцију пораста броја затвореника и броја рецидивиста у извршењу кривичних дјела, засигурно је да ће још дуго времена лишење слободе бити најадекватнији, најприкладнији и најдјелотворнији одговор на различите видове криминалитета.

Историјски посматрано, затварање у старом и средњем вијеку, није имало карактер кривичне санкције али је садржински имало карактер обезбјеђења присуства учиниоца кривичног дјела, односно да би се над њим примијенила нека друга казна. Управо због тога се са разлогом може навести тврдња да казна лишења слободе, односно казна затвора представља тековину капитализма јер је као кривична санкција уведена у казнена законодавства тек крајем 18. односно почетком 19. вијека. Кроз историју, затвори су били мјеста најгрубље туртуре, намјерне психофизичке деградације и дехуманизације људи. Еволуција затворских система дешавала се у складу са промјенама у друштву, тако да данас затворски системи у свијету чине изузетно сложен и деликатан систем чија је сврха осигурати извршење казне затвора уз максимално поштовање људских права. Пут до развоја модерних реналних установа био је дуг и спор, али временом су затвори све више почели да личе на данашње.

Данас, затворске институције имају кључну улогу у процесима ресоцијализације и преваспитања затвореника, што значи да имају велику друштвену одговорност за остваривање сврхе и циљева кажњавања преступника. Ресоцијализација и успјешност преваспитног третмана, као и спровођење нормативе у области извршења зависи у великој мјери и од добре организације и сарадње свих служби које функционишу у заводским установама. Фокусом на факторе који у затворима утичу на остваривање ресоцијализације, циљ рада је био приближити и презентовати функционисање затворског система, као и организацију, оснивање и категоризацију затворских установа. Осим тога, кроз обраду појма и смисла класификације затвореника јасно је разграничена улога и начин третманског рада на преваспитању затвореника. Кроз концепцију институционалног преваспитног третмана, која се заснива на индивидуалном приступу рада са сваким затвореником, пракса је доказала да је једино тако могуће остварити позитивне резултате у раду са извршиоцима кривичних дјела, како са аспекта генералне тако и са спекта специјалне превецције. Због увијек присутног проблема паралелног постојања формалног и неформалног система у затвору, неоспорно је да одређен број појединаца остане изван процеса преваспитања и такви појединци у континуитету, због структуре личности и личног односа према криминалитету, остају у зачараном кругу извршење кривичног дјела-извршење кривичне санкције-рецидив. Али и за такве постоји посебан режим извршења казне затвора који је законодаваца предвидио како би се онемогућио негативан утицај на оне затворенике који су спремни и способни да сарађују на дугорајном процесу преваспитања и могућем повратку у нормалне друштвене токове живота.

Према томе, што су бољи услови у затворским просторијама и разносврсној третманској облици рада са затвореницима утолико је већа могућност да се затвореници преваспитају и врате у друштвено прихватљиве облике понашања.

ЛИТЕРАТУРА

Монографије, чланци

- Атанацковић, Д. (1988). *Пенологија*. Београд: Научна књига.
- Играчки Ј. (2019). *Извршење кривичних санкција и мера у Србији, Одговорност и санкција у кривичном праву: са посебним освртом на међународно кривично право*. Београд: Удружење за међународно кривично право.
- Играчки, Ј. (2020). *Ефекти затвора у ресоцијализацији осуђеника*. Београд: Иститут за кримилолошка и социолошка истраживања.
- Јовашевић, Д. (2002). Појам и карактеристике казне затвора у југословенском праву. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш.
- Јосиповић И. (2018). *Функционисање затворског система у другој половини 19.стољећа*. Загреб: Свеучилиште у Загребу.
- Мацановић, Н., Надаревић Д. (2014). *Пенолошка андрагогија*, Бања Лука.
- Марић Б., Булатовић И. (2004). *Систем извршења кривичних санкција у Републици Србији*, Београд.
- Милутиновић, М.(1977). *Пенологија*. Београд: Савремена администрација.
- Мјере за смањење затворске популације. (2014). Београд: Београдски центар за људска права.
- Митровић, Љ. (2012). *Систем казних санкција у Републици Српској*. Бања Лука: Међународно удружење научних радника Бања Лука.
- Мрвић Петровић, Н. (2007). *Криза затвора*. Београд: Правна библиотека.
- Николић З., Крон Л. (2011). *Тоталне установе и депривација – књига о човеку и невољи*. Београд: Институт за кримилолошка и социолошка истраживања.
- Пантелић, Д. (1983). *Пенолошка андрагогија*. Београд: Виша школа унутрашњих послова.
- Радовановић, Д. (2000). *Категоризација установа за извршење кривичних санкција у Републици Србији, Реформа система извршења кривичних санкција*. Београд: Удружење за пенологију Југославије.
- Рот, Н. (1972). *Социјална психологија*, Београд.
- Стојановић, З. (2001). *Кривично право, Општи део*. Београд: Службени гласник.
- Стојановић, З. (2012). *Затворски системи у свијету*. Београд: Иститут за кримилолошка и социолошка истраживања.
- Томчић, З, Хорват, В. (2018). Заокрет казнене политике и савремени затворски систем у Низоземској, *Правни вијесник*, 34(1). Осijek: Правни факултет Свеучилишта Јосипа Јурја Штросмајера.

The Role of Prisons in the Re-Education and Resocialization of Prisoners

Summary: During the serving of a prison sentence, the way of life and organization of daily activities of prisoners are strictly defined by laws and bylaws, all with the aim of achieving the purpose of executing criminal sanctions. This primarily implies the implementation of final, executive court decisions and the separation of perpetrators of crimes and misdemeanors from the social environment in order to re-educate, treat and train them to live in freedom in accordance with socially acceptable norms. Institutions for the execution of criminal sanctions are those that, through various forms of work and procedures, conduct institutional re-education and the process of re-socialization of prisoners. But in addition to the formal legal system that the state prescribes in order to regulate the position of prisoners, re-education is also influenced by the

informal system. Prisoners build an informal system through their behavior in mutual relations conditioned by deprivation of freedom of movement and stay in a limited space. The paper will deal with normative elements of organization and functioning of penitentiary institutions, factors influencing the success of resocialization, specifics of re-education, position of prisoners in prisons, as well as the impact of classification of prisoners on the success of re-socialization and re-education despite the lack of post-penal treatment.

Key words: prison system, re-education of prisoners, treatment, organization of life and work in prison, resocialization.



DOI: 10.7251/GFP2212122K

UDC: 343.13:343.222(497.6)

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
3. jun 2022.

Datum prihvatanja rada:
25. jul 2022.

Aktuelna pitanja procesne prirode: Dokazivanje krivičnih djela i krivice u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine

Apstrakt: U ovom radu autori su aktualizirali određena pitanja koja se neposredno odnose na kompleksnost utvrđivanja, odnosno dokazivanja postojanja određenog krivičnog djela i krivice, uvažavajući pravnu prirodu i osnovne specifičnosti krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini. Uvažavajući zakonom normirane stadije krivičnog postupka, konzistentnost i dosljedna primjena zakona kao imperativna obaveza svih krivičnoprocesnih subjekata na planu realizacije krivičnoprocesnog zadatka je usmjerena na pravilno i zakonito donošenje sudske odluke kojom se rasvjetljava i rješava konkretna krivična stvar. U tom smislu, autori su posebnu pažnju usmjerili na diferencijaciju između obavještajnih podataka i informacija, s jedne strane, i dokaza u krivičnom postupku, s druge strane, zatim zakonito prikupljanje dokaza, tajnosti istrage kao osnovnoj pretpostavci za efikasno sprovođenje istrage, te sprovođenju glavnog pretresa. Prilikom sprovođenja glavnog pretresa, naglašena je krivičnoprocesna važnost dokaznog postupka kao centralnog dijela, koji po prirodi stvari zavređuje posebnu pažnju.

Ključne riječi: dokaz, dokazivanje, krivični postupak, Bosna i Hercegovina.

Samir Karović

Vanredni profesor, Pravni fakultet, Univerzitet u Travniku, BiH, zaposlen u Državnoj agenciji za istrage i zaštitu, karovic.s@hotmail.com

Marina Simović

Sekretar Ombudsmena za djecu Republike Srpske, vanredni profesor, Fakultet pravnih nauka Univerziteta „Apeiron“ Banja Luka, marina.s@blic.net

1. OSNOVNE SPECIFIČNOSTI KRIVIČNOG POSTUPKA U BOSNI I HERCEGOVINI

Jedan od suštinskih problema krivičnoprocesne prirode u vezi efikasne i energične borbe protiv svih oblika kriminaliteta, uključujući i savremene, odnosno specifične oblike organizovanog kriminaliteta, predstavlja segment utvrđivanja, odnosno dokazivanja postojanja određenog ili konkretnog krivičnog djela i krivice. Pravilna primjena materijalnog prava i zadovoljenje restriktivnih zakonskih uslova procesne prirode u svakom konkretnom krivičnom predmetu predstavlja imperativ za svako lice kojem su zakonom povjerena, odnosno propisana određena ovlaštenja (prava i dužnosti) u vezi realizacije krivičnoprocesnog zadatka koji se odnosi na rasvjetljavanje i rješavanje određene krivične stvari, te donošenje ispravne i zakonite sudske odluke. U svom najužem značenju krivični postupak

predstavlja uređen sistem odnosa i radnji odgovarajućih državnih tijela, te drugih pravnih i fizičkih osoba, do kojeg dolazi, ali ne i nužno, u slučaju određenog stepena vjerovatnosti iskazanog kroz osnove ili osnovanu sumnju da je počinjeno krivično djelo¹. Svaki krivični događaj predstavlja neponovljiv, jedinstven i autentičan događaj koji je možda sličan ili srodan nekom drugom krivičnom događaju, te kao takav inkorporira i određene specifičnosti koje predstavljaju profesionalni izazov i za najiskusnije teoretičare i praktičare.

Procesni okvir i djelovanje glavnih i sporednih ili pomoćnih krivičnoprocesnih subjekata na planu realizacije krivičnoprocesnog zadatka je u praktičnom smislu operacionalizovan, određen i pravno normiran odredbama zakona o krivičnom postupku². Prema tim procesnim zakonima, model krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini je mješoviti, akuzatorno – inkvizitorski, s nekim odlikama koje ga čine posebnim modelom mješovitog tipa krivičnog postupka³. Osnovne karakteristike novih ustanova i rješenja u zakonu su: usaglašavanje sa Ustavom Bosne i Hercegovine i međunarodnim pravnim aktima; bolja zaštita prava osumnjičenog, odnosno optuženog; približavanje akuzatorskom tipu postupka; tendencija ka uspostavljanju ravnopravnosti stranaka i usavršavanje postojećih i kreiranje novih instrumenata za efikasniji postupak⁴. Međutim, praktična iskustva koja se odnose na otkrivanje, istraživanje i dokazivanje postojanja određenog krivičnog djela i krivice potvrđuju kompleksnost, odnosno složenost kriminaliteta kao pravnog i društvenog realiteta, što u praktično smislu izaziva i brojne probleme, nejasnoće i dileme u vezi pravilne i zakonite primjene zakona. Svaka krivična stvar (u pravom ili nepravom smislu) iz prakse, tj. iz našeg svakodnevnog života, pred subjekte odnosno agencije za sprovođenje zakona i krivično pravosuđe u cjelini postavlja određene visoke zahtjeve koji se odnose na dosljednu, pravilnu i zakonitu primjenu zakona. Posmatrano isključivo sa teorijskog aspekta, dokazivanje postojanja krivičnog djela i krivice i nije u tolikoj mjeri kompleksno i zahtijevno, ali, s druge strane, istovremeno konkretni krivični predmeti - slučajevi iz prakse nedvosmisleno potvrđuju da se radi o izuzetno kompleksnim i zahtjevnim aktivnostima.

Takođe, savremeni oblici fenomenološkog ispoljavanja kriminaliteta dodatno otežavaju blagovremeno, efikasno i zakonito postupanje subjekata, odnosno agencija za sprovođenje zakona. Ovom prilikom navešćemo dva ključna ili suštinska razloga koji

¹ Halilović, H. (2019). *Krivično procesno pravo, Knjiga prva: Uvod i temeljni pojmovi*. Sarajevo: Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Univerzitet u Sarajevu, 27.

² Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine. *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/5, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13 i 65/18; Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske. *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 53/12, 91/17 i 66/18; Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine. *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 35/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14 i 74/20; Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. *Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, br. 10/03, 48/04, 06/05, 12/07, 14/07, 21/07, 27/14 i 3/19.

³ Bubalo, T. (2008). *Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17. 6. 2008. - pozitivna rješenja i iznjevjerena očekivanja*. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 15(2), Zagreb, 1132.

⁴ Simović, M. (2003). Radnje i mjere procesne prinude i posebne istražne radnje u zakonu o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine u svjetlu borbe protiv organizovanog kriminala. *Kriminalističke teme*, 3-4, Sarajevo: Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Univerzitet u Sarajevu, 80.

se odnose na kompleksnost suzbijanja savremenih oblika kriminaliteta, a to je neodređenost krivičnog djela u zakonu i drugo, nedostatak odgovora, odnosno zakonskih rješenja procesne prirode u vezi blagovremenog, efikasnog i zakonitog otkrivanja i dokazivanja. U materijalnom smislu, neophodno je razmotriti realne potrebe i mogućnost inkriminisanja određenih ponašanja i propisivanje kataloga novih krivičnih djela (npr. dopuniti katalog krivičnih djela iz oblasti visokotehnološkog kriminaliteta, krivičnih djela protiv službene dužnosti i dr.). S druge strane, posmatrano sa krivičnoprocesnog aspekta, zakonodavac neminovno mora kontinuirano djelovati na planu pronalaženja adekvatnih i srazmjerno potrebnih zakonskih rješenja procesne prirode, posebno u dijelu koji se odnosi na zakonito prikupljanje potrebnih dokaza neophodnih za efikasno vođenje krivičnog postupka.

2. DIFERENCIJACIJA IZMEĐU OBAVJEŠTAJNIH INFORMACIJA I PODATAKA I DOKAZA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Jedan od problema procesne prirode u vezi dokazivanja, odnosno utvrđivanja postojanja određenog krivičnog djela i krivice predstavlja pogrešno poistovjećivanje obavještajnih informacija i podataka, s jedne strane, i dokaza, s druge strane. Prikupljena operativna saznanja koja nastaju kao rezultat sprovođenja određenih operativno-taktičkih mjera i radnji od strane policije, odnosno ovlaštenih službenih lica, kao i drugih agencija za sprovođenje zakona (obavještajna agencija, granična služba, poreska uprava, carinske službe i dr.), s obzirom da nemaju propisanu procesnu formu, samim tim nemaju ni dokaznu vrijednosti. To znači da se ne mogu smatrati dokazom, te u tom smislu koristiti za efikasno vođenje krivičnog postupka. To nikako ne znači da takva operativna saznanja i cjelokupan operativni materijal nema nikakvu vrijednost ili značaj za sprovođenje određenih istražno - dokaznih aktivnosti, ali je neophodno prepoznati i identifikovati jasnu liniju razgraničenja između informacija i podataka obavještajnog karaktera i dokaza koji se mogu koristiti za efikasno vođenje krivičnog postupka. Značaj operativnih podataka i informacija posebno dolazi do izražaja u otkrivačkoj fazi - na planu prikupljanja inicijalnih saznanja koja ukazuju na postojanje određenog krivičnog djela i izvršioca.

U vezi nemogućnosti blagovremenog prijavljivanja i otkrivanja postojanja krivičnih djela susrećemo se sa brojnim problemima praktične prirode:

- građani najčešće prijavljuju krivična djela kada su lično oštećeni;
- nepostojanje potrebnog stepena povjerenja građana u odnosu na policiju i druge subjekte za sprovođenje zakona (tužilaštvo, poreske službe i itd.);
- osjećaj lične subjektivne nesigurnosti kod građana;
- nemogućnost dokazivanja postojanja krivičnih djela zbog određenih krivičnoprocesnih razloga;
- kompleksnost i (ne)mogućnost angažovanja saradnika - informanta;
- nedovoljna stručna osposobljenost ovlaštenih službenih lica,
- nedovoljna animiranost, involviranost i iskorištenost vanpravnih, odnosno društvenih subjekata na planu preventivnog djelovanja;
- mobilnost modernog čovjeka, internacionalizacija ili međunarodna komponenta kriminaliteta;
- kompleksnost otkrivanja pojedinih krivičnih djela (npr. privredni i finansijski kriminalitet);
- posebnost otkrivanja krivičnih djela gdje se kao žrtve/oštećeni, ali i izvršioci krivičnih djela pojavljuju maloljetnici;

- ograničene mogućnosti korištenja prikriivenog istražitelja, ali i primjene, odnosno izvođenja drugih posebnih istražnih radnji.⁵

Takođe, i u istražnoj fazi operativni podaci i informacije imaju važan značaj, kao i svrsishodnost i korisnost u smislu blagovremenog iniciranja i sprovođenja određenih krivičnoprocesnih radnji, cijeneći da po svom operativnom značaju, prirodi i vrsti mogu uticati na izbor i svrsishodnost primjene određenih krivičnoprocesnih radnji u konkretnom krivičnom predmetu.

Zakonodavac je propisao restriktivne zakonske uslove koji se odnose na aktivnosti glavnih i sporednih ili pomoćnih krivičnoprocesnih subjekata. Prikupljanje dokaza mora zadovoljavati propisanu procesnu formu kako bi prikupljeni dokazi imali dokaznu vrijednost i koristili se za efikasno vođenje krivičnog postupka. Ilustracije radi, izvještaji o počinjenom krivičnom djelu i izvršiocu sačinjeni od strane policije, odnosno ovlaštenih službenih lica, iako kao takvi nisu propisani zakonima o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini, već podzakonskim aktima (instrukcije, uputstva i dr.), moraju zadovoljavati dokazni standard, a to je postojanje osnova sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo kao materijalnog osnova za pokretanje i sprovođenje istrage od strane postupajućeg tužioca. Ovlaštena službena lica i postupajući tužilac moraju imati sasvim jasnu predstavu o tome i razgraničiti, tj. povući jasnu liniju između obavještajnih podataka ili informacija i, s druge strane, dokaza.

Sasvim drugačija situacija je kada se radi o građanima koji prijavljuju postojanje određenog krivičnog djela i izvršioca, cijeneći da oni nisu obavezni da (pre)poznaju materijalna pravila i procesne norme, tj. ne poznaju dokazne standarde, već samo dostavljaju određena, tačnije raspoloživa saznanja subjektima, odnosno agencijama za sprovođenje zakona (policiji, tužilaštvu i dr.) kao društveno odgovorni i savjesni građani, a u cilju daljeg preduzimanja aktivnosti od strane nadležnih organa. Iz navedenog proizilazi da samostalna djelatnost policije i drugih subjekata za sprovođenje zakona nema odgovarajuću zakonsku, odnosno procesnu formu koja prikupljenim obavještenjima daje procesnu i dokaznu vrijednost u krivičnom postupku. U suprotnom, stvara se pogrešan subjektivni dojam i uvjerenje u vezi zadovoljenja dokaznih standarda što u konačnici dovodi do neželjenih konsekvenci (nedostatak dokaza i dr.).

Poseban teret odgovornosti u vezi dokazivanja postojanja određenog krivičnog djela i krivice ima postupajući tužilac, tako da pravilno razumijevanje i diferencijacija između operativnog materijala koji je nastao kao plod preduzimanja određenih operativno - taktičkih mjera i radnji i, s druge strane, zakonito prikupljenog dokaza je neophodan uslov za blagovremeno, efikasno i zakonito postupanje, a u vezi kreiranja pravilne dokazne strategije. Uz to, navedena diferencijacija je veoma važna za pravilno razumijevanje pravne prirode krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini, a posebno dokaznog postupka kao glavnog ili centralnog stadija glavnog pretresa. Prije svega, dokazima se utvrđuju i razjašnjavaju činjenice koje čine sadržinu krivične stvari i osnov su svih sudskih odluka koje se donose u krivičnom postupku.⁶

Međutim, analizom zakonskog teksta, odnosno procesnih odredbi zakona o krivič-

⁵ Karović, S. (2020). Adekvatnost državne reakcije na kriminalitet posmatrano kroz prizmu otkrivanja postojanja krivičnih djela. *Pravo i pravda*, 19(1). Sarajevo: Udruženje sudija u Federaciji Bosne i Hercegovine, 221-227.

⁶ Bejatović, S. (2019). *Krivično procesno pravo, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*. Beograd: JP Službeni glasnik, 283.

nom postupku u Bosni i Hercegovini, primjećujemo da je zakonodavac propustio da u katalogu opštih pojmova definiše, odnosno pojmovno odredi šta se smatra dokazom, iako se radi o ključnom pojmu procesne prirode koji zavređuje posebnu pažnju i interes naučne i stručne javnosti. Proizilazi da zakonodac nije taksativno definisao ovaj pojam, a samim tim nije ni propisao značenje pojma što u narednom periodu mora biti obaveza prilikom parcijalnih intervencija u vezi izmjena i dopuna procesnih zakona. Posmatrano s praktičnog aspekta, ne smijemo zanemariti da izostanak precizne definicije pojma dokaza, po prirodi stvari, ostavlja dovoljno prostora za različita shvatanja, tumačenja i interpretacije ovog pojma od strane glavnih i sporednih ili pomoćnih krivičnoprocesnih subjekata prilikom rasvjetljavanja i rješenja konkretnih krivičnih stvari.

3. ZAKONITO PRIKUPLJANJE DOKAZA U ISTRAZI I RUKOVODNA I NADZORNA ULOGA TUŽIOCA

U vezi utvrđivanja, odnosno dokazivanja postojanja određenog krivičnog djela i krivice veoma značajno je navesti aspekt zakonitog postupanja nadležnih krivičnoprocesnih subjekata na planu prikupljanja potrebnih dokaza neophodnih za efikasno vođenje krivičnog postupka. Dokazi se prikupljaju i izvode u skladu sa odredbama Zakona o krivičnom postupku. Predmet dokazivanja jesu činjenice koje su relevantne za donošenje sudske odluke o predmetu krivičnog postupka⁷. Nakon otkrivačke faze, te iniciranja i pokretanja krivične istrage od strane postupajućeg tužioca, kada je zadovoljen materijalni uslov - postojanje osnova sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo, prikupljaju se raspoloživa saznanja i dokazi koji se odnose na prirodu krivične stvari i postojanje obilježja bića određenog krivičnog djela.

Dakle, u fazi istrage prikupljaju se dokazi koji potvrđuju viši stepen sumnje (osnovana sumnja) kao dokazni standard neophodan za sačinjavanje, odnosno podizanje optužnice od strane postupajućeg tužioca. U tom smislu, rukovodna i nadzorna uloga postupajućeg tužioca je izuzetno važna - posmatrano sa aspekta zakonitosti prikupljenih dokaza. Rukovodna uloga postupajućeg tužioca podrazumijeva da se radi o najpozvanijem autoritetu u istrazi koji autonomno i samostalno odlučuje o izboru i primjeni određenih krivičnoprocesnih radnji, dok se nadzorna uloga odnosi na ostavljivanje efektivnog nadzora nad radom ovlaštenih službenih lica (uglavnom policije, ali i drugih agencija za sprovođenje zakona) kojima povjerava na izvršenje, u pravilu, brojne, obimne i složene krivičnoprocesne aktivnosti istražnog i dokaznog karaktera (primjena opštih dokaznih radnji, posebnih istražnih radnji i dr.).

U svim fazama postupanja u vezi prikupljanja dokaza postupajući tužilac i ovlaštena službena lica moraju imati na umu da sve istražne i dokazne aktivnosti koje preduzimaju moraju zadovoljavati procesnu formu i restriktivne zakonske uslove procesne prirode. U suprotnom, svaki oblik procesne nediscipline se neposredno odražava na aspekt (ne)zakonitosti prikupljenih dokaza i dovodi u pitanje dokaznu vrijednost prikupljenih dokaza, posebno uzimajući u obzir da je u krivičnom procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine prihvaćen i usvojen koncept ili doktrina apsolutnog isključenja dokaza iz spisa. Apsolutno izdvajanje, odnosno isključenje nezakonitih dokaza obuhvata izdvajanje ili isključenje ne samo nezakonitih dokaza, već i onih dokaza za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza.

⁷ Stojanović, Z., Škulić, M., Delibašić, V. (2018). *Osnovi krivičnog prava, Krivično procesno pravo, Krivični postupak kroz praktičnu primjenu, Knjiga II*. Beograd: JP Službeni glasnik, 144.

U prilog osumnjičenom, odnosno optuženom u tom smislu ide i činjenica da se krivično djelo dešava najčešće iznenadno, tako da je teško obezbijediti unaprijed sigurne dokaze⁸. U istrazi se preduzimaju opšte dokazne radnje i posebne istražne radnje za čiju primjenu je zakonodavac propisao zadovoljenje dva kumulativna uslova i to: 1) materijalni uslov – postojanje dovoljno osnova sumnje u odnosu na svrhu - cilj primjene konkretne radnje dokazivanja i 2) formalni uslov – pribavljanje sudske naredbe (u pravilu pisane naredbe, a u hitnim, odnosno neodložnim situacijama i usmene naredbe). Osim toga, o svim preduzetim krivičnoprocesnim radnjama sačinjavaju se određeni dokumenti koji imaju propisanu procesnu formu, ali i dokaznu vrijednost (zapisnici, potvrde i dr.). Dakle, sve preduzete procesne aktivnosti na planu prikupljanja potrebnih dokaza se moraju formalizovati na način da imaju odgovarajuću ili propisanu procesnu formu, kako bi se u konačnici, kao takvi, mogli koristiti na planu rasvjetljavanja i rješenje konkretne krivične stvari i donošenja ispravne i zakonite odluke od strane suda.

Iz navedenog proizlazi da je zakonodavac, propisivanjem restriktivnih zakonskih uslova, praktično onemogućio ili spriječio samovoljno postupanje, kao i različite oblike zloupotrebe kojima se povređuju prava osumnjičenog, odnosno optuženog lica u krivičnom postupku - kao garant i zaštita pravne sigurnosti i vladavine prava. Prilikom razmatranja pitanja zakonitosti prikupljenih dokaza, neophodno je naglasiti i aspekt humanizacije savremenog krivičnog procesnog prava koji se u praktičnom smislu operacionalizira poštovanjem i zaštitom osnovnih ljudskih prava i sloboda svakog pojedinca.

Nakon ratifikacije Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, za Bosnu i Hercegovinu su učinjeni veliki koraci, kako prema uključivanju u evropske, integracije, tako i omogućavanju da njen unutrašnji pravni sistem bude podložan nadzoru nezavisnih organa Vijeća Evrope⁹. Komponentna humanizacije je neposredno povezana i u neraskidivoj vezi je sa zakonitim pribavljanjem dokaza, ali i ostvarivanjem kataloga prava osumnjičenog, odnosno optuženog lica u krivičnom postupku. Svaki oblik procesne nediscipline i nekonzistentnosti u vezi sprovođenja zakona od strane krivičnoprocesnih subjekata, po prirodi stvari ide u prilog ostvarivanju kataloga prava osumnjičenog, odnosno optuženog lica, cijeneći da bilo koje odstupanje od procesnih odredbi u tom slučaju dovodi u pitanje, tačnije djelimično ili potpuno devalvira, odnosno opovrgava navode optužbe.

4. TAJNOST ISTRAGE - OSNOVNA PRETPOSTAVKA ZA EFIKASNO SPROVOĐENJE ISTRAGE

Pokretanje i sprovođenje određene istrage uslovljeno je sa dva kumulativno propisana uslova - postojanje osnova sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo i naredba tužioca o sprovođenju istrage. Nakon pokretanja istrage, preduzimaju se određene krivičnoprocesne aktivnosti na planu prikupljanja obavještenja i dokaza koji se odnose na konkretnu krivičnu stvar. Analizom odredbi zakona o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini prepoznajemo dokazne standarde osnove sumnje i osnovanu sumnju, ali je zakonodavac u katalogu opštih pojmova definisao samo značenje izraza osnovana sumnja¹⁰.

⁸ Simović, M., Simović, V. (2011). *Krivično procesno pravo, četvrto izdanje (izmijenjeno i dopunjeno)*. Banja Luka: Pravni fakultet PIM Univerziteta u Lukavici, 200.

⁹ Simović, M. (2004). Uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u zaštiti ustavnosti u Bosni i Hercegovini. *Kriminalističke teme*, 3-4. Sarajevo: Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Univerzitet u Sarajevu, 240.

¹⁰ Član 20 stav m) Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine u katalogu osnovnih pojmova

Kao što je već navedeno, materijalni uslov za pokretanje i sprovođenje istrage je postojanje osnova sumnje da je izvršeno određeno krivično djelo, dok je zadovoljenje dokaznog standarda osnovana sumnja neophodan uslov za podizanje optužnice. U pravilu, tužilac, kao glavni i jedini autoritet u fazi istrage, autonomno vrši procjenu u svakoj konkretnoj situaciji i donosi odluku o sprovođenju određenih krivičnoprocesnih radnji, uvažavajući prirodu konkretnog krivičnog djela i druge krivičnopravne specifičnosti (vrijeme, način, mjesto izvršenja, posljedice, profil izvršioca, saučesništvo i dr.).

Ono što je posebno važno naglasiti u vezi sprovođenja istrage i postizanja odgovarajućih ili očekivanih rezultata na planu prikupljanja dokaza, kao neophodan uslov, jeste obezbjeđenje tajnosti istrage, cijeneći da od ovog uslova praktično zavisi efikasnost djelovanja, odnosno postizanja očekivanih rezultata. Međutim, izuzetno je teško obezbijediti tajnost istrage, s obzirom na realne ili potencijalne rizike, uvažavajući da su tajni podaci koji se odnose na konkretnu krivičnu istragu dostupni svim akterima, odnosno učesnicima u sprovođenju istražnih aktivnosti (policija, tužilaštvo, drugi subjekti odnosno agencije za sprovođenje zakona).

Ne treba zaboraviti kompleksnost i zahtjevnost sprovođenja posebnih istražnih radnji na operativnom, odnosno izvršnom nivou, uvažavajući njihovu pravnu prirodu, odnosno pitanje granica zakonitosti primjene, potencijalnih rizika i dr. Korišćenje specijalnih istražnih metoda, čija upotreba u kriminalističkoj praksi evropskih zemalja nema dugu tradiciju, posljednjih godina postaje sastavni dio zakonodavstva mnogih zemalja, a među njima posebnu ulogu imaju mjere infiltracije u kriminogenu sredinu, kao adekvatan odgovor organizovanim formama kriminala, kod kojih se konspirativnost u djelovanju javlja kao jedna od osnovnih karakteristika.¹¹

U tom smislu, izuzetno je kompleksno ili zahtjevno kontrolisati i zaštititi neometanu korespondenciju pismena koja se odnose na određene zahtjeve za dostavljanje informacija i podataka usmjerene na druge subjekte ili organe, dokumentaciju, izvještavanje i druge aktivnosti, s obzirom na širok krug osoba kojima je naprijed to dostupno. Jedan od faktora koji otežavaju obezbjeđenje tajnosti istrage predstavlja i vremensko trajanje krivične istrage, s obzirom na to da, u pravilu, istrage traju duži vremenski period, odnosno nekoliko mjeseci, posebno u slučajevima kada se primjenjuju i posebne istražne radnje. S druge strane, veoma je teško utvrditi i identifikovati lice koje je na određen način zloupotrijebilo povjerenja ili propisana ovlaštenja, te neovlašteno umnožilo određeni dokument, omogućilo uvid neovlaštenim licima ili na neki drugi način izvršilo distribuciju određenih dokumenata (izvještaji, informacije, zabilješke ili dr.) ili usmeno prenijela određene informacije i podatke. Apsurdno je očekivati efikasno djelovanje krivičnoprocesnih subjekata na planu realizacije krivičnoprocesnog zadatka (posebno u dijelu koji se odnosi na blagovremeno, efikasno i zakonito prikupljanje neophodnih dokaza za efikasno vođenje krivičnog postupka) bez obezbjeđenja tajnosti istrage.

Sasvim se jasno potvrđuje da je praktično nemoguće prikupiti neophodne dokaze, te dokazati postojanje određenog krivičnog djela i krivice u konačnici, ukoliko se ne zadovolji ovaj osnovni uslov – tajnost istrage, s obzirom da je realno očekivati da će osumnjičeno lice, nakon njegovog eventualnog saznanja da se protiv njega sprovodi određena krivična

definiše izraz osnovana sumnja kao viši stepen sumnje zasnovan na prikupljenim dokazima koji upućuju na zaključak da je izvršeno krivično djelo.

¹¹ Delibašić, V. (2016). Prikriveni islednik. *Žurnal za pravo i kriminalistiku*, 21(1). Beograd: Kriminalističko-policijski univerzitet, 81.

istraga, preduzeti određene aktivnosti, kako bi blagovremeno sakrilo, premjestilo, uništilo dokaze ili na neki drugi pogodan način onemogućilo pribavljanje potrebnih dokaza koji potvrđuju postojanje obilježja bića konkretnog krivičnog djela i krivice. Svaki oblik neovlaštenog postupanja od strane lica (pojedinaца) kojima su zakonom propisana ovlaštenja neposredno ugrožavaju ili dovodi u pitanje blagovremeno i efikasno djelovanje krivično-procesnih subjekata na planu realizacije krivičnoprocesnog zadatka (prikupljanje obavještenja i dokaza), onemogućava zadovoljenje dokaznih standarda, odnosno dokazivanje.

U cilju boljeg razumijevanja ovog problema, navešćemo i određene oblike zloupotrebe koji se odnose na aspekt tajnosti istrage i zaštite tajnih podataka. Radi se o slučajevima da se pojedini zaštićeni dokumenti, koji se odnose na istragu i sprovođenje određenih istražnih i dokaznih aktivnosti, javno objavljuju u medijima (novinski portali, društvene mreže i dr.). I pored institucionalnih mogućnosti instruktivne kontrole nad radom određenih organizacionih jedinica, izuzetno teško je identifikovati određena lica koja su zloupotrijebila njihova zakonom propisana ovlaštenja, te preduzeti druge mjere i radnje u vezi utvrđivanja odgovornosti i sankcinisanja tih lica (u skladu sa propisanom procedurom). Otežavajuću okolnost predstavlja rapidan tehničko-tehnološki razvoj, te novi oblici informaciono-komunikacijskih mogućnosti koje pored svoje pozitivne strane, omogućavaju i operacionalizaciju raznih oblika zloupotrebe (neovlašteno fotografisanje snimanjem i umonožavanje dokumenata, prosljeđivanje i razni oblici distribucije neovlaštenim osobama i dr.).

Prilikom razmatranja tajnosti istrage, kao neophodnog uslova za blagovremeno i efikasno sprovođenje istrage, odnosno istražnih i dokaznih aktivnosti, treba napomenuti da operacionalizacija specifičnih oblika organizovanog kriminaliteta (posebno krivična djela iz oblasti zloupotrebe droga, trgovine ljudima, privredni i finansijski kriminalitet, pranje novca i dr.) uključuje i mogućnost neposredne ili posredne podrške ili na određen način involviranosti pojedinih visokopozicioniranih političkih funkcionera, kao i pojedinaca iz izvršne, sudske i zakonodavne vlasti. Infiltriranje pojedinaca, odnosno neposredno ili posredno povezivanje organizovanog kriminaliteta u sve strukture vlasti koje, po prirodi stvari, odlučuju o bitnim ili ključnim pitanjima i društvenim procesima u svim sferama ljudskog djelovanja - predstavlja pogodan modalitet brže, lakše i jednostavnije operacionalizacije kriminalnih ciljeva. Uz to, nezaobilazno je napomenuti destruktivni karakter korupcije, odnosno krivičnih djela korupcije koja sukcesivno razaraju državu, odnosno društvo u svim oblastima, te neposredno ili posredno doprinose operacionalizaciji određenih kriminalnih ciljeva.

5. DOKAZNI POSTUPAK – CENTRALNI DIO GLAVNOG PRETRESA

Uvažavajući stadije krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini, nakon pokretanja i sprovođenja istrage od strane postupajućeg tužioca, te postupka optuživanja, slijedi glavni pretres kao najvažniji stadij krivičnog postupka gdje se, na osnovu izvedenih dokaza i njihove ocjene, trebaju utvrditi relevantne činjenice u vezi rasvjetljavanja i rješenja konkretne krivične stvari i donošenja odluke. Nakon glavnog pretresa slijedi posljednji stadij, a to je postupak po pravnim lijekovima kojom prilikom se kritički preispituju i provjeravaju činjenice u kontekstu dosljedne primjene zakona. U vezi praktične operacionalizacije glavnog pretresa, neophodno je naglasiti krivičnoprocesni značaj i važnost dokaznog postupka kao centralnog dijela gdje dolazi do izražaja „dvoboje“, s jedne strane, optuženog lica (materijalna odbrana) i njegovog branioca (formalna odbrana) i, s druge strane, postupajućeg

tužioca u funkciji operacionalizacije dokazivanja postojanja određenog krivičnog djela i krivice. Dokazni standard ili količina (kvantum) dokaza, potreban da bi se činjenica smatrala dokazanom, označava se prema broju i kakvoći dokaza potrebnim da se tom teretu udovolji¹². Osim ako sudija, odnosno vijeće u interesu pravde ne odredi drugačije, dokazi se na glavnom pretresu izvode sljedećim redom: a) dokazi optužbe, b) dokazi odbrane, c) dokazi optužbe kojima se pobijaju navodi odbrane (replika), d) dokazi odbrane kao odgovor na pobijanje (duplika), e) dokazi čije je izvođenje naredio sudija, odnosno vijeće, f) svi dokazi relevantni za izricanje krivičnopravne sankcije¹³.

Pored važne uloge glavnih krivičnoprocesnih subjekata (optuženog, suda, tužilaštva), neophodno je naglasiti i veoma važnu ulogu sporednih ili pomoćnih krivičnoprocesnih subjekata (branilac, ovlaštena službena lica, vještak, oštećeni i drugi učesnici krivičnog postupka) na planu realizacije krivičnoprocesnog zadatka, posmatrano kroz prizmu utvrđivanja, odnosno postojanja određenog krivičnog djela i krivice, te izricanja krivičnopravne sankcije. Ovakva involviranost i doprinos svakog pojedinačnog krivičnoprocesnog subjekta, u skladu sa zakonom propisanim pravima i dužnostima, imperativ je za potpuno i svestrano rasvjetljavanje i rješenje konkretne krivične stvari, te donošenje pravilne i zakonite sudske odluke¹⁴.

U toku sprovođenja dokaznog postupka u punom kapacitetu se ostvaruje katalog prava optuženog lica, a posebno ostvarivanje prava na odbranu kojom prilikom optuženo lice i njegov branilac nastoje da opovrgnu optužbe. U tom smislu, prikupljeni dokazi od strane ovlaštenih službenih lica, pod rukovodnom i nadzornom ulogom postupajućeg tužioca, podložni su kritičkom preispitivanju od strane odbrane - u cilju pravilne primjene prava (materijalnog i procesnog). U toku dokaznog postupka do punog izražaja dolazi zaštita minimalnih prava svakog ko je optužen za krivično djelo, a koja garantuju član 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i član 14 stav 3 tačka g) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima koji proširuje katalog navedenih prava, tako da se obezbjeđuje svakome ko je optužen zbog krivičnog djela - da ne može biti prisiljen da svjedoči protiv sebe ili da prizna krivicu¹⁵. S obzirom na pravnu prirodu i koncept istrage, kao i ulogu svih krivičnoprocesnih subjekata (glavnih i sporednih, odnosno pomoćnih) u svim stadijima krivičnog postupka, istražna i dokazna uloga suda je pasivna, ali izuzetno važna posmatrano sa aspekta sudske kontrole u vezi dosljedne primjene restriktivnih zakonskih uslova, posebno u dijelu koji se odnosi na ostvarivanje kataloga prava i univerzalnih garancija osumnjičenog, odnosno optuženog lica i zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda.

U dokaznom postupku obje suprotstavljene stranke (optuženi i tužilac), izvođenjem dokaza, nastoje da uvjere sud sa dovoljno pouzdanosti, da donese ispravnu i zakonitu od-

¹² Mrčela, M., Delost, D. (2019), Dokazni standardi u kaznenom postupku. *Policija i sigurnost*, 28(4), 418.

¹³ Član 261 stav 2 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine

¹⁴ Detaljnije Karović, S., Simović, M. M. (2020). Rasvjetljavanje i rješenje krivične stvari u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine - raskol između normativnog i stvarnog. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 10(10). Banja Luka: Panevropski univerzitet „Aperion“, 199-210.

¹⁵ Simović, M. (2012). Uloga suda u utvrđivanju činjenica na glavnom pretresu - regionalna komparativna analiza. *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva - normativni i praktični aspekti*. Beograd: Misija OEBS u Srbiji, 141.

luku kojom se rasvjetljava i rješava određena krivična stvar. Teret dokazivanja predstavlja svojevrsni institut krivičnog postupka kojim se određuje ko šta treba da dokazuje u postupku, a da bi uspio u svojim zahtjevima, upravo je podjela dokaznih aktivnosti između osnovnih procesnih subjekata, koja je uslovljena vrstom postupka i osnovnim načelima na kojima taj postupak počiva, od primarnog značaja za krivični postupak u kome se odlučuje o pravima i obavezama optuženog¹⁶. U pravilu, postupajući tužilac, po prirodi i opisu njegovih prava i dužnosti propisanih zakonom, dužan je da poznaje, pravilno tumači i dosljedno sprovodi standarde dokazivanja u odnosu na svako konkretno krivično djelo.

Na objektivnom planu, neophodno je utvrditi, odnosno dokazati postojanje radnje izvršenja određenog krivičnog djela, dok je na subjektivnom planu neophodno utvrditi postojanje subjektivne komponente koja se ispoljava kao specifičan psihički odnos izvršioca (umišljaj, nehat). Teorijski promatrano, taj postupak utvrđivanja, odnosno dokazivanja postojanja krivičnog djela i krivice je zakonski normiran i jasan ali u praktičnom smislu prilikom operacionalizacije ili sprovođenja ovog krivičnoprocesnog zadatka susrećemo se sa brojnim problemima i dilemama praktične primjene u vezi pravilne primjene materijalnih prava i procesnih normi.

6. ZAKLJUČAK

U ovom radu su apostrofirani ključni problemi i delegirana određena pitanja procesne prirode koja se odnose na kompleksnost utvrđivanja, odnosno dokazivanja postojanja krivičnog djela i krivice, uvažavajući pravnu prirodu i određene specifičnosti krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini. Uloga krivičnoprocesnih subjekata na planu realizacije krivičnoprocesnog zadatka, koji se neposredno odnosi na rasvjetljavanje i rješenje određene krivične stvari, neposredno su normirane i uslovljene restriktivnim zakonskim uslovima. U tom smislu, neophodno je posmatrati istražne i dokazne aktivnosti koje po prirodi stvari moraju imati propisanu procesnu formu, kako bi imale dokaznu vrijednost u krivičnom postupku. Prije svega, neophodno je naglasiti bitnu razliku između obavještajnih podataka i informacija i dokaza neophodnih za efikasno vođenje krivičnog postupka, u kontekstu utvrđivanja, odnosno postojanja određenog krivičnog djela i krivice.

Prikupljeni dokazi moraju zadovoljavati procesnu formu, odnosno zadovoljavati sve uslove procesne prirode. Dokazi koji nisu pribavljeni na zakonit način, nemaju dokaznu vrijednost, tako da se sudska odluka ne može zasnivati na takvim dokazima, posebno uvažavajući da je u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine usvojena doktrina ili koncept apsolutnih isključenja - izdvajanja nezakonitih dokaza.

Zakonodavac je zadnjom reformom krivičnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine iskazao poseban senzibilitet kada je u pitanju komponenta humanosti, odnosno zaštita osnovnih ljudskih prava i sloboda koja se neposredno odnosi na ostvarivanje kataloga prava osumnjičenog, odnosno optuženog lica u krivičnom postupku. Takođe, primjena opštih dokaznih radnji i posebnih istražnih radnji je uslovljena zadovoljenjem dva kumulativno propisana uslova materijalne i formalne prirode. Jedan od krucijalnih uslova koji mora biti zadovoljen na planu efikasnog sprovođenja krivične istrage je obezbjeđenje tajnosti istrage.

U dokaznom postupku, kao centralnom dijelu glavnog pretresa, konfrontiraju se do-

¹⁶ Bugarski, T. (2014), *Dokazne radnje u krivičnom postupku, drugo izmijenjeno izdanje*. Novi Sad: Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu, Centar za izdavačku djelatnost, 12.

kazi optužbe i odbrane, dok je dokazna uloga suda pasivna. Teret dokazivanja je na postupajućem tužiocu koji u dokaznom postupku zauzima centralnu dokaznu ulogu, cijeneći da na temelju izvedenih dokaza mora uvjeriti sud u postojanje obilježja bića određenog krivičnog djela i krivice.

LITERATURA

Monografije, članci

- Acker, J., Brody, D. (2013). *Criminal procedure. A contemporary perspective*. Burlington: Ascend Learning Company.
- Башкатов Л.Н. (2011). *Уголовно-процессуальное право Российской Федерации*. Гриф УМЦ „Классический учебник”. Москва: Велби.
- Bejatović S. (2019) *Krivično procesno pravo, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*. Beograd: JP Službeni glasnik.
- Bubaloović, T. (2008). Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17. 6. 2008. – pozitivna rješenja i iznjevjerena očekivanja. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 15(2), 1129-1157.
- Bugarski, T. (2014). *Dokazne radnje u krivičnom postupku, drugo izmijenjeno izdanje*. Novi Sad: Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu, Centar za izdavačku djelatnost.
- Delibašić, V. (2016). Prikriveni islednik. *Žurnal za pravo i kriminalistiku*, 21(1), 81-98.
- Emanuel, S. L. (2007). *Criminal Procedure*. Aspen Publishers.
- Halilović, H. (2019). *Krivično procesno pravo, Knjiga prva: Uvod i temeljni pojmovi*. Sarajevo: Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Univerzitet u Sarajevu.
- Gare, Th., Ginestet, C. (2006). *Droit pénal, procédure pénale*. 4ème éd. Dalloz.
- Karović, S, Simović, M. M. (2020). Rasvjetljavanje i rješenje krivične stvari u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine-raskol između normativnog i stvarnog. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 10(10), 208-218.
- Karović, S. (2020/21). Adekvatnost državne reakcije na kriminalitet posmatrano kroz prizmu otkrivanja postojanja krivičnih djela. Sarajevo: *Pravo i pravda*, 19 (1), 215-231.
- Lilly, C. G. (2006). *Principles of Evidence*. West.
- Mrčela, M., Delost, D. (2019). Dokazni standardi u kaznenom postupku. Zagreb: *Policija i sigurnost*, 28(4), 417-435.
- Roxin, C., Schünemann, B. (2012). *Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, Der Lehrbuch-Klassiker in neuer Auflage*. 27, neu bearbeitete Auflage. C. H. Beck.
- Simović, M. (2004). Uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u zaštiti ustavnosti u Bosni i Hercegovini. *Kriminalističke teme*, 3-4, 239-263.
- Simović, M. (2012). Uloga suda u utvrđivanju činjenica na glavnom pretresu - regionalna komparativna analiza. *Zbornik radova Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva - normativni i praktični aspekti*. Misija OEBS u Srbiji, 137-167.
- Simović, M. (2013). Radnje i mjere procesne prinude i posebne istražne radnje u zakonu o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine u svjetlu borbe protiv organizovanog kriminala. Sarajevo: *Kriminalističke teme*, 3-4, 75-99.
- Simović, M., Simović, V. (2011). *Krivično procesno pravo, četvrto izdanje (izmijenjeno i dopunjeno)*. Banja Luka: Pravni fakultet PIM Univerziteta u Lukavici.
- Stojanović, Z., Škulić, M., Delibašić, V. (2018). *Osnovi krivičnog prava, Krivično procesno pravo, Krivični postupak kroz praktičnu primjenu, Knjiga II*. Beograd: JP Službeni glasnik.

Current Issues of the Procedural Nature: Proof of Criminal Offenses and Guilt in the Criminal Proceedings of Bosnia and Herzegovina

Summary: In this paper, the authors highlighted certain issues that are directly related to the complexity of determining or proving the existence of a particular crime and guilt, taking into account the legal nature and basic specifics of criminal procedure in Bosnia and Herzegovina. Considering the legally regulated stages of criminal procedure, consistency and consistent application of the law as an imperative obligation of all criminal procedural subjects in terms of realization of criminal procedural task is aimed at proper and legal court decision which clarifies and resolves a specific criminal matter. In that sense, the authors paid special attention to the differentiation between intelligence and information on the one hand and evidence in criminal proceedings on the other, then legal collection of evidence, secrecy of the investigation as a basic precondition for effective investigation, and conduct of the hearing. During the hearing, the importance of the criminal procedure was emphasized as the central part, which by the nature of things deserves special interest.

Key words: evidence, proving, criminal proceedings, Bosnia and Herzegovina.



DOI: 10.7251/GFP2212134D

UDC: 34(4-672EU):341.217.04(4-672EU)

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
1. jun 2022.

Datum prihvatanja rada:
25. jul 2022.

Opšte pravno načelo međusobnog povjerenja u pravu Evropske unije

Rezime: U ovom radu, primjenom analitičkih i sintetičkih metoda, pri čemu u okviru njih središnje mjesto zauzimaju analiza sadržaja, uporedna i istorijsko-komparativna analiza, istražujemo opšte pravno načelo međusobnog povjerenja, koje se primjenjuje u više oblasti društvenih odnosa koje uređuje pravo Evropske unije, te koje do sada nije inkorporirano u osnivačke ugovore. Sadržinski određujemo opšta pravna načela, te ukazujući na njihov istorijski razvoj od Montan unije do Lisabona, vršimo distinkciju između njih i osnovnih principa na kojima počiva Evropska unija i koji su, između ostalog, bazično vezani za otvorenu ekonomiju i slobodnu konkurenciju, suprematiju prava Unije u odnosu na pravo država članica, autonomnost prava evropske organizacije, njegovu neposrednu primjenu, neposredno dejstvo i dr. Opšta pravna načela jasno odvajamo i od opštih načela koja su karakteristična za svaku zasebnu oblast koja je uređena u pravu evropske organizacije. Predmetno istraživanje će jasno pokazati koliki je značaj jurisprudencije Suda pravde u pozicioniranju načela međusobnog povjerenja u sistemu opštih pravnih načela Unije. Za potrebe ovog rada odvajamo situacije u kojima načelo međusobnog povjerenja djeluje između država članica od situacija u kojima ono djeluje između država članica i evropske organizacije. U konačnici donosimo zaključna razmatranja.

Ključne riječi: Evropska unija, Sud pravde EU, jurisprudencija, opšta pravna načela, opšte pravno načelo međusobnog povjerenja.

Radmila Dragišić

*Mr Radmila Dragišić
je zamjenik direktora
Republičkog sekretarijata za
zakonodavstvo i doktorand na
Pravnom fakultetu Univerziteta
u Banjoj Luci. Adresa
elektronske pošte: r.dragisic@
rsz.vladars.net*

1. UVOD

Opšta pravna načela su najopštije i najapstraktnije pravne norme kojima se ne utvrđuju konkretna prava i obaveze subjekata prava. Ona predstavljaju putokaz normativno-pravnog procesa, što znači da kazuju kako ta prava i obaveze treba da se utvrđuju, bilo kroz proces stvaranja, bilo kroz primjenu prava.¹ Gledajući iz ugla prava Evropske unije, kojeg pojedini autori smatraju posebnom granom međunarodnog prava sa odlikom detaljnijeg razvoja poveznice sa nacionalnim pravnim sistemima i snažnijom voljom država članica za transferom svojih

¹ Dragišić, R. (2021). *Nomotehnika kroz prizmu preuzimanja prava Evropske unije*. Banja Luka: JU Narodna i univerzitetska biblioteka Republike Srpske, 380.

nadležnosti toj međunarodnoj organizaciji,² opšta pravna načela možemo sadržinski odrediti kao apstraktne opšte pravne norme koje nisu izričito sadržane u pravnom sistemu, ali se mogu iz njega izvesti i formulisati. To su norme temeljnog karaktera, obilježene osobitim oblikom neodređenosti,³ koje se kada je riječ o evropskoj organizaciji dijele na ona koja su inkorporirana u osnivačke akte (npr. načelo solidarnosti, načelo uzajamnog priznanja) i na ona koja to nisu (npr. načelo međusobnog povjerenja).

Opšta pravna načela ne treba poistovjećivati sa osnovnim principima na kojima počiva Evropska unija i koji su, između ostalog, bazično vezani za otvorenu ekonomiju i slobodnu konkurenciju, suprematiju prava Unije u odnosu na pravo država članica, autonomnost prava evropske organizacije, njegovu neposrednu primjenu, neposredno dejstvo i dr. I osnovni principi razlikuju se po tome da li su inkorporirani u osnivačke akte (npr. princip otvorene ekonomije i slobodne konkurencije, princip suprematije, princip dodijeljenih nadležnosti, princip neposredne primjene, princip proporcionalnosti i princip subordinacije⁴) ili nisu (npr. princip autonomnosti, princip neposrednog dejstva, princip posrednog dejstva), a zajednička odlika im je da „otkrivaju“ suštinu prirode pravnog poretka Unije, pri čemu se ne koriste za popunjavanje pravnih praznina, već su više operativnog karaktera.

Opšta pravna načela ne treba poistovjećivati ni sa opštim načelima koja su karakteristična za svaku zasebnu oblast koja je uređena u pravu EU. Tako, na primjer u okviru izvora prava o zaštiti životne sredine značajnu ulogu ima načelo predostrožnosti, načelo solidne politike zaštite životne sredine, načelo integrisane životne sredine, načelo da zaagađivač plaća i sl.

Svoje inicijalne konture u jurisprudenciji Suda pravde opšta pravna načela dobijaju nakon uspostavljanja Montan unije, koja je predstavljala prvi stub evropske ekonomske integracije.⁵ U doktrini, zbog posezanja Suda pravde za opštim pravnim načelima, često nailazimo na spočitavanja u vezi sa „pravnostvaralačkom“ prirodom njegovih presuda. Neki čak aludiraju i na proizvoljnost tog pravosudnog organa zbog dominantne uloge njegove jurisprudencije u profilisanju opštih pravnih načela i njihovom pozicioniranju u pravnom sistemu Unije, iako se on prema načelima usmjeravao u skladu sa mogućnostima iz osnivačkih ugovora i izvodio ih iz pravnih izvora na snazi – drugih propisa Unije, odredbi najviših pravnih akata država članica ili iz međunarodnog prava. Važno je da se ukaže da pravna valjanost osnivačkih ugovora ne može biti ispitivana od strane Suda pravde, međutim prilikom tumačenja njihovih odredbi Sud se oslanjao na opšta pravna načela.⁶

Budući da Sud pravde nije u osnivačkim ugovorima pronalazio ovlaštenje da stvara pravo, on je pravne praznine popunjavao tako što je virtuosno posezao za njihovim nedo-

² Wessel, R. (2018). *Studying International and European Law: Confronting Perspectives and Combining Interests*. In: S. Garben, I. Govaere (eds.) *The Interface between International and EU Law*. Oxford: Hart Publishers.

³ Lozina, D. (2018). Ricardo Guastini, Sintaksa prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 55/2.

⁴ Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality, OJ C 310/207

⁵ Del Bo D. (1967). European Community 10th – Common Market · Coal and Steel Community EURATOM. Commemorating the Signing the Rome Treaties, 5. Preuzeto 20.4.2022, sa: <http://aei.pitt.edu/43747/1/A7486.pdf>.

⁶ Tučić, B. (2016). *Suverenitet, jurisprudencija i utavni pluralizam: ogled u pravnom poretku Evropske unije*. Banja Luka: JU Narodna i univerzitetska biblioteka Republike Srpske, 68.

voljno jasnim odredbama koje je tumačio kako bi promovisao opšta pravna načela. Upravo zato su pojedini autori, poput Hartlija, poimali da je Sud svoju aktivnost na stvaranju prava „maskirao“ kroz proces tumačenja.⁷ Jednu takvu odredbu je predstavljao član 220 Ugovora o Evropskoj zajednici u kojem je za djelovanje Suda pravde i Prvostepenog suda rečeno da „brinu o poštovanju prava prilikom tumačenja i primjene prava“. Gotovo većina pravnika bi se složila da izraz „poštovanje prava“ podrazumijeva i opšta pravna načela, jer i ona su pravo. U istom ugovoru, odredbama o vanugovornoj odgovornosti iz člana 288(2), bilo je propisano da se nadoknada štete vrši u skladu sa opštim načelima koja su zajednička pravima država članica a istu odredbu je sadržavao i član 188 Ugovora o Evropskoj zajednici za atomsku energiju. Danas se ona sadrži u članu 340(2) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU)⁸ gdje je propisano da je Unija, u pogledu vanugovorne odgovornosti, u skladu s opštim načelima koja su zajednička pravima država članica, dužna nadoknaditi svaku štetu koju njene institucije ili službenici prouzrokuju pri obavljanju svojih dužnosti. U konačnici, u članu 230 Ugovora o Evropskoj zajednici, u dijelu u kojem se propisuje postupak za ocjenu zakonitosti, kao osnova za poništaj akta Unije, uz kršenje odredbi Ugovora, navodi se i svako drugo pravilo koje se odnosi na njegovu primjenu. Danas je u članu 263(2) UFEU propisano da je u postupku ocjene zakonitosti akata institucija Unije Sud pravde EU nadležan u postupcima koje pokreću države članice, Evropski parlament, Savjet ili Komisija zbog nenadležnosti, bitne povrede postupka, povrede Ugovorâ ili bilo kojeg pravnog pravila vezanog za njihovu primjenu ili zbog zloupotrebe ovlaštenja.

U nastavku istražujemo opšte pravno načelo međusobnog povjerenja, koje je karakteristično za više oblasti društvenih odnosa koji se uređuju na ravni Evropske unije, te koje, obzirom na svoju vrednosnu supstancu, predstavlja poseban izvor prava sa ključnim uplivom na ostvarenje ciljeva iz primarnih i sekundarnih izvora *acquis*.

2. SADRŽINSKE ODREDNICE I DOSEG OPŠTEG PRAVNOG NAČELA MEĐUSOBNOG POVJERENJA

Opšte pravno načelo međusobnog povjerenja podrazumijeva da svaka država članica mora da pretpostavi da su određene mjere koje preduzimaju druge države članice u saglasnosti sa pravom Unije, da su usredsrijeđene na promovisanje i zaštitu vrijednosti te evropske organizacije i poštovanje osnovnih prava *i.e.* da su njihovi nacionalni pravni sistemi sposobni da omoguće zaštitu tih vrijednosti. Ono je, kao uslov inovativne saradnje,⁹ najdominantnije u sferi podijeljenih nadležnosti između Evropske unije i država članica i predstavlja osnovu na kojoj treba međusobno da djeluju nacionalni sudovi. Inicijalno se načelo međusobnog povjerenja posmatralo iz ugla vertikalnog odnosa između svake države članice i evropske nadnacionalne organizacije (inicijalni primjeri iz jurisprudencije Suda pravde tiču se tog vertikalnog odnosa), da bi kasnije u fokusu bilo međusobno povjerenje između država članica (horizontalni odnos). Na jurisprudencijnoj ravni, i neki od najnovijih slučajeva, koje u postupku rješavanja prethodnih pitanja upućenih od strane nacionalnih sudova razmatra Sud pravde, iziskuju tumačenje načela međusobnog povje-

⁷ Hartley, T. C. (1998). *Temelji prava Europske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice*. Sarajevo: Fond za otvoreno društvo, Magistrat, Sarajevo, 130.

⁸ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal*, C 83, 30. 3. 2010.

⁹ Fichera, M. (2009). Mutual Trust in European Criminal Law. *Working Paper Series*, 10.

renja. Tako je, na primjer u slučaju C-262/21 PPU¹⁰, postavljeno pitanje treba li načelo međusobnog povjerenja među državama članicama tumačiti na način da država koja predaje dijete može u skladu s tim načelom pretpostaviti da će država boravišta djeteta ispuniti obaveze ili interes djeteta zahtijeva da se od tijela države boravišta zatraže pojašnjenja o konkretnim mjerama koje su preduzete ili koje će se preduzeti radi njegove zaštite kako bi država članica koja predaje dijete mogla ocijeniti, između ostalog, primjerenost tih mjera s obzirom na interes djeteta.

Pokazuje se korisnim ukazati na odnos načela međusobnog povjerenja sa principom suprematije te opštim pravnim načelom uzajamnog priznavanja i principom autonomnosti,¹¹ kao i istražiti da li se ono primjenjuje i na treće zemlje ili samo na države članice Evropske unije.

U pravnoj literaturi često se pominje doktrina *Horizontal Solange*,¹² koja je sušta suprotnost vertikalnom uglu posmatranja slučajeva *Solange 1*¹³ i *Solange 2*¹⁴. *Solange 1* je predmet koji se odnosio na odbijanje Saveznog ustavnog suda Njemačke da bezuslovno prihvati suprematiju prava Zajednice te koji je narušio usklađivanje nacionalnog i prava Zajednice za koje se zalagao Sud pravde. Ustavni sud je iznio zamjerku koja se odnosila na implikacije konfliktnih mjera zajednice po ljudska prava garantovana njemačkim propisima. Riječ je o njemačkom propisu koji nije podrazumijevao prenos nadležnosti jer bi taj prenos mogao rezultirati time da bude u suprotnosti sa „neodvojivim i esencijalnim“ elementima njemačkog ustavnog akta. Zaštita ljudskih prava je, prema stavu nacionalnog suda, neodvojivi i esencijalni ustavni princip i stoga nacionalni propis kojim se garantuju ljudska prava ima prednost u odnosu na pravo Zajednice u slučaju njihovog međusobnog sukoba i to sve dok se na ravni Zajednice ne stvori sistem zaštite ljudskih prava koji bi odgovarao onom koji postoji u nacionalnim okvirima. Moglo bi da se kaže da je u slučaju *Solange 1* došlo do „sudara“ načela međusobnog povjerenja sa principom suprematije prava evropske organizacije. Otprilike trinaest godina nakon slučaja *Solange 1*, uslijedio je slučaj *Solange 2*, kada je Savezni ustavni sud Njemačke iznio potpuno suprotan, moglo bi da se kaže kompromisni, stav ocijenivši da je uspostavljen odgovarajući sistem garancije ljudskih prava na nivou Zajednice. Naime, iznio je značajno drugačija stanovišta u odnosu na ona iz *Solange 1*. Taj je sud istakao da sve dok evropske zajednice i, posebno, jurisprudencija Suda pravde, obezbjeđuju zaštitu osnovnih ljudskih prava na način koji bi bio sličan onom kojeg bezuslovno garantuje relevantan propis Njemačke, te sve dok obezbjeđuju zaštitu njihovog suštinskog sadržaja, Savezni ustavni sud neće preispitivati primjenjivost akata koje usvajaju institucije Zajednice i utvrđivati njihovu usaglašenost sa osnovnim pravima koja garantuje njemački propis. Dakle, naknadno uspostavljanje međusobnog povjerenja između Zajednica i države članice opravdavaju naziv doktrine *Ho-*

¹⁰ C-262/21 PPU *A v B*, ECLI:EU:C:2021:640, para. 30(4).

¹¹ De Witte, B. (2010). European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 65(1). Preuzeto 20.4.2022, sa: <http://hdl.handle.net/1814/15564>.

¹² Conon, I. (2021). Suspending Horizontal Solange: A Decentralized Instrument for Protecting Mutual Trust and the European Rule of Law. *Part of the Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht book series* (Beiträge, volume 298).

¹³ C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114

¹⁴ C-126/81 *Wünsche Handelsgesellschaft v Federal Republic of Germany*, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1982:144

rizontal Solange, naravno uz apostrofiranje horizontalne dimenzije jer se u sadašnjem periodu integracija, kako smo naprijed pomenuli, opšte načelo međusobnog povjerenja uglavnom odnosi na povjerenje koje treba da postoji između država članica.

Pored inicijalnog „sudara“ sa principom suprematije, pojedini autori smatraju da je postojanje međusobnog povjerenja preduslov za ostvarivanje načela uzajamnog priznavanja za koje smo naprijed naveli da je inkorporirano u UFEU.¹⁵ Istovremeno oni ocjenjuju da je usvajanje međusobnog povjerenja kao baze za integraciju, a prije svega kao mehanizma za priznanje i izvršenje presuda ambiciozan projekat. Konkretnije, oni ukazuju na kompleksan odnos između međusobnog povjerenja, zaštite osnovnih prava, uzajamnog priznavanja i izvršenja presuda. U drugim izvorima, međutim, postoji jasno izražen suprotan stav da, priznajući granice međusobnog povjerenja, propisi Unije ograničavaju automatsko priznavanje i izvršenje sudskih odluka u određenim oblastima.¹⁶ U novijoj praksi Suda pravde profilise se stav o tome da su načelo međusobnog povjerenja i načelo uzajamnog priznavanja u pravu EU od fundamentalnog značaja, s obzirom da, kako to Sud navodi na primjer u predmetu *Aranyosi and Căldăraru*¹⁷, omogućavaju stvaranje i održavanje područja bez unutrašnjih granica. Preciznije, princip međusobnog povjerenja zahtjeva, posebno u pogledu područja slobode, bezbjednosti i pravde, da svaka od država članica, osim u izuzetnim okolnostima, smatra da sve ostale države članice poštuju propise Unije, a posebno osnovna prava priznata pravom te evropske organizacije. Međutim, Sud je u navedenom predmetu zauzeo i stav koji je išao u prilog ublažavanja rigidnosti pozicija Suda iz Mišljenja 2/13¹⁸, o čemu govorimo u nastavku.

Intrigantnim se pokazuje i odnos načela međusobnog povjerenja sa načelom autonomnosti prava Evropske unije, koji se ekstenzivno obrazlaže u Mišljenju Suda pravde 2/13. Riječ o Mišljenju u kojem se sadrži određenje u vezi pristupanja Unije Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Sud u tom mišljenju podsjeća da Unija ima sopstveni poredak nove vrste, posebne prirode, te ustavni okvir i sopstvena osnovna načela, posebno razvijenu institucionalnu strukturu te skup pravnih pravila koja osiguravaju njeno funkcionisanje.¹⁹ Konstatuje da je pravo Unije autonoman izvor prava, ustanovljen Ugovorima, da je nadređeno u odnosu na pravo država članica, te da su bitne karakteristike prava Unije dovele do strukturirane mreže načela, pravila i međuzavisnih pravnih odnosa koji povezuju samu Uniju i njene države članice kao i države članice međusobno, koje učestvuju u procesu stvaranja sve tješnje povezane unije među narodima Evrope. Govoreći o autonomnosti prava Evropske unije u odnosu na prava država članica kao i u odnosu na međunarodno pravo, Sud ukazuje na potrebu da se tumačenje osnovnih prava osigura u

¹⁵ Losy, O., Podolska, A. (2018). The Principle of Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice. Analysis of Selected Case Law. *Adam Mickiewicz University Law Review*, 185-204, DOI 10.14746/ppuam.2018.8.13

¹⁶ B'ard, P., van Ballegooij, W. (2018). Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in *Minister for Justice and Equality v. LM*. *New Journal of European Criminal Law*, 9(3), 355, DOI: 10.1177/2032284418801569

¹⁷ Joined cases C-404/15 and C-659/15 PPU Pál *Aranyosi and Robert Căldăraru v Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, ECLI:EU:C:2016:198;

¹⁸ Case Opinion 2/13 Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU — Draft international agreement — Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ECLI:EU:C:2014:2454.

¹⁹ Para. 158

okviru strukture i ciljeva Unije.²⁰ U tom smislu taj pravosudni organ je ukazao da bi, na primjer, svaka arbitražna odluka uvijek rezultirala obavezujućim tumačenjem prava EU. To je zato što je Sud funkciju autonomnosti manifestovao kao mehanizam za uspostavljanje neke vrste „spoljnog“ primata prava EU, ograničavajući mogućnost država članica da sarađuju na međunarodnom nivou van pravnog poretka EU.²¹

U Mišljenju 2/13 Sud ukazuje da se bazično značenje načela međusobnog povjerenja među državama članicama u pravu Evropske unije ogleda u stvaranju i održavanju prostora bez unutrašnjih granica. S tim u vezi, svaka država članica treba da pretpostavi, posebno u području slobode, bezbjednosti i pravde, da sve druge države članice, osim u izuzetnim okolnostima, poštuju pravo Unije i osnovna prava koja su na nivou Unije zaštićena.²² Sud konstatuje da, u mjeri u kojoj Konvencija, time što nalaže da se Unija i države članice smatraju ugovornim stranama ne samo u svojim odnosima s ugovornim stranama koje nisu države članice Unije nego i u svojim međusobnim odnosima, uključujući kad te odnose uređuje pravo Unije, zahtijeva da jedna država članica provjerava poštovanje osnovnih prava od strane druge države članice, iako pravo Unije nameće međusobno povjerenje među tim državama članicama, pristupanje može ugroziti ravnotežu na kojoj je Unija utemeljena te autonomnost prava Unije.²³ Uz to, obavezu država članica da se koriste mehanizmima za rješavanje sporova uspostavljenim pravom Unije – a posebno da poštuju nadležnosti Suda – treba shvatiti kao poseban odraz njihove generalne obaveze lojalnosti.²⁴ Suštinski, ocijenjeno je da Sporazum o pristupanju Unije Konvenciji može uticati na autonomnost prava Unije, te da može uticati i na djelotvornost načela međusobnog povjerenja među državama članicama. Dakle, riječ je o prilično rigidnom stavu, koji će, kako smo ranije nagovijestili, biti donekle ublažen upravo u predmetu *Aranyosi and Căldăraru* u kojem je donesena “presuda kompromisa” budući je Sud pravde odlučio da postupanje po Evropskom nalogu za hapšenje mora biti odloženo ako postoji stvarni rizik od nehumanog ili ponižavajućeg postupanja u uslovima pritvora.²⁵

Ne manje intrigantna situacija postoji i u slučajevima u kojima je Sud pravde davao mišljenja o zaključivanju međunarodnih trgovinskih ugovora nove generacije, pa je tako u Mišljenju 1/17²⁶ koje je dao povodom zaključivanja CETA ugovora²⁷, utvrdio da su države članice, u svim područjima koja proizlaze iz prava Unije, dužne poštovati načelo među-

²⁰ Para. 170

²¹ Dimopoulos, A. (2018). Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU BITs. *Blog of the European Journal of International Law*. Preuzeto 20.4.2022, sa <https://www.ejiltalk.org/achmea-the-principle-of-autonomy-and-its-implications-for-intra-and-extra-eu-bits/>

²² Case Opinion 2/13 Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU, para. 191.

²³ Para. 194

²⁴ Para. 202

²⁵ Willems, A. (2019). The Court of Justice of the European Union's Mutual Trust Journey in EU Criminal Law: From a Presumption to (Room for) Rebuttal. *German Law Journal*, 20, doi:10.1017/glj.2019.32

²⁶ Avis 1/17 Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU — Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (CETA), ECLI:EU:C:2019:341

²⁷ Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part.

sobnog povjerenja.²⁸ To načelo, prema ocjeni Suda, svakoj od država nalaže da postupa u dobroj vjeri, tako što će, osim u izuzetnim okolnostima, smatrati da ostale države članice poštuju pravo Unije, uključujući osnovna prava, poput prava na efikasan pravni lijek pred nezavisnim sudom. Međutim, to načelo, posebno kada je riječ o poštovanju prava na efikasan pravni lijek pred nezavisnim sudom, ne primjenjuje se u odnosima između Unije i trećih zemalja.²⁹

3. UPOTREBA OPŠTEG PRAVNOG NAČELA MEĐUSOBNOG POVJERENJA U ODABRANIM IZVORIMA PRAVA I JURISPRUDENCIJI SUDA PRAVDE EU

Istorijski hodogram u domenu jurisprudencije Suda pravde govori u prilog tome da se izraz „međusobno povjerenje“ pojavljuje u Mišljenju 1/75³⁰ koje je Sud dao na osnovu člana 228(1) Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici. Sud je odlučio da ovlašćenje za zaključivanje međunarodnih ugovora o trgovinskim pitanjima ne može biti „uporedno ovlašćenje“ jer je korišćenjem takvog ovlašćenja postojala mogućnost da države članice zauzmu stavove prema trećim zemljama koji se razlikuju od onih koje bi Zajednica inače usvojila pema njima, dovodeći na taj način u pitanje međusobno povjerenje unutar Zajednice. Dakle, u navedenom Mišljenju, koje se odnosi na vertikalni odnos između država članica i Zajednice, Sud se poziva na međusobno povjerenje u odnosu između Zajednice i država članica. Potom je uslijedila upotreba izraza „međusobno povjerenje“ u horizontalnoj percepciji odnosa između država članica u oblasti unutrašnjeg tržišta, u domenu harmonizacije dokumenata iz oblasti veterinarske inspekcije na ravni Zajednice.³¹

Sud je nastavio sa upotrebom načela međusobnog povjerenja u različitim oblastima prava, premda je ono najviše povezano sa područjem pravosudne saradnje u građanskim i krivičnim stvarima. To je u osnovi zbog činjenice da je u tom području načelo međusobnog priznavanja presuda i određenih odluka u vansudskim predmetima nukleus sudske saradnje u građanskim i krivičnim stvarima. Upravo to uzajamno priznanje se i zasniva na međusobnom povjerenju, što je naglašeno i u uvodnim izjavama različitih izvora prava iz dotičnog područja.

Tako je na primjer u uvodnim izjavama Uredbe Savjeta (EU) 2019/1111 o nadležnosti, priznavanju i izvršenju odluka u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću te međunarodnoj otmici djece³², na tri mjesta u uvodnim izjavama pomenuto načelo međusobnog povjerenja. Prvo, ukazano je da je uredno i ispravno funkcionisanje područja pravde u Uniji, uz poštovanje različitih pravnih sistema i tradicija država članica, od izuzetne važnosti za Uniju, te da bi u tom smislu trebalo dodatno unapređivati međusobno povjerenje među pravosudnim sistemima. Potom je proklamovano da uzajamno povjerenje u pravosuđe na ravni Unije opravdava princip prema kojem bi odluke u bračnim sporovima i u stvarima povezanim s roditeljskom odgovornošću donesene u

²⁸ Para. 128 of the CETA *Avis*

²⁹ Para. 129 of the CETA *Avis*

³⁰ Opinion of the Court of 11 November 1975 given pursuant to Article 228 of the EEC Treaty. - *Avis* 1/75. ECLI:EU:C:1975:145

³¹ C-46/76 *W. J. G. Bauhuis v The Netherlands State*, para. 22, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1977:6

³² Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction, *OJ L* 178, 2.7.2019, 1–115 (recitals 3, 54 i 55).

jednoj državi članici trebalo da budu priznate u svim državama članicama bez potrebe za bilo kakvim postupkom priznavanja. I konačno, ukazano je na potrebu da bi se priznavanje i izvršenje odluka, vjerodostojnih isprava i sporazuma donesenih u nekoj državi članici trebalo osnivati na načelu međusobnog povjerenja, te bi razlozi za nepriznavanje trebalo da budu svedeni na minimum s obzirom na glavni cilj same Uredbe, odnosno olakšavanje priznavanja i izvršenja te efikasnu zaštitu interesa djeteta. U jurisprudencijom dijelu, kada je riječ o području koje je pokriveno predmetnom Uredbom (odnosno njenom uredbom prethodnicom³³) treba da se pomene slučaj *Zarraga v Simone Pelz*³⁴, u kojem se konstatuje da se sistemi za priznavanje i izvršenje presuda donesenih u državi članici zasnivaju na načelu međusobnog povjerenja između država članica i činjenici da su njihovi nacionalni pravni sistemi sposobni da obezbijede ekvivalentnu i efikasnu zaštitu osnovnih prava, priznatih na nivou Evropske unije, posebno u Povelji o osnovnim pravima.³⁵

Danas se gotovo bez dileme međusobno povjerenje kvalifikuje kao načelo koje djeluje *in favorem* kreiranja evropskog krivičnog područja, pri čemu se lisabonska rješenja smatraju ključnim za unapređenje saradnje u tom području, dok se predlisabonskom periodu spočitava određena skučenost u djelovanju institucija. U potonjem periodu, ni na širem međunarodnom planu, konkretno na ravni Savjeta Evrope, okolnosti nisu bile naklonjene unapređenju međunarodne saradnje u navedenom području, već su usvajana rješenja koja su se provodila samo na nacionalnom nivou (konvencije i protokoli) ili su izrađivane radne verzije konvencija koje, velikim dijelom zbog nedostatka međusobnog povjerenja, nikada nisu dočekale svoju aktuelnu primjenu. Međutim, kada je riječ o jurisprudenciji Suda pravde, već u vrijeme projektovanja Ugovora o Ustavu za Evropu, te donošenja Ugovora iz Lisabona, nailazimo na češća pozivanja na načelo međusobnog povjerenja u domenu evropskog krivičnog područja, o čemu *inter alia* govore slučajevi *Gözütok and Brügge*³⁶ (koji se odnosi na Schengenski *acquis*), *Gasparini*, *L.H. van Esbroesk*, *Staat-sanwaltschaft Regensburg v. Klaus Bourquain*, *Dominic Wolzenburg*.³⁷ Taj trend je nastavljen i nakon 2014 godine, kada su uslijedile presude u predmetima *Aranyosi and Căldăraru*³⁸, *Piotrowski*³⁹, *LM C-216/18 PPU*⁴⁰, *Dumitru-Tudor Dorobantu*⁴¹, *Centraal Justitieel Incassobureau*⁴². Doduše, ove presude su uslijedile nakon Mišljenja Suda pravde 2/13 a njihovu kompilaciju, kao i prikaz posljednjih presuda Suda za ljudska prava koje se bave načelom međusobnog povjerenja, dala je *ad hoc* pregovaračka grupa za pristu-

³³ Regulation (EC) No 2201/2003 – Jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility repealing Regulation (EC) No 1347/2000, *OJ L* 338, 23.12.2003, 1–29

³⁴ C-491/10 PPU *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v Simone Pelz*, para. 46 i 70, ECLI:EU:C:2010:828.

³⁵ Charter of Fundamental Rights of the European Union, *OJ C* 326, 26.10.2012, 391–407

³⁶ Joined cases C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brügge*, ECLI:EU:C:2003:87.

³⁷ Sulima, A. (2013). The Normativity of the Principle of Mutual Trust Between EU Member States within the Emerging European Criminal Area. *Wroclaw Review of Law, Administration & Economic*, 3(1), 82.

³⁸ Joined cases C-404/15 and C-659/15 PPU *Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, ECLI:EU:C:2016:198;

³⁹ C-367/16 *Dawid Piotrowski*, ECLI:EU:C:2018:27.

⁴⁰ C-216/18 PPU *LM - Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice)*, ECLI:EU:C:2018:586.

⁴¹ C-128/18, *Dumitru-Tudor Dorobantu*, ECLI:EU:C:2019:857.

⁴² C-671/18, *Centraal Justitieel Incassobureau*, ECLI:EU:C:2019:1054.

panje Evropske unije Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.⁴³ Kompilacija je uslijedila kao svojevrsan odgovor na Mišljenje 2/13, u kojem je zauzet stav da je načelo međusobnog povjerenja u pravu Evropske unije rezervisano samo za države članice, a ne za treće zemlje. Iako Sud pravde EU i Sud za ljudska prava raspolažu različitim kompetencijama, ne može se prenebregnuti činjenica da oba nastoje da osnaže zaštitu osnovnih prava pojedinaca i da su oba zauzeli stav da u izuzetnim okolnostima kršenje tih prava može dovesti do ograničenja međusobnog povjerenja.⁴⁴ Međutim, praćenjem logike Mišljenja 2/13 izvodi se zaključak da je ograničenje načela međusobnog povjerenja moguće samo u slučaju najtežih kršenja osnovnih sloboda.

Od novijih pravnih izvora, ukazujemo i na Uredbu (EU, Euratom) 2020/2092 Evropskog parlamenta i Savjeta o opštem režimu uslova koji se postavljaju u svrhu zaštite Budžeta EU⁴⁵, koja u svojoj uvodnoj izjavi (5) određuje da kada zemlja kandidatkinja postane država članica, pridružuje se pravnoj strukturi koja počiva na osnovnoj pretpostavci prema kojoj svaka država članica dijeli sa svim drugim državama članicama i priznaje da one s njom dijele niz zajedničkih vrijednosti na kojima se osniva Unija, kao što je to navedeno u članu 2 Ugovora o Evropskoj uniji. Ta pretpostavka podrazumijeva i opravdava postojanje uzajamnog povjerenja među državama članicama u priznavanju tih vrijednosti i u poštovanju prava Unije koje ih provodi. Zakoni i prakse država članica trebali bi i dalje biti u skladu sa zajedničkim vrijednostima na kojima se Unija osniva. Na navedenu uvodnu izjavu pomenute uredbe poziva se i Sud pravde u predmetu *Hungary v European Parliament and Council of the European Union*⁴⁶ kada, u svojoj presudi od 16. februara 2022. godine, u paragrafima 125 i 129, između ostalog, aludira na međusobno povjerenje država članica u priznavanju vrijednosti na kojima se temelji Unija i poštovanju prava Unije, te ukazuje da međusobno povjerenje počiva na obavezi svake od država članica da se uskladi sa obavezama koje ima na osnovu prava Unije, kao i da poštuje vrijednosti Unije među kojima se nalazi i vrijednost vladavine prava.

4. ZAKLJUČAK

Opšte pravno načelo međusobnog povjerenja čini osnovu velikog broja propisa Evropske unije iz područja unutrašnjeg tržišta i područja slobode, bezbjednosti i pravde. Pojavilo se u ranoj fazi integracionog procesa i to uglavnom u domenu slobodnog kretanja roba i uzajamnog priznavanja stručnih kvalifikacija a naknadno je prepoznato i u okviru evropske pravosudne saradnje u građanskim i krivičnim stvarima te u zajedničkoj politici azila. Ono što se, takođe, ne može prenebregnuti jeste njegova interakcija sa osnovnim

⁴³ CONSEIL DE L'EUROPE, 7th meeting of the CDDH AD HOC NEGOTIATION GROUP („47+1“) on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Compilation of cases in the area of Basket 3 (“The principle of mutual trust between the EU member states”), 9 November 2020.

⁴⁴ Ralli, E. (2017). *The Principle of Mutual Recognition Based on Mutual Trust and the Respect for Fundamental Rights: The Case of the Framework Decision on the European Arrest Warrant*. European Law Institute, 6.

⁴⁵ Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget, OJ L 433I, 22.12.2020, 1–10

⁴⁶ Case C-156/21 *Hungary v European Parliament and Council of the European Union*, ECLI:EU:C:2022:97

vrijednostima, prije svega vladavinom prava i ljudskim pravima. Međutim, još uvijek nije inkorporirano u osnivačke ugovore, što podrazumijeva da se još uvijek oblikuje kroz sekundarni *acquis* i kroz jurisprudenciju Suda pravde.

Načelo međusobnog povjerenja ima svoju horizontalnu i svoju vertikalnu dimenziju, ovisno o tome da li se na njega vrši poziv *in favorem* regulisanja odnosa povjerenja između država članica ili između država članica i nadnacionalne evropske organizacije. U prvoj varijanti nacionalni sudovi djeluju proaktivno tražeći da Sud pravde u određenim pitanjima tumači opšte pravno načelo međusobnog povjerenja i njegovu primjenjivost u pojedinačnim slučajevima. U drugoj, nacionalni pravni poreci, kako se pokazuje iz naprijed prezentovanog slučaja *Solange*, još uvijek zadržavaju pravo da reaguju u domenu zaštite osnovnih ljudskih prava u slučaju da ona na adekvatan način *pro futuro* ne budu zaštićena na ravni Evropske unije.

Kada je riječ o odnosima sa trećim zemljama i međunarodnim organizacijama, kao subjektima međunarodnog javnog prava, u jurisprudenciji Suda pravde se načelo međusobnog povjerenja koristilo kao "pogled sa visine" budući se kroz tu jurisprudenciju tumačilo na način da je ono ekskluzivno primjenjivo samo na intra EU situacije i da nema spoljno dejstvo. Međutim, veoma je teško naći opravdanje za izuzimanje od primjene načela međusobnog povjerenja u aranžmanima sa trećim zemljama i međunarodnim organizacijama kako se to pokušava uraditi posredstvom mišljenja Suda 2/13 i 1/17. To je posebno teško ako su aranžmani sa tim trećim međunarodnim javnopravnim subjektima u vezi sa osnovnim principom otvorene ekonomije i slobodne konkurencije, koje je fundamentalni princip kada je riječ o integrativnom modelu na kojem inicijalno i u kontinuitetu počiva evropska organizacija.

Predano posvećivanje istraživanju istorije razvoja opšteg pravnog načela međusobnog povjerenja i njegove vrednosne supstance navodi na zaključak da ono predstavlja platformu čijom razradom su dodatno osnažena ostala opšta pravna načela, osnovni principi i načela specifična za svaku pojedinu oblast koja je tretirana od strane pravne tekovine. Takav se zaključak izvodi i iz osnovne funkcije tog načela a to je da bude oslonac procesu integracije tako što će "otvoriti" različite nacionalne pravne poretke ali i biti u službi zaštite interesa Evropske unije u odnosima sa trećim zemljama i međunarodnim organizacijama.

LITERATURA

Monografije, članci

- B'ard, P. & van Ballegooij, W. (2018). Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in *Minister for Justice and Equality v. LM*. *New Journal of European Criminal Law*, 9(3). DOI: 10.1177/2032284418801569.
- Conor, I. (2021). Suspending Horizontal *Solange*: A Decentralized Instrument for Protecting Mutual Trust and the European Rule of Law. *Part of the Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht book series* (Beiträge, volume 298).
- De Witte, B. (2010). European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 65(1). <http://hdl.handle.net/1814/15564>.
- Del Bo D. (1967). European Community 10th – Common Market · Coal and Steel Community EURATOM, Commemorating the Signing the Rome Treaties, Preuzeto 20.4.2022, sa: <http://aei.pitt.edu/43747/1/A7486.pdf>.
- Dimopoulos, A. (2018). Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU BITs. Blog of the European Journal of International Law. Preuzeto 20.4.2022, sa <https://www.ejilt.org>

- alk.org/achmea-the-principle-of-autonomy-and-its-implications-for-intra-and-extra-eu-bits/
- Dragišić, R. (2021). *Nomotehnika kroz prizmu preuzimanja prava Evropske unije*. Banja Luka: JU Narodna i univerzitetska biblioteka Republike Srpske.
- Fichera, M. (2009). Mutual Trust in European Criminal Law. *Working Paper Series*, 10.
- Hartley, T. C. (1998). *Temelji prava Evropske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Evropske zajednice*. Sarajevo: Fond za otvoreno društvo, Magistrat.
- Losy, O., Podolska, A. (2018). The Principle of Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice. Analysis of Selected Case Law. *Adam Mickiewicz University Law Review*, DOI 10.14746/ppuam.2018.8.13.
- Lozina, D. (2018). Ricardo Guastini, Sintaksa prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 55/2.
- Ralli, E. (2017). *The Principle of Mutual Recognition Based on Mutual Trust and the Respect for Fundamental Rights: The Case of the Framework Decision on the European Arrest Warrant*. European Law Institute.
- Sulima, A. (2013). The Normativity of the Principle of Mutual Trust Between EU Member States with the Emerging European Criminal Area. *Wroclaw Review of Law, Administration & Economic*, 3(1).
- Tučić, B. (2016). *Suverenitet, jurisprudencija i ustavni pluralizam: ogled u pravnom poretku Evropske unije*, Banja Luka: JU Narodna i univerzitetska biblioteka Republike Srpske.
- Von Bogdandy, A. et al. (2021). *Defending Checks and Balances in EU Member States*, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-662-62317-6>.
- Wessel, R. (2018). Studying International and European Law: Confronting Perspectives and Combining Interests. In: S. Garben and I. Govaere (eds.) *The Interface between International and EU Law*. Oxford: Hart Publishers.
- Willems, A. (2019). The Court of Justice of the European Union's Mutual Trust Journey in EU Criminal Law: From a Presumption to (Room for) Rebuttal. *German Law Journal*, 20, doi:10.1017/glj.2019.32.

Pravni izvori

- C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, ECLI:EU:C:1970:114.
- C-46/76 W. J. G. Bauhuis v The Netherlands State, pp. 22, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1977:6.
- C-126/81 Wünsche Handelsgesellschaft v Federal Republic of Germany, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1982:144.
- Joined Cases C-187/01 and C-385/01 Gözütok and Brügge, ECLI:EU:C:2003:87.
- C-491/10 PPU Joseba Andoni Aguirre Zarraga v Simone Pelz, para. 46 i 70, ECLI:EU:C:2010:828.
- Joined cases C-404/15 and C-659/15 PPU Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v Generalstaatsanwaltschaft Bremen, ECLI:EU:C:2016:198.
- Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v Generalstaatsanwaltschaft Bremen, ECLI:EU:C:2016:198.
- C-367/16 Dawid Piotrowski, ECLI:EU:C:2018:27.
- Case C-128/18, Dumitru-Tudor Dorobantu, ECLI:EU:C:2019:857.
- C-216/18 PPU LM - Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice), ECLI:EU:C:2018:586.
- C-671/18, Centraal Justitieel Incassobureau, ECLI:EU:C:2019:1054.
- C-156/21 Hungary v European Parliament and Council of the European Union, ECLI:EU:C:2022:97.
- C-262/21 PPU A v B, ECLI:EU:C:2021:640.

- Opinion of the Court of 11 November 1975 given pursuant to Article 228 of the EEC Treaty. - Avis 1/75. ECLI:EU:C:1975:145.
- Case Opinion 2/13 Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU — Draft international agreement — 16. Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ECLI:EU:C:2014:2454.
- Case Avis 1/17 Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU — Comprehensive Economic and Trade 18. Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (CETA), ECLI:EU:C:2019:341.
- Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal*, C 83, 30. 3. 2010.
- Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality, *OJ C* 310/207.
- Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.
- Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction, *OJ L* 178, 2.7.2019, 1–115 (recitals 3, 54 i 55).
- Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget, *OJ L* 433I, 22.12.2020, 1–10.
- CONSEIL DE L' EUROPE, 7th meeting of the CDDH AD HOC NEGOTIATION GROUP („47+1“) on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Compilation of cases in the area of Basket 3 (“The principle of mutual trust between the EU member states”), 9 November 2020.

General Legal Principle of Mutual Trust in European Union Law

Summary: In this paper, through analytical and synthetic methods, where the central place is occupied by content analysis, comparative and historical-comparative analysis, we consider the general legal principle of mutual trust, which is applied in several areas of social relations governed by European Union law and which has not yet been incorporated into the founding treaties. In terms of content, we determine general legal principles, and by pointing out their historical development from the Montan Union to Lisbon, we make a distinction between them and the basic principles on which the European Union lays and which are, among other things, essentially related to open economy and free competition, supremacy of Union law in relation to laws of the Member States, autonomy of European organization law, its direct application, direct effect, etc. We separate the general legal principles from the general principles characteristic for each separate area that is regulated in the law of the European organization. This research will clearly show the significance of the case-law of the Court of Justice in positioning the principle of mutual trust in the system of general legal principles of the Union. For the purposes of this paper, we separate situations in which the principle of mutual trust acts between the Member States from situations in which it operates between the Member States and the European organization. In the end, we present key considerations.

Key words: European Union, Court of Justice of the EU, case-law, general legal principles, general legal principle of mutual trust.



Prikaz knjige
dr Marka Ačića

Ljubinko Mitrović

Redovni profesor

*Ombudsmen za ljudska prava
BiH*

Uloga međunarodnih organizacija u stvaranju i funkcionisanju dejtonske BiH

Monografija pod naslovom „ULOGA MEĐUNARODNIH ORGANIZACIJA U STVARANJU I FUNKCIONISANJU DEJTONSKE BIH“ autora dr Marka Ačića, trenutno zaposlenog u Republičkom centru za istraživanje rata, ratnih zločina i traženje nestalih lica u Banja Luci, proizašla je iz doktorske disertacije koju je dr Ačić 2017. godine odbranio na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu. Već sam naslov monografije kolege Ačića svjedoči da se on prihvatio obrade jedne izuzetno aktuelne teme – kakva je bila (i kakva je danas) uloga niza, odnosno onih najvažnijih međunarodnih organizacija poput Organizacije za bezbjednost i saradnju – OEBS – Misija za BiH, Delegacije Evropske unije ili Kancelarije visokog predstavnika, odnosno visokog predstavnika u BiH, u stvaranju, ali i funkcionisanju današnje BiH.

Monografija izlazi u izdavaštvu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci i služiće, prije svega, studentima i nastavnicima ovog Univerziteta, ali i drugih srodnih fakulteta i visokih škola u pripremanju ispita i drugih oblika nastavnih aktivnosti, a zatim i svima onima koji se ovom problematikom u svom svakodnevnom radu bave. Ona predstavlja, u svakom slučaju, rezultat dugogodišnjeg kontinuiranog interesa autora dr Marka Ačića za rad i funkcionisanje međunarodnih organizacija uopšte, a posebno u BiH. Za izradu monografije dr Ačić je koristio pozamašnu raspoloživu domaću i inostranu teorijsku literaturu.

U izlaganju posmatrane problematike, korišteni su svi relevantni naučni metodi i solidan naučni instrumentarijum, koji uz obimnu literaturu i brojna teorijska i praktična saznanja pružaju dovoljnu osnovu za ovo vrijedno monografsko djelo.

U skladu s tim, monografija dr Marka Ačića obuhvata, nakon uvodnih razmatranja sljedećih pet cjelina: prvi dio – u prvom dijelu autor kratko govori o međunarodnim organizacijama i njihovim konstitutivnim elementima, ali i važnim akterima u rješavanju regionalnih i međunarodnih sukoba, a mnogo značajni dio ovog poglavlja posvećuje raspadu SFRJ, uzrocima, ali i posljedicama, te svakako nastanku i priznanju novih država; drugi dio – u drugom dijelu autor govori o BiH kao federalnoj jedinici jugoslovenske federacije, ali i ono mnogo važnije – o procesu nastanka dejtonske BiH; treći dio je posvećen Dejtonskom mirovnom sporazumu kao specifičnom i nadasve jedinstvenom u svijetu međunarodnopravnom aktu, te aneksima Dejtonskog mirovnog sporazuma; četvrti, po meni svakako centralni dio

monografije u kojem autor poentira i obrađuje ulogu međunarodnih organizacija u funkcionisanju Dejtonske BiH, a posebno Međunarodne arbitraže za Brčko, NATO, Ujedinjenih nacija, Organizacije za evropsku bezbjednost i saradnju, Savjeta Evrope, međunarodnih finansijskih i drugih organizacija i Evropske unije i peti dio koji je posebno interesantan, jer u njemu autor na veoma znalački način i sa dosta toga kritičkog elaborira ulogu, ali i uticaj Kancelarije visokog predstavnika međunarodne zajednice u oblikovanju državnog uređenja BiH, njen mandat, a onda i mirovne konferencije, kao i odluke visokog predstavnika. U sklopu ovog poglavlja pobrojane su nadležnosti visokog predstavnika u Bosni i Hercegovini utvrđene aneksom X Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini, kao i znatno proširenje ovlaštenja datih visokom predstavniku od strane Savjeta za primjenu mira na konferencijama u Sintri, Bonu i Briselu. Posebno je analizirana tzv. Bonselka konferencija na kojoj su visokom predstavniku data ovlaštenja da on sam u Bosni i Hercegovini i njenim entitetima donosi zakone kao "privremene" ili "odgovarajuće" mjere, a kada to nisu u stanju da učine Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine ili entitetske skupštine. Polazeći od tih ovlaštenja (koja, prema autoru, predstavljaju manifestaciju specifičnog oblika međunarodnog protektorata u BiH), autor je analizirao akta ustavnog karaktera nametnuta od strane visokog predstavnika (promjene Ustava Bosne i Hercegovine, Ustava Republike Srpske i Ustava Federacije Bosne i Hercegovine), kao i nametanja zakona i akata personalnog i organizacionog karaktera, što sve ukazuje na neograničenu moć, vlast i pravo visokog predstavnika i njegov nesporni uticaj u oblikovanju državnog uređenja Bosne i Hercegovine. Takođe, autor je u ovom poglavlju posebno (a kasnije i u zaključnim razmatranjima) obradio i pitanje potrebe za daljim postojanjem institucije visokog predstavnika u Bosni i Hercegovini, a ovo pitanje je veoma aktuelno u pravnom i političkom životu Bosne i Hercegovine, pa i šire, u posljednjih nekoliko godina.

Prije pregleda korištene (moram naglasiti veoma obimne) literature, autor na kraju monografije daje i jedno sveobuhvatno zaključno razmatranje.

Svaka od navedenih cjelina sadrži manje tematske jedinice koje je autor, kad god je to bilo moguće, nastojao da istraži na metodološki isti način.

Kolega Ačić piše jasno i, koristeći odgovarajuću pravnu terminologiju, čitaoca sigurno vodi kroz problematiku kojoj je posvećena monografija. Stavovi autora su uvek argumentovani, a na kraju svake od tematskih cjelina nalaze se i određena zapažanja.

Ova monografija, u svakom slučaju, a posmatrajući i cijeneći njen cjelokupan sadržaj može poslužiti studentima svih nivoa obrazovanja i naučnim radnicima visokoškolskih ustanova u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini, ali i kao značajan i zanimljiv izvor i putokaz i široj čitalačkoj publici koja želi da bude upoznata sa osnovnim saznanjima koja se tiču uloge međunarodnih organizacija danas u svijetu (interesantno će biti pratiti rad ovih organizacija u najnovijem evropskom sukobu, odnosno onom što se dešava u Ukrajini), svakako s posebnim osvrtom na BiH. Pisana je na zaista pristupačan način i nudi brojne odgovore zainteresovanim za ovu problematiku. Impresionira obuhvatnost materije (zasnovane na obimnom fondu literature o tome napisanoj, sa vrsnom znalačkom selekcijom njenog korištenja), koja je izložena na pregledan i sistematski sređen način. Od posebnog je značaja i kritička argumentacija izloženog i stavovi autora o brojnim razmotrenim pitanjima.

Monografija pod naslovom „ULOGA MEĐUNARODNIH ORGANIZACIJA U STVARANJU I FUNKCIONISANJU DEJTONSKE BIH“ kolege dr Marka Ačića jeste rad koji će predstavljati dragocjen putokaz budućim istraživačima izložene i prezentovane problematike. Pored toga, stručna javnost će dobiti priliku da se upozna sa svim bitnim pitanjima koja se odnose na ovu materiju. Zbog toga sam imao veliko zadovoljstvo da večeras govorim pred vama, a o monografiji dr Marka Ačića.

UPUTSTVO ZA AUTORE

Ukoliko rad ne bude ispunjavao preporuke date u ovom Uputstvu, neće biti predat na recenziju i neće se objaviti.

Rad mora biti sačinjen u Microsoft Word-u, fontom Times New Roman (12), razmak Single (1) Format stranice: veličina A4. Margine: vrh 2,5 cm, donja 2,5 cm, lijevo 2,5 cm, desno 2,5 cm. Rad treba da ima dužinu do 30.000 znakova (16 strana). Rad mora biti redigovan.

(2) Naslov rada - centrirano, (Times New Roman, 16, bold). Ispod naslova treba da stoji prezime, titula i ime autora (Times New Roman, 14). Primjer: Prezime dr (mr) ime ili prezime ime, dipl pravnik. U fusnoti na prvoj stranici se navodi naučno zvanje autora, naziv i adresa ustanove u kojoj je autor zaposlen i e-mail adresa autora, (Times New Roman, 10).

(3) Rezime/Apstrakt u dužini do 100-250 riječi, treba da se nalazi na početku rada, tj. ispod naslova, dva proreda niže (TNR, 10, italic)

(4) Ključne riječi (do pet ključnih riječi) (TNR, 10, italic).

(5) Rad Times New Roman 11, Justified, Razmak (Single), Before 6 pt, Rad čini: uvodni dio, cilj i metode istraživanja razrada teme i zaključak.

(6) Bibliografija. Koristiti APA 5 pravila za bibliografiju, koja je pomenuta u tekstu.

(7) Fusnote i skraćenice. Navođenja u fusnotama treba koristiti na isti način kao u tekstu. Skraćenice treba izbjegavati, osim izrazito uobičajenih. Skraćenice navedene u tabelama i slikama treba objasniti.

(8) Recenzije i objavljivanje. Svi radovi se anonimno recenziraju od strane dva anonimna recenzenta. Na osnovu recenzija redakcija donosi odluku o objavljivanju rada i o tome obavještava autora.

Lista referenci treba da bude sačinjena tako da drugi, treći i svaki ostali red reference budu uvučeni (paragraph-indentation-hanging). Posle tački i zareza treba staviti razmak (single space).

Sve reference treba da budu navedene latiničnim pismom bez obzira na izvorni jezik na kome je rad napisan. Imena i prezimena se pišu upotrebom dijakritičkih znakova: č, ć, dž, đ, š, ž.

- Monografije

Jedan autor

Pravilo: Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). *Naslov*. Mesto izdanja: Naziv izdavača.

Primer: Kuzmanović, R. (2008). *Ustavno pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.

- Monografija sa više izdanja (ne navodi se ako ima samo jedno izdanje)

Pravilo: Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov dela* (br. izdanja). Mesto izdanja: Naziv izdavača.

- Prevod

Pravilo: Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov dela*. (Inicijal(i) imena prezime, prev.). Mesto izdanja: Naziv izdavača.

- Knjiga s urednikom ili priređivačem, zbornik radova

Ako reč o zborniku radova gde ne navodimo pojedinačni rad, već celu knjigu, kao autora navodimo priređivača tog dela i uz njegovo prezime i inicijal imena u zagradi dodajemo "ured." ili "prir." ili "Ed." ako je knjiga pisana na stranom jeziku.

Pravilo: Prezime autora, inicijal(i) imena (ured.) (godina izdanja). *Naslov dela*. Mesto izdanja: Naziv izdavača.

Prezime autora, inicijal(i) imena (Ed.) (godina izdanja). *Naslov dela*. (Inicijal(i) imena prezime, prev.). Mesto izdanja: Naziv izdavača.

- **Doktorske disertacije**

Pravilo: Prezime autora, inicijal(i) imena (godina izdanja). *Naslov dela* (doktorska disertacija). Naziv institucije.

Primer: Stanić, M. (2017). *Pravna priroda poslaničkog mandata* (doktorska disertacija). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

- **Članci**

*Ukoliko članak koji se citira ima DOI broj, potrebno je i njega navesti na kraju

- **U časopisima**

Pravilo: Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). Naslov rada. *Naziv časopisa*, vol (br. u tekućoj godini): paginacija od - do. Ukoliko rad ima DOI oznaku, ona se navodi na kraju.

***Napomena:** Naslov časopisa i broj volumena su u italiku. Broj izdanja je dat kurentom.

Đurić, V., & Vranješ, N. (2020). Legal Framework for the Role of Local Self Government in the Implementation of the Public Interest: Examples of the Republic of Serbia and the Republic of Srpska. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 10(10), 48-63.

- **Članci u tematskim zbornicima, poglavlja u naučnim monografijama, saopštenja u zbornicima sa naučnih konferencija**

Pravilo: Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). Naslov rada In: Inicijal imena i prezime urednika/priredivača uz stavljenu napomenu u zagradi (ed. or eds.) *Naziv publikacije*. Mesto izdanja: Naziv izdavača. Paginacija.

Primer: Čolović, V. Osnovne karakteristike regulisanja stečaja osiguravajućih društava u Hrvatskoj, Crnoj Gori i Republici Srpskoj. In: V. Čolović (ed.) *Pravo zemalja u region*. Institut za uporedno pravo, 549-566.

- **Članak iz novina**

Pravilo: Prezime, Inicijal(i) imena. (datum). Naslov članka. *Naslov novina*, broj strane.

Primer: Mišić, M. (1. feb. 2012). Ju-Es stil smanjio gubitke. *Politika*, 11.

Ako se ne spominje autor članka, navodi se sve isto, samo se izostavlja ime autora.

Primer: Straževica gotova za dva meseca. (1. feb. 2012). *Politika*, 10.

- **Članak iz enciklopedije**

Primer: Islam. (1992). In *The new encyclopaedia Britannica* (Vol. 22, 1-43). Chicago: Encyclopaedia Britannica.

- **Internet izvori**

Pravilo: Autor, A. (datum objavljivanja). Naslov [Format]. Preuzeto datum preuzimanja sa <https://URL>

Primer: Awrey, D. (5.2.2021). Unbundling banking, money, and payments. Preuzeto 10.2. 2021, sa https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776739.

Više radova jednog autora iz iste godine – posle godine se stavlja latinično slovo a, b i dalje.

Primer: Đurić, 2019a; Đurić, 2019b.

Radovi dva do šest autora – navode se imena svih autora.

Radovi više od šest autora – navode se imena prvih šest autora, a za ostale se navodi *et al.* ili i dr.

Ako više autora ima isto prezime, u tekstu se navode inicijali svakog od tih autora.

Primer: Kako Đ. Đorđević (2013) navodi... Sa druge strane, M. Đorđević (2019) ističe...

Ukoliko se citira podatak sa iste strane iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, koristi se latinična skraćenica za *ibidem* u kurzivu, s tačkom na kraju (bez navođenja prezimena i imena autora).

Primer: *Ibid.*

Ukoliko se citira podatak iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, ali sa različite strane, koristi se latinična skraćenica *ibid*, navodi se odgovarajuća strana i stavlja tačka na kraju.

Primer: *Ibid.*, 69.

Spisak korišćenih pravnih izvora i izvora sudske prakse

Popisuju se nazivi zakona i drugih propisa korišćenih u radu, sa brojevima službenih glasila u kojima su objavljeni ili podacima o elektronskim izvorima sa kojih su preuzeti. U slučaju potrebe, razdvajaju se domaći od stranih propisa (u podnaslovima se navodi na koju se državu propisi odnose). Propisi se navode prema hijerarhiji citiranih pravnih akata (od Ustava, preko zakona do uredbi i pojedinačnih akata). Ako se navodi više akata iste pravne snage, koristi se abecedni red. Na isti način se navode i dokumenti međunarodnih organizacija. Kada se navode akti Evropske unije, obavezno se navodi broj službenog glasnika u kome je propis objavljen i strana na kojoj se nalazi:

- Krivični zakonik RS 2005. *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.
- Izmene KZ RS 2016. *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.
- OEG, 1985. Gesetz über die Entschädigung für von Gewalttaten, od 7. januara 1985 (*BGBI. I S. 1*), sa poslednjom izmenom od 17. jula 2017 (*BGBI. I S. 2541*). Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/oeg/> (18. 1. 2019).
- CC, 1804. Code civil, poslednja verzija od 25. decembra 2018. Dostupno na: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (18. 1. 2019).
- CETS, 2011. Council of Europe, Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No.210) od 11. 5. 2011. godine. Dostupno na: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (18.1. 2011).
- EU Decision 2010. EU, Commission Decision of 5. February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under document C(2010) 593 (Text with EEA relevance). *OJ L* 39, 12. 2. 2010, p. 5-18.
- Rec 2011. Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2011)13 of the Committee of Ministers to member states on mobility, migration and access to health care. Adopted by the Committee of Ministers on 16 November 2011.

Izvori sudske prakse ili prakse drugih državnih organa se posebno navode. Praksa međunarodnih sudova ili tribunala navodi se uz korišćenje službenih skraćenica sudova, na primer: ICJ, PCIJ, ICTY, ICTR, ECHR, zatim se piše naziv predmeta, vrsta odluke, datum donošenja, publikacija u kojoj je odluka objavljena i strane na kojoj je objavljena.

Kod presuda međunarodnih krivičnih tribunala se nakon naziva predmeta navodi sudsko veće (po potrebi i podaci koji se tiču izdvojenih sudskih mišljenja, ako se na njih pozivao autor u radu), dok se kod odluka Evropskog suda za ljudska prava navodi i broj predstave.

Domaće i strane sudske presude, pravna shvatanja i slično, kao i presude međunarodnih sudova mogu se navoditi uz pozivanje na elektronske pravne baze iz kojih su preuzete (Paragraf Lex, Intermex, EUR-Lex, CURIA, Lexiweb.co.uk, Legifrance, HUDOC itd.).

Različite načine navođenja ilustruju sledeći primeri:

- Pravno shvatanje, 1999. Pravno shvatanje utvrđeno kroz odgovore na pitanja na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda od 6. oktobra 1999, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.

- Odluka US 2017. Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUo-173/2017 o utvrđivanju nesaglasnosti sa Ustavom i Zakonom Pravilnika opštine Bečej iz 2013. Godine o kriterijumu i postupku dodele sredstava crkvama i verskim zajednicama. *Službeni glasnik RS* br. 68/2018.
- Cass. crim. 1991. Cass. crim, December 1991, RCA 1992.170. *Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe*, 2018.
- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, GŽ.636/2011 od 28. 5. 2012. *Arhiv Apelacionog suda u Beogradu*, 2012.
- *Goobald v, Mahmood* 2005. All ER (D) 251 (Apr). Dostupno na <https://Lexisweb.co.uk/cases/2005/april/godbold-v-mahmood> (18. 1. 2019).
- *Intrasoft International SA v European Commission*, 2015. EGC, Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015. (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774). Dostupno na : <https://eur-lex.europa.eu/l> (18. 1. 2019).

Izvori sudske prakse ili prakse drugih državnih organa se posebno navode. Praksa međunarodnih sudova ili tribunala navodi se uz korišćenje službenih skraćenica sudova, na primer: ICJ, PCIJ, ICTY, ICTR, ECHR, zatim se piše naziv predmeta, vrsta odluke, datum donošenja, publikacija u kojoj je odluka objavljena i strane na kojoj je objavljena.

Kod presuda međunarodnih krivičnih tribunala se nakon naziva predmeta navodi

sudsko veće (po potrebi i podaci koji se tiču izdvojenih sudskih mišljenja, ako se na njih pozivao autor u radu), dok se kod odluka Evropskog suda za ljudska prava navodi i broj predstavke.

Domaće i strane sudske presude, pravna shvatanja i slično, kao i presude međunarodnih sudova mogu se navoditi uz pozivanje na elektronske pravne baze iz kojih su preuzete (Paragraf Lex, Intermex, EUR-Lex, CURIA, Lexiweb.co.uk, Legifrance, HUDOC itd.).

Različite načine navođenja ilustruju sledeći primeri:

- Pravno shvatanje, 1999. Pravno shvatanje utvrđeno kroz odgovore na pitanja na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda od 6. oktobra 1999, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.
- Odluka US 2017. Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUo-173/2017 o utvrđivanju nesaglasnosti sa Ustavom i Zakonom Pravilnika opštine Bečej iz 2013. Godine o kriterijumu i postupku dodele sredstava crkvama i verskim zajednicama. *Službeni glasnik RS* br. 68/2018.
- Cass. crim. 1991. Cass. crim, December 1991, RCA 1992.170. *Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe*, 2018.
- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, GŽ.636/2011 od 28. 5. 2012. *Arhiv Apelacionog suda u Beogradu*, 2012.
- *Goobald v, Mahmood* 2005. All ER (D) 251 (Apr). Dostupno na <https://Lexisweb.co.uk/cases/2005/april/godbold-v-mahmood> (18. 1. 2019).
- *Intrasoft International SA v European Commission*, 2015. EGC, Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015. (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774). Dostupno na : <https://eur-lex.europa.eu/l> (18. 1. 2019).

Uredništvo stoji na raspolaganju autorima i za sva druga neophodna razjašnjenja (pitanja uputiti elektronskom poštom na adresu uredništva).

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Submissions that do not meet the recommendations in the Instructions will not be submitted for review and will not be published. A paper must be written in text processor Microsoft Word, using font Times New Roman size 12, in Latin alphabet, spacing Single.

(1) Format page: Size A4. Margine: Top 2,5 cm, Bottom 2,5 cm, left 2,5 cm, right 2,5 cm.

Paper needs to have the length of up to 30,000 characters (16 pages). A paper needs to be proof read.

(2) Paper title - centered, (Times New Roman, 16, bold). Author's last name, title and first name should be written below the title (Times New Roman, 14). Example: Last name Dr., (Mr.) name or last name. In the footnote on the first page, author's scientific occupation, name, author's address, author's e-mail address, and the name of the institution at which the author works is given, (Times New Roman, 11).

(3) Rezime/Apstrakt with the length of 100-250 words, should be at the beginning of the paper, under the title, two spaces below (TNR, 11, italic).

(4) Keywords (up to five) (TNR, 10, italic).

(5) Papers Times New Roman 11, Justified, spacing (Single), Before 6 pt, Papers makes: Introduction, goal and research method, development topics and Conclusion.

(6) References. Use APA 5 rules for references, which are mentioned within the text.

(7) Footnotes and abbreviations. If necessary, references in the footnotes should be used in the same way as in the text. Abbreviations should be avoided, except from exceptionally usual ones. The abbreviations stated in tables and pictures should be explained.

(8) Reviews and publishing. All papers are anonymously reviewed by two anonymous reviewers. On the basis of reviews, editorial staff makes decision on paper publishing and informs the author about it.

List of references should be created using styling format paragraph-indentation-hanging, with a single space between references. After punctuation marks, single space should be used.

All references should be in Latin script regardless of the original language and script of the reference. Names should be written using diacritical marks (e.g. č, ć, dž, đ, š, ž).

List of References

- Monographs

One author

Rule: Surname, Initial(s). (publication year). *Title*. Place: Publisher.

Example: Kuzmanović, R. (2008). *Ustavno pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.

Two to six authors – all authors should be listed.

More than six authors – only the first six should be listed and then *et al.* should be added.

- Monographs with more than one edition

Rule: Surname, Initial(s). (publication year). *Title* (number of edition). Place: Publisher.

- Translation

Rule: Surname, Initial(s). (publication year). *Title*. (Initial(s) Surname, translator). Place: Publisher.

- Book with an editor, collection of papers

If we cite collection of papers where the entire book is cited, editor should be references as an author and afterwards in brackets (ed.) should be placed.

Rule: Surname, Initial(s) (Ed.) (publication year). *Title*. Place: Publisher.

- **Doctoral dissertations**

Rule: Surname, Initial(s). (publication year). *Title* (doctoral dissertation). Name of the faculty.

Example: Stanić, M. (2017). *Pravna priroda poslaničkog mandata* (doctoral dissertation). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

- **Articles**

*If an article has DOI number it should be also referenced at the end of the reference.

- **In scientific journal**

Pravilo: Surname, Initial(s). (publication year). Title of the article. *Journal*, vol (Number in the current year): pages from -to. DOI number

***Note:** Journal name and volumen are in italics. Issue number is in current.

Đurić, V., & Vranješ, N. (2020). Legal Framework for the Role of Local Self Government in the Implementation of the Public Interest: Examples of the Republic of Serbia and the Republic of Srpska. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 10(10), 48-63.

- **Papers in thematic collections of papers, chapters in monographs, papers from conference proceedings**

Pravilo: Surname, Initial(s). (publication year). Title of the article. In: Initials Surname of the editor(s) (ed. or eds.) *Title of publication*. Place: Publisher. Pagination.

Primer: Čolović, V. Osnovne karakteristike regulisanja stečaja osiguravajućih društava u Hrvatskoj, Crnoj Gori i Republici Srpskoj. In: V. Čolović (ed.) *Pravo zemalja u region*. Beograd: Institut za uporedno pravo, 549-566.

- **Article from the papers**

Rule: Surname, Initial(s). (date). Article title. *Paper title*, page number.

Example: Mišić, M. (February 1, 2012). Ju-Es stil smanjio gubitke. *Politika*, 11.

If the autor is unknown, the name of the author is omitted and everything else remains the same.

Example: Straževica gotova za dva meseca. (February 1, 2012). *Politika*, 10.

- **Encyclopedia article**

Example: Islam. (1992). In *The new encyclopaedia Britannica* (Vol. 22, 1-43). Chicago: Encyclopaedia Britannica.

- **Internet sources**

Rule: Author, A. (publication date). Title [Format]. Retrieved DATE, from https://URL

Example: Awrey, D. (2021, February 05). Unbundling banking, money, and payments. Retrieved February 10, 2021, from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776739

If there is more than one paper from the same author published the same year after the year letters a, b, c etc. are placed.

Example: Đurić, 2019a; Đurić, 2019b.

If quoting from the same page from the same part in the previous footnote is used, the Latin abbreviation for ibidem in italics is used, with a full stop at the end (without stating the surname and the name of the author).

Example: *Ibid.*

If the data from the same part is quoted as in the previous footnote, but from a different side, the Latin abbreviation *ibid* is used, the corresponding page is stated and a full stop is placed.

Example: *Ibid.*, 69.

- Legal sources and case law

All laws and other legislative acts should be listed with full data on official gazette where the legislative act was published or the electronic data base where they can be found. If needed, domestic acts should be separated from foreign. Legal sources are listed in hierarchical order (from the highest to the lowest order). If more than one source of the same hierarchy is cited, they should be ordered alphabetically.

Examples:

- Krivični zakonik RS 2005. *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.
- Izmene KZ RS 2016. *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.
- OEG, 1985. Gesetz über die Entschädigung für von Gewalttaten, from 7 January 1985 (*BGBI. I S. 1*), last amended 17 July 2017 (*BGBI. I S. 2541*). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/oeg/> (18. 1. 2019).
- CC, 1804. Code civil, final version from 25 December 2018. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (18. 1. 2019).
- CETS, 2011. Council of Europe, Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No.210) from 11 May 2011. Available at: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (18.1. 2011).
- EU Decision 2010. EU, Commission Decision of 5. February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under document C(2010) 593 (Text with EEA relevance). *OJ L* 39, 12. 2. 2010, p. 5-18.
- Rec 2011. Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2011)13 of the Committee of Ministers to member states on mobility, migration and access to health care. Adopted by the Committee of Ministers on 16 November 2011.

Case law should be listed separately. Case law of international tribunals and courts should be listed using official abbreviations (e.g. ICJ, PCIJ, ICTY, ICTR, ECHR), afterwards the name of the case should be stated, type of the decision, date, publication where the decision is published and pages.

By case law of international tribunals, the name of the judicial council should also be stated and ECtHR case law should also contain application number. Relevant case law data bases can be used (Paragraf Lex, Intermex, EUR-Lex, CURIA, Lexiweb.co.uk, Legifrance, HUDOC itd.).

- Pravno shvatanje, 1999. Pravno shvatanje utvrđeno kroz odgovore na pitanja na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda od 6. oktobra 1999, dostupno u elektronskoj pravnoj bazi Paragraf Lex.
- Odluka US 2017. Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, broj IUo-173/2017 o utvrđivanju nesaglasnosti sa Ustavom i Zakonom Pravilnika opštine Bečej iz 2013. Godine o kriterijumu i postupku dodele sredstava crkvama i verskim zajednicama. *Službeni glasnik RS* br. 68/2018.
- Cass. crim. 1991. Cass. crim, December 1991, RCA 1992.170. *Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe*, 2018.
- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž.636/2011 od 28. 5. 2012. *Arhiv Apelacionog suda u Beogradu*, 2012.
- *Goobald v, Mahmood* 2005. All ER (D) 251 (Apr). Available at <https://Lexisweb.co.uk/cases/2005/april/godbald-v-mahmood> (18. 1. 2019).
- *Intrasoft International SA v European Commission*, 2015. EGC, Judgment of the General Court (Second Chamber) of 13 October 2015. (Case 403/12, ECLI:EU:T:2015:774). Available at <https://eur-lex.europa.eu/l> (18. 1. 2019).

In case authors have any further questions, they can contact the editorial board.

ISSN 2232-9668



9 772232 966003